

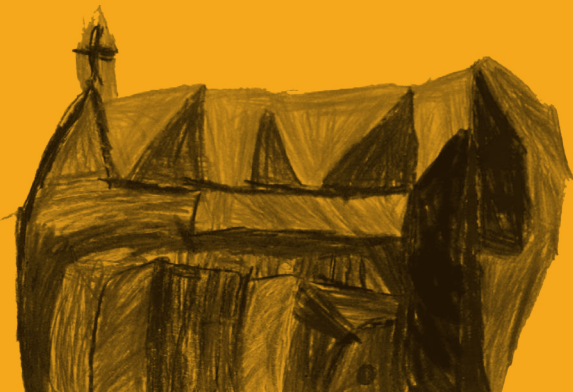


# El niño y el Derecho de daños en el Código Civil y Comercial

DR. JUAN JOSÉ BENTOLILA | Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la Segunda Nominación, N° 2, Rosario (SF).

myf

224





### 1. El niño que daña.

El Código Civil de Vélez Sarsfield, que entrara en vigencia en la República Argentina en 1871, reconoce como fuente<sup>1</sup> al Derecho civil francés del Código Napoléon de 1804<sup>2</sup>, en la recepción que de éste hicieron el Código chileno de Andrés Bello y el proyecto de Código español de Florencio García Goyena<sup>3</sup>. Como puede claramente apreciarse, tales textos, en función de la circunstancia temporal de su producción, no se hacían eco aun de los múltiples despliegues transformadores de la primera Revolución Industrial.

En aquellos términos, las normas referidas a la responsabilidad civil, cu-

yo origen podemos rastrear hacia el Derecho romano<sup>4</sup>, no concebían la posibilidad de que existiera un daño que fuera causado por una cosa, en tanto las cosas, hasta ese momento, sólo dañaban a través de la utilización que de ellas hacía el ser humano.

Corolario lógico de la premisa anterior, todo daño habría de imputarse en un factor de tipo subjetivo, fuera que se aludiera a la culpa (en hechos respecto de los que podía predicarse imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de deberes a cargo) o al dolo, asociando (vaga o precisamente) la idea de reprochabilidad civil a la de reprobación moral.



En tal marco, el niño como sujeto activo de un hecho dañoso, planteaba un desafío interesante.

Es que, de admitirse que la atribución de responsabilidad se funda sólo en factor de tipo subjetivo, la merece únicamente la actuación dañosa del sujeto capaz, único que puede actuar con dolo o culpa.

Mas, ya que el niño es un incapaz que bien puede dañar a otros, a los fines de no dejar a la víctima desamparada se teorizó acerca del fundamento de la responsabilidad de quienes deben vigilar la conducta del agente, presumiéndose culpa (*in vigilando*). Va de suyo, tal ficción pretendió ingresar en el campo de la responsabilidad subjetiva lo que, claramente, no cuadraba allí.

Sin embargo, en algún punto comenzó el camino para la admisión de responsabilidad sin culpa, postulado enunciado por François Laurent.

En 1896, la Corte de Casación francesa acogió tal argumento<sup>5</sup>, aun cuando

se rectificó por un fallo dictado el año siguiente. En ocasión de la emisión de sentencia en el célebre caso «*Jand'heur c. Galeries Belfortaises*», el Tribunal de Belfort consideró la posibilidad de imputación por riesgo sin requerir prueba del vicio. La Corte de Bessançon modificó el fallo, admitiendo sin embargo la demanda por la prueba de culpa en el guardador. En 1927 la Cámara Civil de la Corte de Casación expresó que el Código francés no distingue según que la cosa que ha causado el daño sea o no accionada por la mano del hombre, siendo suficiente que se trate de cosa sometida a guarda en razón de los peligros que genera. Reenviado el proceso a la Corte de Apelaciones de Lyon, resolvió en idéntico sentido que la Corte de Bessançon, por lo que quedó abierta la necesidad de reunir a las Cámaras, lo que ocurrió en 1930, oportunidad en que las Cámaras reunidas fundieron la idea de responsabilidad con la culpa en la guarda de la cosa.

Ello así con independencia de los ingentes esfuerzos de Léon Duguit por suprimir el ámbito psicológico en el

Derecho a través de su tesis de conflictos entre patrimonios, resistida por Marcel Planiol, Henri y Léon Mazeaud, y André Tunc.

Si bien la teoría que admitía la imputación sin culpa (por riesgo o vicio) generó una modificación notable de la doctrina de la responsabilidad civil, ingresando al Código Civil de Vélez Sarsfield con el agregado de la Ley 17.711 al art. 1113, persistió la idea de culpa *in vigilando* como fundamento de la responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos menores, enseñándose que «*se funda en la culpa en que éstos hubiesen podido incurrir, por haber violado los deberes legales de vigilancia impuestos en relación a sus hijos menores de edad, que se hallan sujetos a su patria potestad. El ejercicio de esa vigilancia supone la aplicación de los cuidados necesarios para encauzar la conducta del menor, no solamente en vista de su adecuada formación, sino para prevenir que se dañe a sí mismo o cause perjuicio a otros*»<sup>6</sup>.

Tan clara es la ubicación dentro del

ámbito subjetivo, que el art. 1116 del Código velezano, eximía a los padres de responsabilidad por los hechos dañosos causados por los hijos si les hubiera sido imposible impedirlos, lo que «(...) no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos» (art. 1116).

Análoga inteligencia contenía el ordenamiento normativo civil en referencia a la responsabilidad de los tutores, curadores, directores de colegios y maestros artesanos (art. 1117, texto originario, que les permitía la exención por la prueba de la falta de culpa), habiéndose modificado con posterioridad hacia la imputación de tipo objetivo<sup>7</sup>.

El actual Código Civil y Comercial argentino nos trae significativas innovaciones en la materia, captando tres supuestos diversos.

### 1.1.

El primero, el de la responsabilidad solidaria de los padres por los hechos

de los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente (es decir, con causa fuente diferente) que pueda caberles a estos últimos<sup>8</sup>.

El Código consigna expresamente que se trata de una responsabilidad objetiva<sup>9</sup>, lo que permite desterrar toda idea de culpa (acreditada o presumida) en los padres, indicando la Comisión de Reformas en sus fundamentos que «los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito»<sup>10</sup>.

Se admiten tres eximentes<sup>11</sup>: a) cuando el hijo menor es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente (excepto los casos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental<sup>12</sup> o cuando la falta de convivencia hubiera derivado de causa que les fuera atribuible a los padres); b) cuando se trata de daños causados por el hijo en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de

funciones subordinadas encomendadas por terceros<sup>13</sup>; y c) cuando la responsabilidad surge del incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por el hijo.

### 1.2.

El segundo, el de la responsabilidad de otros encargados<sup>14</sup>, estatuyendo la norma que «Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo (...)».

Al asimilar la responsabilidad a la de los padres, no puede sino concluirse que el factor de imputación también será objetivo, lo que torna irrelevante la culpa, tanto en el agente como en el responsable por el hecho del tercero.

Tratando los eximentes, la norma puntualiza que las personas encargadas sólo se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño, entendiendo que tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presen-

cia<sup>15</sup>. Puestas las cosas en su adecuado lugar, se trata de un supuesto de ruptura del nexo causal, lo que resulta concordante con el carácter objetivo de la responsabilidad endilgada.

Sin embargo, entendemos que la asimilación a la responsabilidad de los padres, autoriza también a las personas encargadas a invocar en su favor las eximentes del tercer párrafo del art. 1755.

### 1.3.

El tercer caso es el de los establecimientos que tienen a su cargo personas internadas<sup>16</sup>, instituciones en las que nada obsta a que existan menores de edad que causen daños a terceros.

La respuesta jurídica en referencia a este último supuesto es absolutamente diversa, en tanto no se encuentra en la órbita de la responsabilidad objetiva, requiriéndose a la víctima la prueba de la culpa del responsable indirecto.

En efecto, el art. 1756 regula clara-

mente que «(...) *El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control*».

Habrà de ser èste el ùnico supuesto en el cual la víctima de un niño que produce un daño, además de acreditar la guarda del menor (como es en los casos en que se acciona contra los padres u otras personas encargadas), deberá producir prueba de la negligencia en el cuidado, a los fines de responsabilizar al establecimiento por el hecho del niño allí internado.

## 2. El niño dañado.

### 2.1.

En el Código de Vélez Sarsfield, ubicar al niño en la posición de víctima de un hecho dañoso, generaba un problema vinculado a la configuración de la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad objetiva.

Es que, nuevamente, siendo el niño un incapaz no susceptible de conducirse culposamente, su intervención como víctima no podía ser eficaz para tener por ocurrido el supuesto legalmente previsto.

Para lograr la coherencia del sistema, se recurrió nuevamente a la idea de culpa *in vigilando* a los fines de atribuir a los padres la interferencia o interrupción del nexo causal, o se asimiló el hecho del incapaz al caso fortuito o a la fuerza mayor, morigerando o excluyendo la responsabilidad del agente dañoso<sup>17</sup>.

El Código Civil y Comercial ha disuelto tal dificultad, en tanto retiró del ámbito de la culpa lo que, en rigor, es interrupción del nexo causal.

Así, el art. 1729 estatuye que la responsabilidad puede ser excluida o limitada «(...) *por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño (...)*», excepto disposición en contrario de la ley o el contrato.

## 2.2.

En otro orden de ideas, debe puntualizarse que el Código Civil velezano mandaba cuantificar la indemnización del daño con consideración de las calidades personales<sup>18</sup>, sistema que el legislador adoptó apartándose de Freitas en la materia –quien proponía la utilización de criterios matemáticos<sup>19</sup>–, a pesar de haberlo seguido en sus manuscritos.

El sistema de las calidades personales persiste en el Código Civil y Comercial, en caso de hallarnos ante la situación de muerte de la víctima de un hecho dañoso<sup>20</sup>, previéndose expresamente que la indemnización por fallecimiento de un hijo debe ser cuantificada en términos de pérdida de chance de ayuda futura.

Concretamente, el sistema manda considerar edad y tiempo probable de vida de la víctima, profesión y actividades que desarrollaba, ingreso, estado civil, existencia de hijos menores o mayores a cargo, y también las condiciones personales de los reclamantes, no existiendo standard mínimo o tope máximo.

Sin embargo, en relación a la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica<sup>21</sup>, el Código Civil y Comercial innova en la cuestión, adoptando el sistema de los criterios matemáticos, con utilización de fórmulas de matemática financiera.

Efectivamente, el art. 1746 dispone que *«(...) la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades (...). En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada (...).»*

Tal modo de cuantificar, con sus variantes<sup>22</sup>, ha tenido adeptos en el marco doctrinario<sup>23</sup>, así como decisorios que lo han receptado<sup>24</sup>. Sin embargo, muchas han sido las críticas que se le han formulado, entre las cuales cabe

destacar que la vida no es asimilable a un capital, que el tiempo útil de vida productiva es aleatorio, que las ganancias y gastos futuros no tienen por qué ser idénticos a los presentes, y – con clara referencia al tema que nos ocupa– que no es apto para ponderar chances de ayuda futura de personas económicamente improductivas.

Es por ello que surge el problema del modo de cuantificación de la indemnización debida por un daño generador de una incapacidad física o psíquica a un niño. Y resulta evidente que el art. 1746 bajo comentario no brinda una respuesta al supuesto examinado.

En tales términos, toda vez que la interpretación legal manda tener en cuenta las leyes análogas (art. 2º), y que el deber de resolver exige razonable fundamento (art. 3º), parece adecuado continuar utilizando el criterio de las calidades personales para la fijación de indemnización por incapacidad física o psíquica (y no sólo en caso de fallecimiento) cuando la víctima es



un niño, otorgándola a título de pérdida de chance.

Al menos, entendemos que tal es una respuesta jurídica más propia del sistema, no necesitándose echar mano a la posición que sostiene la existencia de un valor vida, recurso ficcional al que oportunamente se acudió<sup>25</sup> en pos de resolver conflictos derivados de textos normativos hoy inexistentes.<sup>26</sup> ■

myf

230

## CITAS

<sup>1</sup>Entre otras en las que también merece mención el Esboço de Augusto Teixeira de Freitas.

<sup>2</sup>CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, *El sistema de Derecho privado iberoamericano*, en CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, págs. 162 y ss. Sobre las características del ordenamiento francés, p. c. SOLARI, GIOELE, *Filosofía del Derecho Privado (La idea individual)*, Buenos Aires, Depalma, 1946, págs.117 y ss.

<sup>3</sup>TRIPICCIÓN, ALBERTO, *La Comparazione Giuridica*, Cedam, Padova, 1961, págs. 233 y ss.

<sup>4</sup>Sobre la responsabilidad civil en el Derecho romano, p. c. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, págs. 27 y ss.

<sup>5</sup>Fundado en el texto del art. 1384, que refería a los daños causados por las «*cosas que se tiene bajo la guarda*», aunque limitándolo a cuando la cosa estaba afectada por un vicio propio. Debe destacarse el papel de la escuela positivista italiana para consolidar en el ámbito francés tal idea.

<sup>6</sup>BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., págs. 353 y ss.

<sup>7</sup>Texto según art. 2º, Ley 24.830.

<sup>8</sup>Art. 1754.

<sup>9</sup>Art. 1755.

<sup>10</sup>ZANNONI, EDUARDO A., MARIANI DE VIDAL, MARINA, ZUNINO, JORGE O., SHINA, FERNANDO E., RAMOS, GLORIA S., *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del Pen*, Buenos Aires, Astrea, 2015, pág. 476.

<sup>11</sup>En el art. 1587 del Proyecto de 1993, se incluía como eximente la prueba de la imposibilidad de evitar el daño, lo cual fue eliminado del Proyecto de 1998 (arts. 1658 y cc.) que la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011 tomó como fuente.

<sup>12</sup>Art. 643.

<sup>13</sup>Supuesto en el cual rige lo previsto en el art. 1753, que estatuye claramente que «(...) La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal (...)».

<sup>14</sup>Art. 1756.

<sup>15</sup>Con independencia de la vigilancia activa que refería el art. 1116 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

<sup>16</sup>Art. 1756, tercer párrafo.

<sup>17</sup>Cf. ORGAZ, ALFREDO, *La culpa*, Buenos Aires, Lerner, 1970, pág. 227.

<sup>18</sup>Así se desprende del art. 1084, en tanto indica que queda «(...) a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo

*de satisfacerla*». En la jurisprudencia resultan relevantes los fallos de la C.S.J.N. in re «Fernández, Alba O.», «Lacuadra», «Gómez Orué de Gaete, Frida» y «Prille de Nicolini». Análoga respuesta jurídica puede encontrarse en el precedente de la C.S.J.P. S. FE, in re «Suligoy», y en el fallo pleno de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, in re «Franchi».

<sup>19</sup>Art. 3643, inc. 2º, Esboço.

<sup>20</sup>Art. 1745, que expresamente estatuye que «(...) el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes. c) La pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido».

<sup>21</sup>Ahora las incapacidades físicas o psíquicas se encuentran normativamente captadas, con independencia de su incidencia en la capacidad de generar ganancia y, por ende, de su gravitación estrictamente patrimonial.

<sup>22</sup>Multiplicación simple o fórmulas de matemática financiera, hasta la finalización de la edad productiva o hasta la de la máxima expectativa de vida, con o sin inclusión de sueldo anual complementario, etc.

<sup>23</sup>HÉCTOR P. IRIBARNE, CLAUDIO M. REQUEENA, ERNESTO J. AHUAD, entre otros.

<sup>24</sup>Cám. Nac. Esp. Civil y Comercial, in re «Treuer» y t.s.j. de Córdoba, in re «Marshall».

<sup>25</sup>El repertorio jurisprudencial conoce fallos

célebres, tales como el dictado por la C.S.J.N. in re «Fuentes de García», o el de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario in re «Galliano c. Conde».

<sup>26</sup>Concretamente, la adopción de tal sistema se encontraba vinculada a la anterior redacción del art. 1078 del Código Civil de Vélez Sarsfield (reformado luego por la Ley 17.711), que exigía delito del agente para la reparación del daño moral (los cuasidelitos no generaban responsabilidad por daño moral), lo cual, sumado a que las víctimas improductivas no conllevaban repercusión económica, extremo requerido para otorgar indemnización del daño patrimonial, dejaba hechos dañosos fuera del ámbito de los indemnizables.