

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR LOS HECHOS ILÍCITOS OCASIONADOS POR SUS HIJOS

Mariana Verónica SCONDA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield: el originario artículo 1114*. III. *Reformas introducidas por las leyes 23.264 y 24.830*. IV. *Proyectos de reformas*. V. *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. VI. *Legislación comparada*. VII. *Responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados por sus filii: origen romanístico*. VIII. *Acciones adiecticiae qualitatibus*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado: “Una mirada romanista al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” (D-001), bajo la dirección de la Profesora Mirta Beatriz Álvarez; con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores-Argentina.

El derogado Código Civil Argentino de Vélez Sársfield legisló sobre la responsabilidad refleja o indirecta en los artículos 1113 a 1123, siguiendo de esta manera la inspiración del Código Francés (artículo 1384), de los Códigos de Luisiana (artículo 2299), de Nápoles (artículo 1388), Sardo (artículo 1502) Holandés (artículo 1403) y del Proyecto de Código Civil Español de García Goyena (artículo 1901). Por lo que en el artículo 1113 se plasmó la responsabilidad por el hecho de otro en los casos que la ley autorizaba

* Abogada- profesora adjunta de derecho romano de las facultades de derecho de las universidades de Buenos Aires, de Flores y Católica de Salta, (Argentina), integrante como investigadora formada del Proyecto de Investigación “Una mirada romanista a al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” (D-001).

al damnificado a reclamar a quien, sin haber realizado el acto que causaba daño debía indemnizarlo, debido a su vinculación con el victimario, es decir, que hacía referencia a la relación de dependencia genérica. Luego contemplaba algunas situaciones de dependencia en particular, como en los artículos 1114 a 1116 en donde los padres, debían responder por los daños causados por sus hijos menores que convivían con ellos; y el artículo 1117 expresaba que los tutores, curadores, directores de colegios, maestros, eran responsables por los actos dañosos de sus incapaces, alumnos y aprendices.¹

En la actualidad, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1753 establece una norma genérica en donde legisla sobre la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes y regula de manera específica sobre la responsabilidad parental en los artículos 1754 a 1756. En el artículo 1754 se establece la responsabilidad solidaria de los padres por los daños causados por los hijos menores que habiten con ellos; el artículo 1755: legisla sobre la cesación de la responsabilidad paterna, y el artículo 1756 trata sobre los delegados: tutores y curadores en ejercicio de la responsabilidad parental, ya que responden por el daño causados por quienes están a su cargo.²

En Roma, la regla general por la cual sólo *el paterfamilias* podía obligarse comprometiendo todo el patrimonio familiar y por ende no respondía por las obligaciones contraídas por los *alieni iuris*, se fue modificando, ya que los *fili* y los esclavos comenzaron a participar en los negocios del *pater*. El pretor se vio en la necesidad de crear acciones, las cuales modificaron la regla inicial ya que los terceros contratantes podían por medio de las mismas ir contra el *paterfamilias* haciendo que responda a veces plenamente, es decir, por el todo y otras en forma limitada. Además los *patres* o amos respondían por los actos ilícitos cometidos por sus *filius* o sus esclavos.

II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE VÉLEZ SARSFIELD: EL ORIGINARIO ARTÍCULO 1114

El artículo 1384 del Código Civil Francés, a través de la obra de Aubry y Rau y del Proyecto de García Goyena, sirvió de modelo a Vélez Sarsfield para re-

¹ Llambias, J., *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2005, t. IV-A, p. 218. En concordancia Alterini, A., Ameal, O. López Cabana, R., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 692.

² *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2014, pp. 306 y ss.

dactar los artículos 1114 a 1116 de nuestro Código Civil. La responsabilidad de los padres rigió sin modificaciones hasta 1985.³

El primitivo artículo 1114 disponía que “el padre y, por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean legítimos o naturales”.⁴ La norma disponía con claridad la responsabilidad singular de uno u otro de los padres, no conjunta de ambos. Ellos eran obligados alternativamente, no acumulativamente. Esto era consecuencia del ejercicio de la patria potestad que era unipersonal: según la definía la ley 10.903 al sustituir el artículo 264 en su párrafo segundo que disponía que: “el ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos correspondía al padre; en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho a ejercerla, a la madre”. Empero, no había estricta correspondencia, sino relativa, entre responsabilidad y ejercicio de la patria potestad, pues, en algunas situaciones se consideraba que la responsabilidad se desplazaba hacia la madre pese a no haber variante en

³ Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011, t. IV, pp. 963 y ss (en especial p. 972). “La responsabilidad del *pater* por los daños causados por sus *filius* no puede parangonarse con la responsabilidad por el hecho ajeno de las legislaciones positivas modernas, al punto que era una responsabilidad más “real” que “personal”, puesto que la obligación del padre se cumplía, haciendo abandono del hijo y dejándolo en poder del ofendido”. Reyna opina que “si bien existe algún parecido con la responsabilidad actual, la responsabilidad del padre en Roma era sólo un efecto eventual de la acción noxal. Consideran que la responsabilidad del *pater* era ilusoria, dadas las dificultades que se presentaban al reclamo judicial en su contra. Ya que un acreedor de una indemnización por un daño provocado por un *filius* no estuvo en condiciones reales de demandar judicialmente al *pater* y obtener una condena dineraria contra éste, si el mismo no ofrecía el pago en reemplazo del abandono de su hijo”. “Además Justiniano abolió el abandono noxal de los hijos, por lo que los padres dejaron de responder por los actos ilícitos de los hijos.” Llambías, J., *op. cit.*, pp. 291 y ss. Algunos civilistas consideran que el artículo 1114 del Código Civil Argentino no tiene su fundamento en el derecho romano ya que “la responsabilidad de los padres por los daños que causan sus hijos no fue concebida por él y tampoco por la antigua legislación española, y reconocen como antecedente a la Costumbre Breñaña, el artículo 656 decía:” Si el hijo daña injustamente a otro, mientras está bajo el poder de su padre, el padre debe pagar la multa civil, por aquello de que él debe castigar a sus hijos”, algunos autores sostienen que los redactores del Código de Napoleón se inspiraron en este artículo para la redacción del artículo 1384 que dispone: “Se es responsable, no solamente del daño que se causa por el propio hecho, sino también del que es causado por el hecho de las personas por las que debe responderse o por las cosas que se tienen bajo guardia. El padre, y la madre luego del deceso del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos... La responsabilidad de ellos queda comprometida a menos que el padre y madre, el director y artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad”.

⁴ Borda, G., *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1998, t. II, p. 249.

cuanto al ejercicio de la patria potestad. La ley indicaba como causas de desplazamiento, la muerte, la ausencia o la incapacidad del padre.⁵

Los padres eran responsables de los hijos legítimos como de los naturales. Con respecto a éstos últimos la situación de los progenitores en relación a ellos no era muy clara, una parte de la doctrina sostenía que los padres naturales tenían el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, y la otra les negaba el ejercicio de la misma. Pero posteriormente, con la reforma del artículo 264 *in fine* por la ley 10.903, dispuso que el ejercicio de la patria potestad se debía acordar expresamente a la madre, o al padre o madre que reconocía al hijo natural o que era declarado como tal, este principio de asimilación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales concordó con el artículo 328 del Código Civil. Los hijos adoptivos ya sean por adopción plena o simple eran equiparados a la situación del hijo legítimo. En cuanto al caso de hijos adulterinos e incestuosos, no estaban enumerados en el texto de la ley, y como se trataba de una disposición de interpretación restrictiva, no se aplicaba la norma, sin perjuicio de la responsabilidad que podía incumbirles en su carácter de tutores o guardadores (artículo 1117).⁶

Existía en el Código de Vélez una contraposición entre los artículos 273 y 1114. El artículo 273 del Código Civil establecía que “los padres respondían por los daños que causaran los hijos menores de diez años, que habiten con ellos”, en cambio en el artículo 1114 del Código Civil hablaba simplemente de menores, y no dejaba en claro cuando respondía personalmente el menor y cuando no lo hacía. La cuestión a esclarecer para comprender el sistema legal era la de saber si ambos preceptos tenían el mismo ámbito de vigencia, es decir, si se aplicaban a los hechos obrados por los mismos hijos, o si se contemplaban hechos de distintos incapaces. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia se ha expresado de diferentes maneras:

⁵ Llambías, J., *Código Civil anotado. Doctrina y jurisprudencia. Artículos 896 a 1136*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, t. II- B, p. 496. Salvat, R., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958, t. IV, pp. 157 y ss. “La responsabilidad emergente de esta disposición recaía sobre el padre, por lo que esta norma era coherente con el sistema del Código Civil que atribuía el ejercicio de la patria potestad al padre, y sólo pasaba a la madre en caso de muerte o pérdida de ella o del derecho de ejercerla del primero (artículo 264 reformado por la ley 10.903). Con lo cual la madre era responsable por muerte del padre, por ausencia o incapacidad”. Borda, G., *op. cit.*, p. 249.

⁶ Salvat, R., *op. cit.*, p. 158. Llambías, J., *Código Civil anotado...*, *cit.*, pp. 498. “La asimilación con los progenitores legítimos no era absoluta porque el padre extramatrimonial carecía de prioridad para el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo, a menos que el reconocimiento de ambos progenitores haya sido simultáneo y ellos vivieran en común. En los demás casos la responsabilidad paterna recaía sobre el padre o madre que ejercía la patria potestad, en iguales condiciones a las que regían para los padres legítimos.”

A) La primera tesis expuesta por Segovia y compartida por escasos autores como Llerena y Machado, sostenía que los artículos 213 y 1114 del Código Civil tenían el mismo alcance y se referían a los daños injustos ocasionados por los niños que no habían cumplido 10 años, por lo que los padres eran responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de 10 años, y los mayores a esa edad tenían una responsabilidad directa, no siendo responsables los padres. De esta manera el artículo 1114 estaba subordinado a lo que establecía el artículo 273 del Código Civil.

B) Una segunda postura profesada por varios autores reservaba a cada artículo un ámbito propio, sin superposición entre ellos. El artículo 273 se refería a la responsabilidad personal de los padres por los daños obrados por los menores de 10 años, que debían responder con sus bienes propios sin posibilidad de entablar la acción de repetición contra los bienes de sus hijos en el supuesto de que éstos los tuviesen. En cambio, el artículo 1114 contemplaba los actos culpables de los menores de más de 10 años que originaban una doble responsabilidad, la directa y personal del autor del hecho, y la refleja o subsidiaria de los padres, que podían ser demandados por los perjudicados y debían responder con sus bienes pero tenían una acción de repetición contra los bienes de sus hijos ya que siendo mayores de 10 años, habían podido darse cuenta del acto que realizaban.

C) La tercera tesis sostenía que los artículos 1114 y siguientes eran aplicables a los hijos menores de cualquier edad, puesto que la letra de la ley no hace distinción, ni tampoco la hacían los textos en que se inspiró el codificador. Por consiguiente, estos artículos eran ampliatorios de la responsabilidad de los padres. Para admitir la existencia de esa responsabilidad no era necesario apelar a la distinción entre responsabilidad personal propia y responsabilidad subsidiaria respecto a los hijos, se trataba de las relaciones con el damnificado por el acto ilícito, por lo tanto la responsabilidad de los padres debía ser admitida mientras los hijos eran menores, sin perjuicio de la acción de repetición que podía competirle a aquéllos. El artículo 273 no tenía el sentido de sentar una norma de responsabilidad frente al damnificado, sino de reglar la relación jurídica que se establecía entre el padre e hijo, cuando éste, menor de 10 años, causaba un daño; pero no la que surgía del mismo hecho entre la víctima.⁷

⁷ Llambías, J., *Tratado de derecho civil...*, cit., pp. 293 y ss. Salvat, R., *op. cit.*, p. 159. Mosset Iturraspe, J., D'Antonio, D. y Novelino, N., *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Rubinzal- Culzoni, 1998, pp. 33 y ss. Zannoni, E., *Derecho civil: derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. II, pp. 765 y ss. "Tradicionalmente esta responsabilidad se consideró como una necesaria consecuencia del deber de guarda que pesa sobre los padres". "La doctrina y jurisprudencia mayoritarias reputaron que el artículo 273 del Código Civil consagraba la

III. REFORMAS INTRODUCIDAS POR LAS LEYES 23.264 Y 24.830

Con la sanción de la ley 23.264 de patria potestad compartida, reformó el texto del artículo 1114 y derogó el artículo 273 del Código Civil, lo que implicó una sustancial modificación a la sistemática de la regulación de este tópico que había hecho nuestro codificador.

El reformado artículo 1114 del Código Civil disponía:

El padre y la madre son solidariamente responsables por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.

Además la ley 24.830 agregó a este artículo otro párrafo que expresaba: “Lo establecido sobre los padres rige respecto sobre los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo”. El ejercicio de la patria potestad es conjunto entre el padre y la madre que convivan, sea en una unión matrimonial o en un simple concubinato (artículo 264, ref. por ley 23.264), por consiguiente la responsabilidad recae por igual en ambos progenitores. Y además le asegura a la víctima la reparación del daño sufrido atribuyendo a los padres una responsabilidad solidaria.

La responsabilidad de los padres se fundaba en la culpa que estos incurrieran al faltar al deber de vigilancia. Sin embargo, otra doctrina había entendido que la responsabilidad paterna se basaba en la culpa en la educación de los hijos. Una tercera posición basaba esa responsabilidad en ambas teorías, es decir, en la culpa en la vigilancia y en educación. También, opiniones más modernas, habían postulado como fundamento objetivo de esta responsabilidad: la tesis de la garantía, la del riesgo creado, la de la equidad, como cimientos de la responsabilidad paterna. En el derecho moderno la responsabilidad parental tiende a fundarse no en el deber de vigilancia, en

responsabilidad directa y personal de los padres por los daños ocasionados por los menores de 10 años, en razón de que carecen de discernimiento según los términos del artículo 921 del Código Civil. En tanto, que el artículo 1114 establecía la responsabilidad indirecta o refleja de los padres por los daños que causan los hijos mayores de 10 años, sin perjuicio de responsabilidad propia del menor”.

la culpa *in vigilando*, sino en la relación de paternidad y la necesidad de no dejar desamparada a la víctima de un hecho ilícito.⁸

Con el dictado de la ley 26.618 del matrimonio civil o llamada también ley de matrimonio igualitario, si bien esa norma no modificó el artículo 1114 del Código Civil de Vélez, ni estableció contenido alguno en materia de responsabilidad de los padres, el sólo hecho de que puedan existir dos madres o dos padres de un menor, tornó aplicables los aspectos normativos sobre responsabilidad por los hechos ilícitos de sus hijos menores antes mencionados para los matrimonios de personas de un mismo sexo.⁹

Para que exista la responsabilidad paterna era necesario que se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que el hijo fuera menor de edad: si el daño era producido por un menor de 10 años los únicos responsables directos eran los padres, ya que dicho menor carecía de discernimiento. En cambio, si el menor era mayor de 10 años, debían responder en forma directa, y los padres eran responsables de manera indirecta o refleja.¹⁰ 2) Que los hijos estuvieran bajo la patria potestad de los progenitores. 3) Que habitaran con ellos, era una condición *sine qua non* la convivencia. 4) Que el hecho realizado por el menor fuera ilícito. Los padres eran responsables por los actos ilícitos de los menores que cumplieron de 10 años, si se demostraba dolo o culpa de los mismos al obrar. 5) La producción del daño a un tercero. 6) Que existiera la relación causal entre el daño y el hecho ilícito.¹¹

La responsabilidad de los padres cesaba: 1) Si el hijo era colocado en un establecimiento de cualquier clase y se encontraba de manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, artículo 1115 del Código Civil, tal era el caso cuando ingresaba en un colegio o en un taller en calidad de aprendiz. Para algunos bastaba excluir la responsabilidad paterna por el alejamiento del menor del hogar basado en un motivo legítimo, ya fuera por estudios o descanso en casa de otros parientes, se confiaba al menor a

⁸ Cifuentes, S., y Sagarna, F., *Código Civil: comentado y anotado. Artículos 801 a 1136*. Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, III, p. 777. Borda, G., *op. cit.*, pp. 249 y ss. “La responsabilidad de los padres se funda en la culpa *in vigilando*. Los padres tienen el deber de vigilar y de educar a sus hijos; y este deber no sólo existe en las relaciones paterno-filiales, sino respecto a terceros. Frente a éstos, los padres son responsables de toda omisión en el cabal desempeño de la patria potestad.” Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 972 y ss.

⁹ Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 988 y ss.

¹⁰ Cifuentes, S., y Sagarna, F., *op. cit.*, p. 777. “La ley 26.579 redujo la edad para alcanzar la mayoría de edad: es requisito esencial que el hijo, agente dañoso sea menor de edad, por lo que se responde hasta los 18 años de edad del hijo.” Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 777 y ss.

¹¹ Borda, G., *op. cit.*, pp. 251 y ss. Llambías, J., *op. cit.*, pp. 317 y ss. Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 777 y ss. Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R., *op. cit.*, pp. 697.

personas aptas y eficientes. En cambio, otros opinaban que no bastaba que el alejamiento obedeciese a un motivo legítimo, además, era preciso que la responsabilidad se transfiriera a alguna de las personas legalmente responsables conforme a los artículos 1113 y 1117 del Código Civil, es decir, cuando el incapaz revestía la calidad de dependiente, alumno o aprendiz de otra persona. 2) Cuando los padres probaban que les había sido imposible impedir los hechos de sus hijos, artículo 1116 del Código Civil. Una interpretación benévola para los padres llevaba a la conclusión de que la simple ausencia de ellos del lugar que aconteció el hecho, era suficiente para eximirlos de responsabilidad, pero el sentido de nuestra ley era otro, ya que el 2º párrafo de dicho artículo aclaraba que esta imposibilidad no resultaba de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciere que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos. La ausencia de los padres no siempre demostraba que no había culpa *in vigilando* de su parte, pues se suponía que debieron tomar todas las precauciones necesarias para evitar el hecho dañoso. El padre más prudente y precavido, a pesar de haber dado a sus hijos una educación óptima, no podía impedir los hechos imprevisibles de sus hijos menores durante sus inevitables ausencias provocadas en razón de sus actividades. Pero la ley protegía al tercero damnificado para que tuviese a una persona solvente a quien podía dirigir su reclamo, por ello, se presumía la culpa de los padres aun durante sus accidentales ausencias. Esta presunción de culpa en contra del padre de un menor que causó un daño era sólo *iuris tantum* y admitía prueba en contra. La prueba de las eximentes era apreciada estrictamente.¹²

Existían además supuestos especiales por los cuales el padre no respondía por los daños causados por los hijos menores: 1) El menor emancipado por matrimonio (artículos 128, 131, 133 y 306 inciso 4º del Cc.), carecía de importancia si el menor había contraído matrimonio sin la autorización paterna necesaria, la única consecuencia era privarlo del goce y administración de sus bienes. La emancipación de los menores por habilitación de edad fue dejada sin efecto por la reforma introducida por la ley 26.579. 2) La emancipación comercial de los menores no incidía sobre la responsabilidad paterna, ya que mantenían el ejercicio de la patria potestad. En caso de que el hecho ilícito fue cometido en relación a la actividad comercial autorizada a ejercer, la cuestión era controvertida, pero la mayoría se incli-

¹² Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 1041 y ss. “Como se sostiene un fundamento subjetivo para este tipo de responsabilidad, los padres de un menor responden por el hecho ilícito cometido por éste, a mérito de las presunciones *iuris tantum* de falta de vigilancia o defectos de educación.” Borda, G., *op. cit.*, pp. 255 y ss. Cifuentes, S., y Sagarna, F., *op. cit.*, p. 778. Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, R., *op. cit.*, pp. 696 y ss.

naba por la negativa, ya que desde que el menor se encontraba emancipado comercialmente, escapaba al poder y vigilancia de sus padres. Análoga era la situación de los menores que habían cumplido 18 años o que poseían un título habilitante para ejercer una profesión. 4) Menores de 17 años autorizados administrativamente para conducir automotores y les daban carnet. Existían dos posiciones enfrentadas, para la primera de ellas, la habilitación para conducir, no podía ser evitada por el padre por constituir un derecho que el hijo podía ejercer frente al Estado, liberando así al progenitor. La otra postura sostenía que se mantenía la responsabilidad de los padres hasta la mayoría de edad de los hijos, restando eficacia liberatoria a la autorización estatal para conducir. 5) Tampoco había responsabilidad si un progenitor era incapaz o había sido privado de la patria potestad (artículos 264 inciso 3° y 310 del Cc.), por lo que recaía en el otro progenitor. 6) En caso de separación personal, de hecho, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, era responsable quien tuviere la tenencia al momento del hecho dañoso causado por los hijos menores, salvo que estos perjuicios se ocasionaran estando el menor al cuidado del otro progenitor (artículos 264 inciso 2° y 1114 primer párrafo *in fine* del Cc.). Por consiguiente, cesaba la responsabilidad solidaria en el caso de que los padres no convivían y se le atribuía la responsabilidad al que ejercía la tenencia del menor. Si bien el artículo 1114 del Cc. no hacía referencia expresa a la ausencia del padre como causal de exclusión de responsabilidad, se interpretaba que la misma era una causal exoneratoria, ya que ausente no podía convivir con su cónyuge. 8) Si el daño era cometido en defensa propia por el menor o por culpa de la víctima, no había responsabilidad parental. (artículo 1111 del Cc.).¹³

La responsabilidad paterna no podía extenderse por analogía a otras personas que tenían a su cargo el cuidado o vigilancia del menor, a menos que se les hubiera discernido la tutela. Las responsabilidades reflejas eran de interpretación estricta y no se las podía hacer recaer sobre personas distintas a quienes la ley expresamente señalaba. La circunstancia de que los padres respondían en su calidad de tales por los daños ocasionados por sus hijos, no excluía la posibilidad de que también era responsable en su carácter de principal. Si el hijo trabajaba para su padre o, si se encontraba respecto de él en una relación de dependencia.¹⁴

¹³ Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 1008 y ss. Borda, G., *op. cit.*, pp. 251 y ss. Cifuentes, S., y Sagarna, F., *op. cit.*, pp. 778 y ss.

¹⁴ Borda, G., *op. cit.*, pp. 254 y ss. “La cuestión tiene desde el punto de vista del tercero damnificado, porque en tal caso el padre no puede excusarse alegando que el menor no vive con él o que le fue imposible impedir el daño o que ha sido privado de la patria potestad o de la guarda.”

Aunque el Código no lo decía expresamente, por aplicación de los principios generales sobre la responsabilidad por el hecho propio (artículo 1109. C.Civ.), el damnificado podía también dirigir su acción contra el autor material del hecho dañosos, prescindiendo del tercero civilmente responsable. Luego de la reforma efectuada por la ley 17.711, el agregado introducido al artículo 907 del Cc., permitió demandar por daños y perjuicios aun a personas que no hubieran tenido discernimiento, al tiempo de cometer el ilícito dañoso. No obstante ello, conceder o no la reparación, y en qué medida, era una atribución conferida al libre arbitrio del juez, quien podía disponer fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. Pero una postura afirmaba que cuando el hijo tenía menos de 10 años, el único responsable, y a título personal, era el padre, ya que no se podía obligar al resarcimiento al autor inconsciente del daño por carecer de discernimiento. (artículos 900 y 921 del Cc.). Cuando se trataba de un menor de más de 10 años, lo establecía expresamente el artículo 1114 del Cc. introducido por la reforma de la ley 23.264, el damnificado tenía ante sí dos responsables: a aquél por su propio hecho ilícito y al padre por su responsabilidad refleja; pudiendo accionar indistintamente contra uno u otro, o hacerlo conjuntamente contra ambos.¹⁵

No existía en nuestra legislación ninguna norma expresa que establecía que los padres puedan reclamar a los hijos la repetición del resarcimiento que hubieran debido afrontar por un hecho ilícito suyo, pero parecía de evidente aplicación analógica el artículo 1123 del Cc. que disponía que quien paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia. Debemos aclarar que la acción de regreso no era procedente cuando el hecho hubiese sido causado por un menor de 10 años, ya que carecía de discernimiento (artículo 921 del Cc.), por lo que el hecho que se realizaba debía juzgarse involuntario, no pudiendo engendrar en consecuencia obligación futura (artículos 897, 900, 1076 Cc.), ni tampoco una acción de regreso. Empero, estos menores debían contribuir al pago de la indemnización en la medida en que se hubieren enriquecido con el hecho ilícito. (artículo 907 Cc.).¹⁶

¹⁵ Trigo Represas, F. y López Mesa, J., *op. cit.*, pp. 1066 y ss. “La responsabilidad del padre y de su hijo menor de más de 10 años no es solidaria, ya que el primero no es coautor del ilícito. Se trata en cambio de obligaciones *in solidum* o concurrentes en las que dos o más personas adeudan idéntica prestación al mismo o mismos acreedores, aunque el débito de cada uno de los obligados tenga distinta causa fuente.”

¹⁶ *Ibidem*, p. 1068. Borda, G., *op. cit.*, p. 258.

IV. PROYECTOS DE REFORMAS

Algunas de las reformas proyectadas para el Código Civil fueron: 1) *El Anteproyecto de 1929*, obra del Jurista Antonio Bibiloni, que no alteraba el sistema de Vélez; se limitaba a proponer la supresión del artículo 273 por ser una mera repetición del artículo 1114. 2) *La Comisión Redactora del Proyecto de 1936*, siguió de cerca *El Anteproyecto* de Bibiloni, y avanzó en cuestiones de la responsabilidad de los padres separados, o frente a hijos extramatrimoniales, además en el tema de los menores abandonados reiteró que la responsabilidad de los padres “cesa cuando demostraren que no pudieron prevenir el daño...” 3) *El Anteproyecto de 1954*, obra del profesor Llambías, dedicaba al tema un solo artículo, el 1083:

los padre, tutores y curadores son responsables de los daños causados por los incapaces confiados a su guarda, que habiten con ellos. Cuando los incapaces fuesen puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, la responsabilidad pasará a ésta. No habrá lugar a la responsabilidad prevista en este artículo si se probase la imposibilidad en que se hubiese estado para impedir el hecho dañoso. La carencia de discernimiento del autor del hecho no excusa la responsabilidad.

La eximente única corrigiendo al artículo 1116, era la imposibilidad, no bastando con pruebas de educación o vigilancia; no obstante la expresión era amplia e involucraba pluralidad de situaciones discutibles. 4) *El Proyecto de Código Civil de 1987*, (luego ley vetada), no trataba la cuestión, proponía reformas a los artículos 1113 y 1118, antes y después, pero dejó incólumes los textos que nos preocupan. 5) *El Proyecto de la Comisión de Diputados de 1992*, no se preocupó del tema al igual que el de 1987, 6) *El Proyecto de la Comisión del Ejecutivo*, Decreto 468/92, se ocupó con algún detalle del tema, declaró en el artículo 1584 que “los padres son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores no emancipados que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los hijos que tuvieren discernimiento, los padres no se liberan si la no convivencia con el menor obedece a una causal que le es imputable”.

Además en los artículos siguientes determinó que

la responsabilidad de los padres se traslada a la persona bajo cuya vigilancia el hijo ha sido puesto, ya sea de manera transitoria o permanente (artículo 1585).

Y no responden por los daños causados por los hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento contractual de los mismos. (artículo 1586).

Lo establecido para los padres rige respecto a tutores, curadores y establecimientos que acepten tener a cargo a sujetos potencialmente peligrosos y maestros artesanos, por los hechos de las personas que están bajo su vigilancia. Se podrán liberar de responder si acreditan que les fue imposible evitar el daño, pero tal imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia (artículo 1587).¹⁷

V. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

El Nuevo Código Civil y Comercial trata en el libro III de los “Derechos Personales”, en el título V de las “Otras Fuentes de las Obligaciones”, en el capítulo I sobre la “Responsabilidad Civil”, en la Sección VI sobre la “Responsabilidad por el hecho de terceros”, las disposiciones que legislan sobre la materia en cuestión. Así encontramos el artículo 1753 que trata en general sobre la responsabilidad por el hecho del dependiente, y plasma la doctrina que estamos ante un factor de atribución objetivo (deber de garantía), en la necesidad de garantizar a los terceros por la acción dañosa de las personas que actúan en el interés de otro.¹⁸

El artículo 1754 legisla sobre los hechos de los hijos y dispone que: “Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.”

De esta manera, simplifica la redacción, se refiere a los padres (no padre y madre), no se utiliza la palabra “menor” o menores a secas, y sólo excepcionalmente en este Nuevo Código se hace referencia a la persona “menor de edad” en los artículos 25, 26, 27, 30, 1755. En el antiguo Código de Vélez se establecía en el artículo 921 que los actos ilícitos practicados por menores de 10 años eran hechos sin discernimiento, por consiguiente involuntarios. En cambio ahora, lo determinante es que estén bajo la responsabilidad parental

¹⁷ Mosset Iturraspe, J., D’Antonio, D. y Novelino, N., *op. cit.*, pp. 31 y ss.

¹⁸ Bueres, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. II, p. 182.

y mantiene “que habiten con ellos”, sino no podrían ejercer la vigilancia. No se elimina la responsabilidad personal y concurrente de los hijos. El artículo 1755, sobre la cesación de la responsabilidad paterna dispone que:

La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que le es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales validamente contraídas por sus hijos.

Se establece expresamente que nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva. Determina como causales de exoneración de responsabilidad, cuando el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona de manera transitoria o permanente, (pero no cesa en el caso del artículo 643 cuando se delega el ejercicio de la responsabilidad parental); por los daños causados en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de sus funciones; o por incumplimientos contractuales por parte de los hijos. Finalmente el artículo 1756, sobre otras personas encargadas expresa que:

Los delegados en 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. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo a personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control.

Las personas encargadas o delegados como los tutores y curadores, tienen idéntica responsabilidad como los padres. Se liberan cuando acreditan que les ha sido imposible evitar el daño. El último párrafo de este artículo establece la responsabilidad por negligencia de los establecimientos como hospitales, sanatorios, asilos, geriátricos, etc., por los daños ocasionados a personas internadas.¹⁹

¹⁹ *Ibidem*, pp. 183 y ss. *Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, pp. 341 y ss., 596 y ss., 690 y ss. “La regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño,

VI. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. *Los Códigos Latinoamericanos*

Siguen los lineamientos del Código Civil Francés, en su versión original, consagrando una responsabilidad paternal subjetiva, con base en la culpa, tanto *in vigilando* como *in educando* y, admitiendo por tanto, supuestos de liberación cuando los padres no han podido evitar el daño.

A. *El Código Civil de Uruguay*

Expresa en el artículo 1324:

Hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por el hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su

en el artículo 5, para que pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, y solidaridad. El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión «patria potestad» por la de «responsabilidad parental», denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra «potestad», de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la *potestas* del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo «responsabilidad» implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos ordenamientos han cambiado la denominación de «patria potestad» por la de «autoridad parental»; otros por «responsabilidad parental» como acontece en el Reglamento del Consejo Europeo, n° 2201/03 del 27/03/03, también denominado Nuevo Bruselas II (se refiere a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental). La ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión «responsabilidad familiar», al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil.» En los fundamentos del *Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, se expone que la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la patria potestad que habitan con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos. Se receptan disposiciones previstas en los artículos 1658 y cc. del *Proyecto* de 1998. En el artículo 1587 del *Proyecto* de 1993 del P.E.N., se incluía como eximente la prueba de la imposibilidad de evitar el daño, que se eliminó en el *Proyecto* de 1998. Si la responsabilidad paterna es objetiva, sería contradictorio que puedan probar los progenitores que aún habiendo colocado la máxima diligencia el hecho haya ocurrido, ya que precisamente la vigilancia es lo que debe primar. Es decir, los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexo causal: la prueba del hecho damnificado, del tercero o el caso fortuito.”

dependencia o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía... La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Se complementa esto con el artículo 1320: “No son capaces de delitos o cuasidelitos los menores de 10 años, ni los dementes; pero serán responsables del daño causado por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia” y el artículo 1326: “Las personas obligadas a la reparación del daño causado por las que de ellas dependen, tienen derecho a ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden ni conocimiento de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito según el artículo 1320”.

B. *El Código Civil de Chile*

En su artículo 2320 dispone:

Toda persona responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que tuvieran a su cuidado. Así el padre y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa... Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Además, el artículo 2321 agrega: “Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores y que conocidamente provengan de mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir”. Finalmente el artículo 2319 expresa: “No son capaces de delitos o cuasidelitos los menor de 7 años, ni los dementes, pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia...”

C. *El Código Civil del Brasil*

Dispone en el artículo 1521: “Son también responsables por la reparación civil los padres, por los hijos menores que estuvieren bajo su poder y en su compañía”.

Por otro lado, el artículo 1524 contiene una prohibición formal “a que el padre ejerza acción regresiva contra el hijo”.

D. *El Código Civil de Paraguay*

En sus artículos 1843 y concordantes sigue los lineamientos del Código Civil Italiano de 1942.

E. *El Código Civil de Bolivia*

En su artículo 990 expresa: “El padre y la madre o el tutor deben resarcir el daño causado por sus hijos menores no emancipados o por los menores sujetos a tutela que vivan con ellos, excepto si prueban que no pudieron impedir el hecho”. El artículo 989 establece que:

El resarcimiento del daño causado por el menor de 10 años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho. Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa.

El artículo 993 autoriza la repetición de lo pagado por el padre y la madre “contra el autor del daño que en el momento de cometer el ilícito contaba con más de 10 años de edad o no estaba por otra causa incapacitado de querer y entender”.

F. *El Código Civil del Perú*

En el artículo 1975 expresa: “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”. El artículo 1976 dispone: “No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”. Finalmente el artículo 1977 agrega: “Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo”.

G. *El Código Civil de México del Distrito Federal*

Dispone que “Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder a los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos”. El artículo 1920 agrega “Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de las personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata. El artículo 1922:

Ni los padres, ni tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

H. *El Código Civil de Guatemala*

En su artículo 1660 prescribe: “El menor de edad, pero mayor de 15 años, y el incapaz cuando obra en momentos de lucidez, son responsables de los daños y perjuicios que ocasionen. En los demás casos son responsables los padres, tutores o guardadores”. Artículo 1662:

La responsabilidad a que se refieren los dos artículos anteriores cesa, si las personas comprendidas en ellos justifican que les fue imposible evitar el daño o perjuicio. Esta imposibilidad no resulta de la circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia si aparece que ellos no han ejercido vigilancia sobre los menores o incapaces.

I. *El Código Civil de Colombia*

En el artículo 2346 expresa “Los menores de 10 años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa, pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia”.

El artículo 2347 comienza diciendo “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado” y agrega, con la modificación del decreto 2820 de 1974 “Así, los padres son responsables solidariamen-

te del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.” Y en la parte final agrega: “pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho”. El artículo 2348 completa: “Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir.”

J. *El Código Civil de Quebec de 1991*

Dispone en su artículo 1459: “El titular de la patria potestad está obligado a reparar el perjuicio causado a otro por el hecho o la culpa del menor cuya guarda tiene a su cargo, a menos que pruebe que él no ha cometido ninguna culpa en esa guarda, vigilancia o educación del menor”. Agrega: “Aquel en la autoridad paternal es juzgado de la misma manera, si el hecho o la culpa del menor está ligada a la educación que se le ha impartido”. El artículo 1462 declara la irresponsabilidad por los daños originados en hechos de personas carentes de razón “salvo que el comportamiento de esas personas pueda ser considerado, en sí mismo, como culposo.”

2. *Los Códigos de Europeos*

A. *El Código Civil Francés*

En su artículo 1384, luego de aludir a la responsabilidad por el hecho ajeno, expresa, en su apartado cuarto, conforme a la ley 70-459 de 1970: “El padre y la madre, en la medida en que ellos ejerzan el derecho de guarda, son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos.” Más adelante especifica que: “Esta responsabilidad existe a menos que el padre o la madre, o el maestro artesano prueben que ellos no han podido impedir el hecho que origina la responsabilidad”.

B. *El Código Civil italiano de 1942*

Trata la responsabilidad de los padres, tutores, de los preceptores y de los maestros de artes en su artículo 2048 en donde expresa:

El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados, o de las personas sujetas a la tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al afiliante. Las personas indicadas por los apartados anteriores quedan liberadas de la responsabilidad solamente si prueban no haber podido impedir el hecho.

C. *Código Civil de España*

En el artículo 1903, segunda parte dispone: “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda... La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

D. *Código Civil de Portugal*

En su artículo 491 expresa:

Las personas que, por ley o negocio jurídico, están obligadas a vigilar a otras, por virtud de la incapacidad natural de éstas, son responsables por los daños que ellas causen a terceros, salvo que demostraren que han cumplido con su deber de vigilancia, o que los daños se habrían producido lo mismo, aunque hubiesen cumplido con ese deber.

El artículo 489 complementario, dispone: “Si el acto causante del daño ha sido realizado por una persona no imputable, pueda ésta, por motivo de equidad, ser condenada a reparar, total o parcialmente, siempre que no sea posible obtener la reparación debida de las personas a quienes incumbe la vigilancia”.

Artículo 488, en su última parte prescribe que “se presumen imputables los menores de menos de 7 años”.

E. *El Código Civil Suizo de 1911, Código de las Obligaciones*

En el artículo 54 dispone que: “Si la equidad lo exige el juez puede condenar a una persona incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial de los daños que ella hubiere causado”.

F. *El Código Civil Alemán*

Se debe distinguir si el menor tiene menos de 7 años, no responde por los daños causados, artículo 828, primer párrafo. Se presume, *iuris et de iure*, que los niños que no han llegado al séptimo año de vida no son capaces de comprender la trascendencia de sus actos. En tales supuestos, la única posibilidad de responder está dada por la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad en equidad (artículo 829 del BGB). Si el menor tiene entre 7 y 10 años, es civilmente responsable, a no ser que se pruebe que, cuando causó el daño, no tenía el discernimiento necesario para comprender su responsabilidad (artículo 828, segundo párrafo, 1º parte). Si el menor prueba ese extremo no deberá nada, salvo la aludida responsabilidad en equidad; en caso contrario y si además queda demostrada su culpa, en el sentido del artículo 276, habrá de responder en la misma medida que el adulto. En cuanto a los padres quedan alcanzados por el artículo 832 del BGB que dispone:

1) Quien en virtud de la ley está obligado a la vigilancia de una persona que, a causa de su menor de edad o de su estado mental o corporal, precisa de vigilancia, está obligado a indemnizar los daños que esta persona causa ilícitamente a un tercero. La obligación de indemnizar no tiene lugar si ha satisfecho su obligación de vigilancia o si el daño también se hubiera producido aun desempeñando una vigilancia adecuada. 2) La misma responsabilidad incumbe a quien asume por contrato la ejecución de la vigilancia.²⁰

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS *PATRES* POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR SUS *FILII*: ORIGEN ROMANÍSTICO

En Roma, el delito es un acto antijurídico que lesiona a alguien y que está sancionado por una pena. Los autores clásicos empleaban el vocablo *delictum* o *maleficium* para los casos propios del *ius privatum* que provocaban una obligación penal de reparar (*obligatio ex delicto*) y eran perseguibles por una acción penal (*actio poenalis*), las características de la misma eran la intransmisibilidad, la acumulabilidad y la noxalidad.²¹

²⁰ Mosset Iturraspe, J., D'Antonio, D. y Novelino, N., *op. cit.*, pp. 42 y ss.

²¹ Di Pietro, A, *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 193 y 204 y ss. "Los delitos como los cuasidelitos, eran actos ilícitos sancionados con una pena. Ésta era generalmente pecuniaria, y en favor de la parte que sufría el menoscabo delictual se otorga-

El derecho antiguo, la Ley de las XII Tablas, en la tabla VIII, menciona entre los delitos privados a la *iniuria*, el *furtum*, el *damnum iniuria datum*, y la *bona vi rapta* o *rapiña*. Pero el pretor otorgó *actiones in factum* para sancionar determinadas conductas, que eran consideradas “delitos pretorios,” como el *dolus malus* y el *metus* (miedo o coacción); además de otorgar acciones *in factum* que eran de carácter penal como la que iba dirigida contra el juez que obraba dolosamente al pronunciar la sentencia; la que iba contra quienes vertían o arrojaban cosas a la calle; contra quienes colocaban o colgaban alguna cosa en su casa, expuesta a la vía pública; y contra los dueños de establos, posadas y navíos, por hurtos y daños cometidos por sus dependiente. Estos últimos casos que figuraban en el Edicto del Pretor, fueron consignados por Justiniano como *ex quasi delicta*. (Inst. 4,5).²²

Si el autor del delito era un *filius in potestate* o un esclavo, el *pater* o el *dominus* respectivamente, podía escapar de su responsabilidad entregando al hijo o esclavo por medio de la *mancipatio*, a quien sufrió el perjuicio, en carácter de *nox* (*noxae datio*: Gayo 4, 75-79). Si no optaba por este procedimiento, debía pagar él mismo la pena del delito. (D.9,4,1).²³ Para tener acción noxal

ban *actiones poenales*”. Lapieza Elli, en *Historia del derecho romano*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1981, p. 96 opina: “Conviene destacar como instituciones típicas de la época arcaica la *sacertas* y la *noxae deditio*. El castigado con la primera quedaba religiosa y jurídicamente apartado de la sociedad y expuesto a la venganza de los dioses y de los hombres: quien le daba muerte no cometía homicidio. Por la *noxae deditio* el *pater* se liberaba de su responsabilidad entregando al damnificado el culpable, sea éste *alieni iuris* o esclavo”. Rascón García, C. y García González, J., *Ley de las XII Tablas*. Estudio preliminar, traducción y observaciones, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 21 y ss. Talamanca, M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 317 y ss. “*Nell’ ordinamento romano coesistono illeciti sanzionati con una poena sul piano del diritto privato (i delicta) ed illeciti puniti (nell’ interesse generale), sul piano del diritto pubblico (i crimina). In periodo tardo- repubblicano e classico, i delicta civili e le analoghe figure pretorie sono tutti puniti con una pena pecuniaria, riscossa dalla persona offesa nelle forme del processo privato (l’ordo iudiciorum privatorum), dando luogo alle obligationes ex delicto e dalle omologhe fattispecie pretorie.*” “*Le azioni penali, nascenti dalle obligationes ex delicto, presentano come caratteristiche la cumulatività, l’intransmissibilità passiva, la nossalità.*”

²² Di Pietro, A, *op. cit.*, p. 191.

²³ *Ibidem*, p. 194. García del Corral, I (trad.), *Cuerpo de derecho civil romano*, Barcelona, Lex Nova (reimpresión), 1897, t. I, p. 596. D.9,4,1 (en lo sucesivo será esta la edición y traducción del CJC que se cite sin mencionarla), Gayo en *Comentarios al Edicto provincial*, libro II “Llámense acciones noxales, las que se dan contra nosotros, no en virtud de contrato, sino de daño y de delito de los esclavos. La fuerza y el poder de estas acciones son estos, que si hubiéremos sido condenados, nos sea lícito evitar la estimación del litigio con la entrega del mismo cuerpo, que hubiere delinquido”. Gayo, *Institutas*, traducción, introducción y notas de Di Pietro, A., La Plata, Librería Jurídica, 1967, p. 319 (en adelante será esta la edición que se usará). “El abandono noxal (*noxae deditio*) es una facultad que tiene el *pater* o el *dominus* para escapar a las consecuencias pecuniarias de la responsabilidad de un acto delictuoso. Se llama *nox* el cuerpo que ha ocasionado el daño y *noxia* el delito cometido. Por ello, la sentencia en

era necesario que quien ejercía la *patria potestas* no haya tenido noticia previa del delito o posibilidad de impedirlo; en la hipótesis del *paterfamilias* conoedor del hecho, la acción se intentaba *sine noxae deditio*, y el *pater* soportaba irremisiblemente la pena.²⁴

La responsabilidad noxal pesaba sobre el *pater* por la imposibilidad de hacerla recaer directamente sobre seres que no tenían capacidad jurídica patrimonial propia; pero por razón natural de la responsabilidad era del delincuente mismo, vale el principio *noxæ caput sequitur*, el que hacía que responda no quien tenía bajo potestad al culpable en el momento del delito sino quien lo tenía en el momento en que se intentaba la acción. Además la acción se podía intentar contra el hijo que había salido de la *patria potestas* o contra los esclavos que habían sido manumitidos. Con respecto a los esclavos, la *noxæ deditio* se llevaba a cabo por medio del abandono y la correlativa toma de posesión; en cambio los *filius* culpables eran objeto de la *mancipatio* y caían en una situación de cuasi esclavitud que se llamaba *in causa mancipii*.²⁵

este caso, debía ser: “Condeno a *Publius Maevius* a que pague a *Lucius Titius* diez áureos o que proceda a abandonar en noxa”. Los orígenes y motivos de estas acciones resultan oscuros, por lo menos en un determinado momento dicho abandono tiene un carácter de reparación económica, de tal modo que si el *filius* dado en noxa hace adquirir al beneficiado por dicho abandono tanto cuanto es el monto de la indemnización delictual, entonces éste debe manumitirlo, haciéndolo salir del *mancipium* en el que se halla, situación que por Justiniano es extendida al esclavo. Ya que el esclavo que es abandonado en noxa por la comisión de un delito resultaría más beneficiado que el que no lo ha cometido por cuanto este último no podría obligar al *dominus* a que se le otorgue la manumisión por más bienes que le haga adquirir, y aquél sí. En cuanto a la forma de proceder al abandono noxal, ello ocurre por una *mancipatio*, de tal modo que el *filius* pasará a estar *in causa mancipii* del tercero beneficiado por el abandono y el esclavo *in potestate* también del mismo.” Bonfante, P., *Instituciones de derecho romano*, traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Reus, 1965, p. 160. El *paterfamilias*, era también juez de los *filiifamilias*, en cuanto a las culpas cometidas por ellos tenían autoridad para castigarlos de todos los modos posibles, por los delitos cometidos contra extraños podía liberarse de toda responsabilidad, entregando al *filius* en manos de la persona perjudicada, según la costumbre de las comunidades antiguas en las relaciones internacionales (*ius noxae dandi*).” Arangio-Ruiz, V., *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 10ª ed. italiana por José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 407. “Se llaman noxales (*de noxa*, que según la interpretación dominante equivale a delito) las acciones penales intentadas contra el *pater* o el amo por el delito privado del hijo o esclavo. En este caso, la acción no se intentaba pura y simplemente, sino *cum noxae deditio*, es decir, con una cláusula que permitía al demandado librarse de toda responsabilidad abandonando al delincuente al ofendido; cuando no quería consentir en la *noxæ deditio*, el *pater* o el amo sufría la apena pecuniaria.

²⁴ Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, pp. 407 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 408. Talamanca, M., *op. cit.*, pp. 320 y ss. “Come caratteristica delle azione penali la *nossalità* releva nei casi cui il delitto è stato compiuto da una persona soggetta all'altrui potestà, la quale, nel sistema delle pene pecuniarie, non aveva la capacità giuridica e non poteva quindi essere il soggetto passivo della relativa obbligazione. Qui vigeva il sistema della *nossalità*: era il *paterfamilias* a risultare soggetto

En la época clásica, por razones humanitarias no se practicaba la *noxae datio* de una hija. Gayo en 4,75 y ss., sólo hablaba del caso del *filius*, no da la *filia*. Pero en lo que respecta a los delitos cometidos por los hijos se admitía que éste para evitar el peligro de la *noxae deditio*, podía defenderse por sí cuando el *pater* descuidase la defensa; más tarde con el régimen de los peculios y de los bienes adventicios puso al *filiusfamilias* al frente de un patrimonio, la razón de la acción noxal desapareció. Justiniano, impulsado por motivos morales y conforme no solamente al nuevo espíritu social (*nova hominum conversatio*), sino también al nuevo ordenamiento patrimonial de la familia, abolió la *noxae datio* de los hijos e hijas, manteniéndola sólo para el caso de esclavos. Por lo tanto los *filius* podían ser citados a juicio por sus propios delitos (Inst. 4,8,7).²⁶

VIII. ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS

El ordenamiento jurídico romano se preocupó del aspecto económico de la familia, el mismo nos muestra una evolución que va desde una situación primitiva, en la que sólo tenía derecho de poseer bienes el *pater*, hasta llegar a la

all'azione per il delitto compiuto dal sottoposto, ma l'azione veniva data nossalmente, prevedendo per il pater stesso la possibilta di librarsi abbandonando all'offeso il figlio od il servo. La situazione era diversa nel diritto più antico, quando glio illeciti privati erano sanzionati dalla vindicta dell'offeso. Per pene di carattere afflittivo, come l'addictio o la talio, l'offeso era autorizzato ad escicitare la vindicta sul colpevole, mentre restava aperta al paterfamilias la possibilità di addivenire ad una composizione volontaria. Quando la composizione divenne legale, non essendo la pene pecuniaria applicabile nei confronti del colpevole, s'impose al paterfamilias l'obbligo di pagare la pena, ma (come residuo del regime dell'originaria vindicta), rimase al pater il potere di liberarsi da questa obbligazione, abbandonando l'offensore all'offeso, allo stesso modo in cui alle origini avrebbe potuto non addivenire alla composizione volontaria. Nel processo formulare, l'azione penale peri l delitto del sottoposto era data in via nossale contro il paterfamilias: nella formula, il Nome del figlio o dello schiavo risultava nella descrizione del fatto illecito, mentre l'oportere relativo era riferito al paterfamilias, e prevedeva, in forma alternativa, l' obbligazione di pagare la poena o di noxae dedere (l'autore dell' illecito). L' alternativa ricorreva ancora nella condemnatio: la facultas Solutionis rappresentata dalla noxae deditio sopravviveva alla condanna e cessava soltanto con l'inizio dell' esecuzione forzata (o la litis contestatio sull' actio iudicati). La responsabilità nossale viveva il principio noxa caput sequitur (la responsabilità nossale segue la persona dell'offensore), in base al quale l'azione é esperita contro il paterfamilias che ha in potestà il figlio od il servo al momento dell'azione, e non contro quello che l'aveva al momento della commissione del delitto: in caso di emancipazione del figlio o di manomissione dello schiavo, ci si rivolge contro costoro, dato che alla directa attuazione della responsabilità non osta più l'esistenza della potestas di un altro soggetto. La morte del colpevole estingue l'azione. Non sempre l'azione per i delitti dei sottoposti è data nossalmente: quando il paterfamilias, al corrente del delitto, non l'abbia impedito (potendolo fare), l' azione viene data contro di lui sine noxae deditio. Non si tratta però di un concurso, nel qual caso la disciplina è diversa: l'azione speta cumulativamente contro il pater ed il filius, ed il primo era soggetto, in proprio, aqll' azione directa, nonchè ad un'azione sine noxae deditio, peri l fatto del figlio."

²⁶ Di Pietro, A, *op. cit.*, p. 194. Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 407. Bonfante, P., *op. cit.*, p. 163.

época justiniana en la que se le permitía a los *filius* tener un cierto patrimonio. Es por ello que en la etapa del derecho clásico imperaba la idea de unidad patrimonial en el sentido que la familia económicamente era un patrimonio que pertenecía al *pater*; siendo éste, el único titular de derechos patrimoniales. Todo lo que los *filius* o los esclavos adquirirían era para el *pater*, sin embargo, si contraían alguna deuda, en este caso no obligaba al mismo. Por lo que regía la regla por la cual hijos y esclavos podían mejorar la situación del *pater* pero nunca empeorarla.²⁷

Por razones de equidad y en interés del comercio, el pretor otorgó acciones en beneficio de los terceros que contrataban con un *filius* o un esclavo, y de esta manera podían intentar la respectiva acción contra el *pater* o el *dominus* según el caso, tornándolo como responsable.

La denominación de *actiones adiectitae qualitatis* no es propiamente romana, sino que proviene de los glosadores que tomaron del texto de *Paulo* del Digesto 14,1,5,1, en donde señala que la acción en estos casos no se transfiere sino que es agregada, es decir, *adiicitur*.²⁸ Los comentaristas llamaron así a estas acciones por ser remedios creados por el pretor, que trató de proteger

²⁷ Torrent, A, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, Cooperativa de Artes Gráficas, 1995, pp. 519 y ss. “En la época clásica todo lo que se adquiría era para el *pater*. Gayo dice: todo lo adquirido por una persona sometida a la *potestas* de otra adquiere para ésta. La *patria potestas* duraba de por vida, los hijos no adquirirían una personalidad propia a no ser que se emancipasen. Sólo el *pater* es *sui iuris* y todos los demás sometidos a su poder son *alieni iuris*. La unidad patrimonial, por lo tanto, es muy clara en la primera etapa de la época clásica, el único sujeto de derechos patrimoniales era el *pater*. Sin embargo se produjo un proceso evolutivo que dio cada vez más cabida a la personalidad de los hijos y éstos tienen ya en el Derecho Justiniano una cierta capacidad patrimonial.” En el mismo sentido Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 107. “Toda adquisición del hijo o esclavo era por derecho una adquisición del *pater*, se producían en estos casos tanto para la propiedad como para los derechos de crédito resultados idénticos a los que habría producido la representación directa. No se producía el mismo efecto, en principio, para las deudas contraídas por el esclavo o por el *filiusfamilias*, pero este sistema de acciones dio lugar a que el *paterfamilias* quedase obligado por la deuda”.

Gayo, *Institutas...*, *cit.*, pág 26 y 114. Gayo 1,52: “los esclavos están sometidos a la potestad de sus *domini*, y que cuanto éstos adquieren, es adquirido para el *dominus*”. Además en Gayo 2, 87: “Así lo que los *liberi* sometidos a nuestra *potestas* o nuestros esclavos, reciban por la *mancipatio* o adquirieran por *traditio* ya sea que provenga de una *stipulatio* o de cualquier otra causa, es adquirida por nosotros, ya que aquél que está sometido a nuestra *potestas* no puede tener nada suyo....” D.50,17,133: “Por medio de los esclavos se puede hacer mejor nuestra condición pero no se puede hacer peor”.

²⁸ Di Pietro, A., *op. cit.*, p. 306. D.14,1,5,1 (Paul., 29 *ad Ed.*): “Asimismo, si un esclavo mío explotare como naviero una nave, y yo hubiere contratado con el patrón de ella, nada obstará, para que yo ejercite contra el patrón la acción que me compete o por derecho civil, o por derecho honorario; porque tampoco obsta este edicto a otro cualquiera, para que pueda ejercitar la acción contra el patrón; porque por este edicto no se transfiere la acción, sino que se acumula”.

a la parte más débil de la relación jurídica, es decir, los terceros contratantes y por tener la particularidad de ir siempre agregadas a otra acción.²⁹

Hay que resaltar que en principio las acciones eran dirigidas contra el *filius*, careciendo de practicidad ejecutiva, salvo que contara con un peculio castrense o cuasicastrense. Pero en este caso se agregaban o se añadían estas acciones dirigidas contra el *pater*. En la época clásica la fórmula se redactaba mediante la técnica pretoria de la “transposición de personas”, de tal modo que, si bien aparecía el nombre del *filius* o del esclavo en la *intentio*, el que resultaba responsabilizado en la *condemnatio* era el *pater* o el *dominus*.³⁰ Cuando desaparece el procedimiento formulario la acción era dada directamente contra el *pater* (I.4,7,8).

A su vez si bien el esclavo no podía realizar el negocio por carecer de capacidad, el pretor hacía desaparecer esta dificultad por medio de una ficción de libertad (D.19,1,24,2; D.14,3,12; D.45,2,12).³¹

Este sistema de acciones hacía que el *paterfamilias* quedase obligado, siempre que la deuda derivara de negocios por él autorizados o de los que sacara alguna ventaja.³²

Es necesario destacar, que estas acciones pueden dividirse en dos grupos:

- Las que se concedían cuando existía autorización especial o general del *pater* para los negocios celebrados por el *filius familias* o el esclavo,³³ en las cuales el *pater* quedaba obligado enteramente, es decir, *in solidum*.³⁴

²⁹ Álvarez, M., *Temas de derecho privado romano. Familia. La concepción romana de comunidad familiar en el orden patrimonial. El filius familias como instrumento de adquisición del pater. Acciones adiectitae qualitatis*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999, p. 120.

³⁰ Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 175.

³¹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., pp. 306 y ss. “Inst. 4.7.8: Debemos advertir, por último, que lo que se hubiere contratado con mandato del padre o del dueño y lo que hubiere redundado en su beneficio, puede ser también reclamado por la condición directamente del padre o del dueño, como si principalmente con él se hubiese hecho el negocio. Y se establece que también puede reclamarse por la condición directamente de aquél que está obligado o por la acción *exercitoria* o por la *institoria*, porque también se entiende que por su orden se celebró el contrato”. En concordancia Álvarez, M., *op. cit.*, p. 121. “En el caso del esclavo la fórmula posee otras características ya que contiene una ficción del *status libertatis*: en la *intentio* se incluye la ficción de que el esclavo es libre, pues de lo contrario no podría ser demandado, el pretor ordenaba al *iudex* o *arbiter* proceder como si el esclavo fuera libre (D.19.3.12)”.

³² Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 107.

³³ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 120.

³⁴ Bonfante, P., *op. cit.*, p. 177.

- Y las que se otorgaban cuando faltaba la orden o autorización,³⁵ por lo tanto, el *pater* era responsable en forma limitada, por un monto.³⁶

Dentro del primer grupo se encuentran la *actio quod iussu*, la *exercitoria* y la *institoria*.

1. Actio quod iussu

El *iussum* significa mandato u orden y *quod iussu* lo que se ha mandado, ordenado o autorizado.³⁷ El *iussum* ocurría cuando se autorizaba ante testigos, por carta, por palabras o por nuncio, sea para un negocio en especial o en forma general (D.15,4,1).³⁸

Este caso sucedía cuando el negocio había sido realizado por el *filius* o el esclavo contando con la autorización del *pater* o del *dominus*. El pretor concedía esta acción por el todo de la obligación contra el *pater* o el *dominus*, la misma se justificaba plenamente por cuanto el que figuraba como acreedor había celebrado el negocio confiando en el *pater* o en el *dominus* y no en el *filius* o el esclavo.³⁹ Ulpiano en D.15,4,1 pr. expresaba este concepto de la siguiente manera:

³⁵ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 120.

³⁶ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 307. En concordancia Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, pp. 107 y ss. “Conviene ante todo tener presente que al fin de la época republicana y en los primeros siglos del Imperio, la necesidad de recurrir en los negocios a la actividad de extraños no era frecuente: la mayor parte de las veces bastaba la actividad de los sujetos a la potestad del *paterfamilias*, descendientes o esclavos....” El *pater* respondía por la totalidad de la deuda si había autorizado al sujeto bajo potestad para contratar y en forma limitada cuando no daba su autorización.

³⁷ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 120. Gayo, *Institutas...*, *cit.*, p. 315. “Si bien literalmente se puede haber traducido *iussum* en el sentido de aquello que está ordenado, sería erróneo en cuanto a la aplicación de esta acción, ya que más que una orden significa la adhesión del *pater* o *dominus* a un negocio determinado, lo cual quiere decir que no es necesaria la orden puesto que vale la aprobación manifestada por éste”.

³⁸ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 307.

³⁹ Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, *cit.*, p. 175. Lenel, O., *Essai de reconstitution de l'Édit Perpetuel*, traducido por Frédéric Peltier, Paris, Larose & Forcel, 1901, t. I, pp. 318 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII- 104. En concordancia Torrent, A., *op. cit.*, p. 521. “La *actio quod iussu*, basada en que el *pater* había de algún modo encomendado al *filius* una gestión *cum iussu*, con mandato expreso para realizar algo, y esto era suficiente para que el *pater* respondiese puesto que había hecho que el *filius* realizase esa gestión”. En el mismo sentido Talamanca, M., *op. cit.*, p. 87. “Un'autorizzazione esplicita si ha anche nell'actio quod iussu, qui il pater autorizza, col iussum, un terzo ha concludere un contratto col proprio schiavo, e per tale fatto risponde in solidum per le obbligazioni nascenti dal negozio così autorizzato. Data la

“Con razón se da por lo que se hizo por mandato del señor acción contra éste por el todo, porque en cierto modo se contrata con el que manda”.⁴⁰

Por lo tanto, debía entenderse por *iussus* a la orden anterior al contrato celebrado por el *filius* o esclavo. Sin embargo, si el amo o el *pater* ratificaba lo contratado sin su orden, también podía ejercerse contra él la acción (D.15,4,1,6), porque la ratificación equivalía al mandato. Cuando el esclavo o el *filius* no había sido más que un instrumento de su amo o *pater*, como si al recibir dinero prestado mandó a que lo cuente su siervo, el pretor no daba la acción sino la *condictio*, lo mismo que si el *dominus* o el *pater* hubiese recibido la cantidad (D.15,4,5 pr).⁴¹

2. Actio exercitoria

Su nombre proviene del *exercitor navis*, naviero o armador del buque.⁴² Ulpiano en D.14,1,1,15 nos decía:

“mas llamamos naviero a aquél a quien corresponden todas las obvencones y utilidades, ya sea dueño de la nave, ya haya tomado del dueño de la nave en arrendamiento a su riesgo o temporalmente, o a perpetuidad”.

struttura della fattispecie, in assenza del iussum è sufficiente, per integrare la responsabilità dell'aveute potestà, la successiva ratifica (ratihabitio).”

⁴⁰ Véase García del Corral, I. (trad.), *Cuerpo de derecho civil romano...*, cit., t. I, p. 816. En el mismo sentido Gayo, *Institutas...* cit., p. 315. Gayo 4,70: “Ante todo, si el negocio se ha llevado a efecto con consentimiento (*iussum*) del *pater* o del *dominus* el pretor ha instituido una acción por el todo (*in solidum*) contra el *pater* o el *dominus* y esto es justo ya que quien ha realizado tal negocio ha confiado más en el *pater* o en el *dominus* que en el *filius* o en el esclavo”.

⁴¹ Orotlán, M., *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Madrid, Librería de Hijos de Locadio López, 1873, t. II, pp. 677 y ss. “Inst. 4.7.1: Si alguno ha contratado con un esclavo autorizado por su dueño el pretor concederá contra éste una acción *in solidum* porque la otra parte se atiene a la confianza que el amo le inspira”.

⁴² Álvarez, M., *op. cit.*, p. 121. En concordancia Gayo, *Institutas...*, cit., p. 315. Gayo 4,71: “Por la misma razón ha establecido otras dos acciones, la “*actio exercitoria*” y la “*actio institoria*”. La primera tiene lugar en el caso de que un “*pater*” o un “*dominus*” haya puesto a un “*filius*” o a un esclavo al mando de una nave (*magister navis*) y se realizara con él alguna transacción relativa al negocio por el cual fue puesto en dicho mando. Como en efecto, También en este caso se considera contraer el negocio de acuerdo con la voluntad del “*pater*” o del “*dominus*”, ha parecido muy equitativo que se de una acción por el todo (*in solidum*). Más aún la *actio exercitoria*” es dada también en el caso de que se hubiera puesto como *magister navis* a un extraño, sea este un esclavo o un hombre libre. Y esta acción es llamada *exercitoria* porque la persona que recibe las utilidades diarias de una nave es llamada *exercitor*...”

En esta acción se autorizaba en forma genérica al *filius* o al esclavo a obrar como *magister navis* (capitán de la nave), realizando los negocios para los cuales había sido encomendado, o en general los realizados en dicho viaje marítimo.⁴³ Es decir que, el *pater* era el armador de naves que organizaba una empresa de transporte marítimo, y colocaba al frente de la nave al *filius familia* como capitán o *magister navis*,⁴⁴ que estaba encargado del cuidado de toda la nave.⁴⁵

Como el *magister navis*, por circunstancias propias de la actividad, no podía recabar autorización especial y expresa para cada negocio que celebraba, y teniendo en cuenta que el *pater* era el *exercitor navis*, beneficiario de todos los negocios, el pretor concedió por razones de equidad a los terceros la *actio exercitoria* y de este modo se demandaba al *pater* o al *dominus* por el todo de cada obligación negocial, siempre que estuviere en relación directa con la actividad marítima (D.14,1,1,2). El fundamento de la utilidad de esta acción lo encontramos en el D.14,1,1 pr., ya que a veces por las circunstancias de lugar y tiempo, los terceros no podían informarse sobre la condición del *magister navis*.⁴⁶ Además el *magister navis* debía obrar conforme a las instrucciones recibidas; si las excedía, el *exercitor* no respondía (D.14,1,1,12). Tampoco era responsable por los negocios realizados por los marineros, y no por el *magister*; aunque sí por los delitos cometidos por los marineros, ya que una cosa era la *causa contrahendi* y la otra *causa delinquendi*, puesto que se debía vigilar que no cometieran “culpa” o “dolo” (D.14,1,1,2).⁴⁷

Si la explotación de la nave se hacía a través de una empresa marítima, la acción *exercitoria* se daba *in solidum*, por la totalidad de la deuda, sin perjuicio del que hubiere pagado para obtener de los demás el reintegro (D.14,1,1,25; D.14,1,3; I.4,7,2). Si fueran muchos los patrones, no habiéndose distribuidos los cargos, cualquier cosa que se hubiere contratado con uno obligará al naviero; en cambio si se hubieran distribuido para que uno

⁴³ Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...* cit., p. 174. Lenel, O, *Essai de reconstitution de l'Édit Perpetuel...*, cit., pp. 296 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII-101.

⁴⁴ Torrent, A, *op. cit.*, p. 521. “El *pater* respondía junto con el hijo de las obligaciones que éste hubiese contraído como consecuencia de su gestión... Respondían conjuntamente”.

⁴⁵ D.14,1,1,1: “Debemos entender por patrón de nave a aquél a quien está encomendado el cuidado de toda la nave”.

⁴⁶ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 121. En concordancia Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 307. “Entra en tal concepto todo lo relativo con el y los negocios encargados al *magister navis* (también por la carga, la reparación de la nave, los salarios de los marineros), incluso, si debió tomar dinero en mutuo, siempre y cuando lo haya hecho para emplearlo en el negocio del viaje. D.14,1,1- 7-8-9 y 11”.

⁴⁷ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 307.

arriende y otro cobre, el naviero se obligará con arreglo al cargo de cada uno, o sea que respondía por la función que le fue atribuida (D.14,1,1,13). Pero si se nombró a los patrones de modo que el uno no haga cosa alguna sin el otro, el que contrató con uno sólo, se culpará de ello a sí mismo (D.14,1,1,14).⁴⁸ Cabe agregar, que la *actio exercitoria* pasaba a sus herederos desde el punto de vista activo como pasivo o sea que era perpetua (*actio in perpetuum*).⁴⁹

3. Actio institoria

Su nombre proviene del *institor*, porque insta gestionando un negocio (D.14,3,3).⁵⁰ Aquí el *pater* o el *dominus* ponía como encargado (*institor*) al *filius* o al esclavo al frente de una tienda (*taberna*)⁵¹ o comercio terrestre y éstos contraían obligaciones vinculadas con dicho emprendimiento (D.14,3,1). El *institor* podía haber sido nombrado para administrar un edificio, para comprar trigo (D.14,3,5,1); para prestar dinero a interés, para cultivar los campos, para hacer compras y redenciones (D.14,3,5,2); para vender mercaderías como vendedores ambulantes (D.14,3,5,4: *circitores*); para dirigir un local de apresto o remiendo de ropa (D.14,3,5,4 y 6).⁵²

⁴⁸ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 123.

⁴⁹ Gayo, *Institutas...*, *cit.*, p. 316. También en D.14,1,4,4: “Estas acciones se darán perpetuamente, así a los herederos, como contra los herederos, y por consiguiente, aún si falleció el esclavo, que ue naviero con la voluntad de un señor, se dará esta acción también después del año, aunque la del peculio no se de después del año”.

⁵⁰ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 123.

⁵¹ Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 679. “*Tabernae*: esta palabra significa tienda. Teófilo la reemplaza en su traducción, con otra que significa taberna. Para lo que ha querido decir Justiniano, tan indiferente es la una como la otra: ambas aclaran el sentido del período, taberna y tienda son dos establecimientos industriales. La acción *exercitoria* y la acción *institoria* no se aplicaron al principio sino en los casos en que mediaban empresas comerciales”.

⁵² Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, *cit.*, pp. 174 y ss. “Estas formas al igual que en el caso de la empresa marítima eran muy corrientes en Roma, y permiten vislumbrar un incipiente derecho empresario”. En concordancia Gayo, *Institutas...*, *cit.*, pp. 315 y ss. (Gayo 4,71): “... En cuanto a la *actio institoria*, ella tiene lugar contra aquél que ha puesto al frente de una tienda o de otro negocio a su *filius* o a su esclavo, o a un extraño, sea este un esclavo o un hombre libre y si hubiera contratado alguna cosa referente al negocio a cuyo frente ha sido puesto. Esta acción es llamada *institoria* porque aquél que es puesto al frente de una tienda es denominado *institor*. Esta fórmula es dada igualmente por el todo”. Cfr. I.4,7,2 en la edición que se usa en este texto. En concordancia Talamanca, M., *op. cit.*, p. 86. “*Nell’actio institoria, invece, il proprietario prepone lo schiavo, che assume il nome di institor, ad un’azienda commerciale diversa dall’esercizio di un’impresa armatoriale, si dice usualmente ad un’ impresa terrestre, che, almeno alle origini, doveva avere carattere commerciale: anche chi, nei limiti della praepositio, il preponente risponde in solidum per le obbligazioni*”

Esta acción era dada contra el *pater* o el *dominus* por el todo de cada obligación (*in solidum*). El empresario sólo respondía si la obligación estaba relacionada con la finalidad para la cual el *institor* fue propuesto (D.14,3,11). Así, si se lo puso al *institor* para vender cosas, se estaba obligado en nombre de él por la *actio ex empto* (acción por lo comprado); en el caso de que haya sido puesto para comprar, por la *actio ex vendito* (acción por lo vendido); (D.14,3,5,12). Igualmente, si tomó dinero en préstamo, para comprar mercaderías o para pagar el alquiler del local, (D.14,3,5,13), salvo que se lo hubiese prohibido expresamente (D.14,3,11, 2-3 y 4).⁵³ En caso de varios dueños, éstos respondían por el todo (D.14,3,13,2), y además se daba perpetuamente tanto en forma activa como pasiva (D.14,3,15).⁵⁴

Es necesario mencionar que existía una diferencia entre la acción *exercitoria* y la *institoria*: se daba la primera contra el armador o contra su amo, si hubiese fletado el buque con su consentimiento, por las obligaciones contraídas por el capitán nombrado por el dueño del barco, o por un sustituto, aunque esto se hubiera hecho sin noticia del amo, o contra su voluntad; pero en la acción *institoria* no podía ejercerse contra el dueño cuando la obligación se había contraído por el sustituto del *institor*, ni contra el *alieni iuris*, ni contra el dueño de éste último.⁵⁵

Justiniano otorgó una *actio quasi institoria* establecida *ad exemplum* de la *actio institoria*. Se trataba del supuesto de aquél que encomendó a otro, no como *institor*, pero sí como agente suyo (*procurator*), la realización de un negocio; así, tomar dinero en mutuo (D.19,14,3,19 pr.), o la venta de un bien (D.19,1,13,25). Mediante ella se podía ir contra el dueño del negocio. Estas gestiones realizadas por hombres libres ajenos a la familia, fue am-

assunte dal sottoposto. Sia l'actio exercitoria che quella institoria possono venire esercitate, almeno almeno a partire dagli inizi del principato, anche quando il magister navis o l'institor per cui è avvenuta la praepositio non siano sottoposti alla potestas del preponente, e si ha qui, sia pur con un funzionamento unilaterale, un caso che, in certo qual modo, può essere avvicinato alla rappresentanza diretta. I limiti della praepositio si desumono dal nesso con l'attività imprenditoriale esercitata, nesso inteso in modo molto ampio (così che viene coperta qualsiasi operazione economico-finanziaria, ad es. anche un prestito, necessaria per la conduzione dell'azienda). Il proprietario poteva, poi, restringere la propria responsabilità, escludendo determinati negozi e portando codeste restrizioni alla conoscenza dei terzi con mezzi idonei (ad es., avvisi posti nei locali in cui il preposto svolgeva la propria attività)". Lenel, O., op. cit., t. I, pp. 298 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII- 102.

⁵³ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 307.

⁵⁴ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 123.

⁵⁵ Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 679.

pliando la responsabilidad por terceros, abriendo el camino a la idea de la representación.⁵⁶

Dentro del segundo grupo de acciones creadas por el pretor para corregir las injusticias que surgían de la aplicación rigurosa del derecho civil, estaban aquellas en las que el *pater familias* no daba ni una autorización especial ni general,⁵⁷ ellas eran la *actio tributoria*, la *de peculio*, y la *in rem verso*.

4. Actio tributoria

Su nombre proviene del verbo *tribu, is, bui, butum, ere*, que significa en su infinitivo distribuir.⁵⁸ Esta acción fue creada para una situación especial en donde el *filius* o el esclavo empleaban todo o parte de su peculio, concedido por su *pater* o *dominus*, ya sea en mercaderías, o lo hubiesen invertido en crear una empresa comercial o industrial (*merx pecularis*), con pleno conocimiento del *pater* o del *dominus*, y sin que mediara oposición.⁵⁹ La acción *tributoria* tenía lugar cuando los acreedores se quejaban de que el *pater* había actuado con dolo perjudicándolos en la distribución proporcional de los bienes (D.14,4,7,2-3 e I.4,7,3).⁶⁰ Los acreedores le solicitaban al pretor que le concediera esta *actio* por el monto del perjuicio.⁶¹ La característica especial de

⁵⁶ Di Pietro, A., *Derecho privado. romano... cit.*, p. 307. En el mismo sentido Álvarez, M., *op. cit.*, p. 124. “Conforme a Papiniano, se otorgó también la acción *cuasi institoria*, cuando se había encomendado a una persona como *procurator* la realización de un negocio, (D.14,3,19 pr: tomar dinero en mutuo; o D.19,1,13,25: por la venta de un bien), para ir contra el dueño del negocio”. En concordancia Bonfante, P., *op. cit.*, p. 176. “En el Derecho nuevo con la *actio cuasi institoria*, si el tercero contrata con ellos a base de la voluntad del *pater familias* (*secutus domini voluntatem*), también sin verdadera y propia supeditación a una hacienda de comercios.” En el mismo sentido Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 679. “Para un hecho aislado el pretor conseguía, no acción *institoria*, sino una acción análoga (*ad exemplum institoriae*-C.4,25,5). Esta última acción se aplicó también a todos los negocios, aunque no tengan relación con el comercio D.14,3,19 pr.- D.19,1,13,25”.

⁵⁷ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 124.

⁵⁸ Gayo, *Institutas... cit.*, p. 316. En el mismo sentido Álvarez, M., *op. cit.*, p. 126. “Del verbo *tribuere*, que significa distribuir”.

⁵⁹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano... cit.*, p. 309. Gayo, A., *Institutas... cit.*, p. 316. Gayo 4, 72: “Además se ha instituido una *actio tributoria* contra el *pater* o el *dominus* para el caso de que el *filius* o el esclavo hubiesen hecho un negocio con capital de su peculio sabiéndolo el *pater* o el *dominus*”... Lenel, O., *op. cit.*, pp. 298 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII- 103. En concordancia Talamanca, M., *op. cit.*, p. 88.

⁶⁰ Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 680.

⁶¹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano... cit.*, p. 309. “La *actio tributoria* no sería una *actio adiectitae qualitatis* sino una *actio in factum* directa contra el poderhabiente”. Además Gayo, *Institutas... cit.*, p. 316 (Gayo 4,72): “.... En efecto, si alguien hubiera contratado con el *filius*

la misma era que se necesitaba la presencia del dolo, pero ello, no obstante no era una acción de dolo, ya que lo que se pretendía era la obtención de la cosa (D.14,4,8: *persecutio rei*) y no la inculpación de dolo respecto del agente del mismo; por ello se ejercía *in perpetuum*, contra los herederos solamente por aquello que fue a poder de éstos (D.14,4,7,5).⁶²

Se actuaba como en un verdadero procedimiento de concurso, es decir, que no acontecía entonces que el acreedor más listo y sagaz cobrara por entero su crédito, de tal manera que se agotase el peculio; sino que todos los acreedores concurrían a prorrata (D.14,4,5,5-6 y 19), cobrando proporcionalmente sus créditos y el mismo *paterfamilias* no podía descontar directamente del peculio todo su crédito como sucedía en la *actio de peculio*, por lo que concurría proporcionalmente y en pie de igualdad con los demás acreedores (D.14,4,1 pr y D.14,4,6).⁶³

Se podía optar entre la *actio de peculio* y la *tributoria* según las circunstancias de los negocios llevados a cabo y su rendimiento económico (D.14,4,11), pero una vez ejercida la opción no había posibilidad de regreso para intentar la otra. Sin embargo Ulpiano en D.14,4,9,1, sostenía que “cualquiera debe elegir la acción que usará, si la de *peculio* o la *tributoria*, sabiendo que no habrá de tener regreso para la otra. Mas si alguien quisiera ejercitar por una causa la acción *tributoria* y por otra la de *peculio* deberá ser oído”.⁶⁴

o el esclavo algo referente a este peculio, el pretor ha establecido lo siguiente: que todo este capital y las ganancias que se hubieran logrado sean distribuidas en proporciones a prorrata entre el *pater* o el *dominus* si algo se le debiera y a los otros acreedores. Y si los acreedores se quejaron que se les ha distribuido menos de lo que se les debiera haber distribuido entonces se le ofrécia esta acción.”

⁶² Gayo, *Institutas...*, cit., p. 316.

⁶³ Bonfante, P., *op. cit.*, pp. 177 y ss. En concordancia Torrent, A., *op. cit.*, p. 522. “Cuando concurrían varios acreedores sobre el peculio pero éste no bastaba y el *pater* figuraba como acreedor, se llegó a una racionalización de las cuentas y se realizó un reparto de las posibilidades del peculio entre todos los acreedores. El *pater* era llamado a participar en un descuento del crédito junto con los demás acreedores. El *pater* concurría contribuyendo con una pérdida proporcional en el peculio. Podía suceder que él fuera el principal acreedor y se le llamaba para que tomase parte en el reparto del peculio”.

⁶⁴ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 127. En concordancia Gayo, *Institutas...*, cit., p. 318 (Gayo 4,74a): “...aquél que se beneficia de la *actio tributoria* puede accionar por la *actio de peculio et in rem verso*, pero en este caso resulta lógico, la mayoría de las veces que se utilice ésta y no la *actio tributoria*. En efecto, en la *actio tributoria* sólo se tiene en cuenta el peculio que el *filius* o el esclavo ha empleado en el negocio y las ganancias que en él se logren, mientras que en la *actio de peculio* se tiene en cuenta todo el peculio. Así, se puede emplear en el negocio sólo una tercera o una cuarta parte o una parte menor y en cambio la mayor parte del peculio ocuparla en otros asuntos. Con mayor razón, debemos preferir ésta acción a la *actio tributoria* si se puede probar que el producto de lo contratado hubiera enriquecido el patrimonio del *pater* o del *dominus*, ya que como dijimos se acciona por la fórmula para la *actio de peculio y la*

5. Actio de peculio

Apunta a la responsabilidad solidaria del *pater* cuando había entregado un peculio profecticio al *filius*, otorgándole la facultad de administración, respondiendo el *filius* por ese peculio junto con el *pater* que había autorizado la gestión. Como al hijo no podía demandársele ni aún con el peculio, era el *pater* el que lo hacía, porque el peculio era de éste.⁶⁵

El pretor autorizó a los terceros ejercer la *actio de peculio*, cuando habían contratado con el *filiusfamilias* y éste incumplía la obligación contraída, por

de in rem verso". "Las acciones que se pueden llevar contra los *filiifamilias*, tiene trascendencia el Senadoconsulto Macedoniano (D.14.6), éste fue debido a la situación particular de que los jóvenes romanos pedían sumas de dinero a intereses elevados para gastarlos en costumbres disipadas; uno de ellos, Macedo, apremiado por su usurero, dio muerte a su padre para heredarlo y de éste modo pagar, este senadoconsulto tuvo lugar en la época de Vespasiano que no había hecho más que renovar los principios de una ley de Claudio. En su parte sustancial prohíbe el préstamo de dinero a los *filiifamilias* y si ello ocurría se otorgaba al demandado una *exceptio* para repeler la acción de cobro (D.14.6.1 pr- I.4.7.7). De ello se deducen sus reglas fundamentales: a) este senadoconsulto fue establecido más en beneficio del *pater* que del *filius*, luego se extendió la aplicación respecto de la filia (D.14.6.9.2 y 14); por ello el hijo no podía renunciar éste beneficio (C.2.3.29- D.12.6.40), pero si el *pater*, razón por la cual no puede ser opuesta cuando éste voluntariamente ha accedido al préstamo es decir el caso de la *actio quod iussu* (Gayo IV.70) o en los casos de la *actio exercitoria* y la *institoria* (Gayo IV.71), o cuando éste se beneficiaba *actio in rem verso* (Gayo IV. 72 a), ni tampoco en la *actio de peculio* (D.14.6.7.11/12). Tampoco tiene lugar si el hijo miente diciendo ser *sui iuris* (C.4.28.1), ni si tenía un peculio castrense o cuasi castrense, ya que se responde hasta el monto de ellos (D.14.6.1.3. y D.14.6.2). b) otorga una *exceptio* y no una *actio*; por ello si el *filius* o el *pater* pagan no pueden repetir lo pagado por la *condictio indebiti* (D.12.6.40, D.14.6.10). c) sólo se refiere a los préstamos de dinero en detrimento del *pater*; por ello no se aplica respecto de préstamos aún de dinero, pero moderados para fines útiles, como ser estudios (D.14.6.7.13), ni se refiere a préstamo de otras cosas fungibles, salvo que hubieran ocurrido para disfrazar el préstamo de dinero (D.14.6.7.3). Este último caso ocurría en el contrato llamado bárbaramente mohatra que consistía en dar a quien necesitaba dinero mercaderías a muy alto precio para que después las venda a precio vil y obtenga de este modo dinero (*cf.* Heineccius, n. 1167)". En Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 107 "La acción *tributoria* era rigurosa si se le había consentido a hacer objeto de especulaciones comerciales".

⁶⁵ Torrent, A., *op. cit.*, p. 521. "La institución del peculio representó el mayor quebranto al poder único del *pater*, constituía un pequeño patrimonio que el *pater* entregaba a sus *filiis* para que éstos lo administrasen (D.15.1.5.4), dentro de los límites fijados por él, pero no le otorgaba la propiedad de éstos bienes ni el derecho a disponer de los mismos, porque si el hijo moría éstos regresaban al *pater* por derecho de peculio. Era como una contabilidad separada o sea, una administración aparte que el hijo podía administrar pero que no era suyo. Jurídicamente el peculio era del *pater*." En el mismo sentido Bonfante, P., *op. cit.*, p. 177 y Arangio-Ruiz, V., *op. cit.*, p. 107. Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 308. "Esta acción se refería al peculio profecticio, porque si se trataba del peculio castrense o cuasi castrense, el *filius* tenía capacidad patrimonial y podía ser directamente demandado (D.49.17.18.5)".

lo que el *iudex* condenaba al *pater* en la medida del monto de los bienes del peculio, es decir, que la *condemnatio* era *cum taxatione* (Gayo 4,72-74^a - D.15,1,1 pr. y ss.). Esta acción procedía cuando el *filius* realizaba negocios sin autorización expresa ni general del *pater* con el peculio otorgado. El fundamento se basaba en que si el *pater* le había concedido un peculio, se reputaba que lo autorizó a celebrar contratos en base a dicho peculio, así lo expresó Ulpiano en D.15,1,46: “El que concede la administración del peculio, parece que permite en general lo que también en especial ha de permitir”.⁶⁶

Para el cálculo del monto del peculio había que deducir los créditos que el *pater* o el *dominus* tuvieran con el *filius* o el esclavo (Gayo 4,73 – I.4,7,4c) e incrementarlo con lo que ellos les debieran, así como lo que hubieran detraído del peculio en perjuicio de los acreedores (D.15,1,21,1).⁶⁷ A diferencia de la *actio tributoria*, el monto del peculio se ve reducido en la medida en que el *pater* tenga créditos naturales contra el *filius* o el esclavo; el *pater* actuaría como un acreedor privilegiado (D.15,1,10 y D.15,1,11,6).⁶⁸ Los acreedores podían ejercer esta acción según el orden de las demandas, el *pater* no debía prorratar entre todos los acreedores. El que lo hacía primero cobraba todo su crédito, siempre y cuando existiesen fondos, luego se pagaba a los siguientes acreedores hasta que se agotaba el peculio (D.15,1,10).⁶⁹ Cuando los acreedores demoraban en exigir sus créditos y encontraban que el peculio se había agotado, no pudiendo cobrar, se les otorgaba la acción de peculio y la de *in rem verso*, por ésta última, si el peculio estaba agotado, se iba contra el *pater* en la medida del enriquecimiento. La fórmula en estos supuestos llevaba una doble *condemnatio* (I.4,7,4).⁷⁰ La *actio de peculio* y la *in*

⁶⁶ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 125.

⁶⁷ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 308.

⁶⁸ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 125.

⁶⁹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 308.

⁷⁰ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 126. Ortolán, M., *op. cit.*, t. II, p. 681. “La *intentio* de la fórmula indicaba la operación hecha por el esclavo, y la *condemnatio* era doble; el juez podía condenar al dueño hasta donde le hubiere alcanzado el provecho, o sólo hasta donde alcanzase el peculio, ó aún condenar al dueño hasta donde llegue el provecho obtenido por él y por el resto, hasta donde alcance el peculio. El juez no debía apreciar el peculio hasta que examinase si el negocio había reportado alguna utilidad al amo. Paulo y Ulpiano opinaban que cuando el esclavo había hecho que la operación suya resultase provechosa a su dueño, su peculio pertenecía al amo y sus deudas lo aumentaban, no pudiéndose en este caso intentar la acción de *peculio* sin ejercer al mismo tiempo la de *in rem verso*. Algunas veces importaba ejercer la de *in rem verso*, cuando el esclavo no había tenido peculio o no tenía bastante; cuando moría, o era manumitido o enajenado o había pasado un año útil; o si un acreedor del esclavo podía ejercer contra el dueño la de *in rem verso*, y tenía intereses en no hacerlo de *peculio* para que los demás no concurriesen con él. Por consiguiente, aunque las dos modificaciones de *in rem verso* y de *peculio* estaban, por regla general, comprendidas en una fórmula, en muchos casos

rem verso se trata de una sola acción con dos condenaciones distintas, si el *pater* o el *dominus* se había enriquecido quedaba obligado a tener que devolver el monto por la condena de *in rem verso* que era perpetua y el resto por la condena de peculio (I.4,7,4 y D.15,3,2). El valor del enriquecimiento en el momento de la condena determinaba el límite de la responsabilidad del *pater* o amo (Gayo 4, 72a y D.15,3,1,1).⁷¹

La *actio de peculio* era en principio perpetua, mientras el *filius* permanecía *in potestate*, pero si moría o salía de ella, por la emancipación y en caso de ser un esclavo por medio de la manumisión, la acción se daba dentro del año (D.15.2,1 pr. y 1: *actio annalis* y D.14,1,4,4).⁷²

Del mismo modo que en la *tributoria*, cuando los hijos y no los esclavos celebraban un mutuo sin acuerdo de su *pater*, la *actio de peculio* se veía impedida por la *exceptio senatusconsulti Macedoniani* que prohibió los préstamos hechos a los *filiusfamilias*. El pretor ya denegaba la acción del mutuo (*actio-condictio certae pecuniae*) o integraba la fórmula con la excepción señalada.⁷³

6. Actio in rem verso

Tiene como base una gestión del peculio. Cuando el hijo operando con bienes del peculio había hecho entrar en el patrimonio del *pater* algún provecho, los eventuales acreedores podían dirigir la acción contra el *pater* por el negocio realizado. Esta acción se dirigía de *eo qui in rem patris versus est*: por lo que el *pater* ha adquirido a cuenta del peculio del *filius*.⁷⁴ Esta acción presuponía un enriquecimiento del *pater* por los negocios realizados por el *filius*,

sucedía que llegaban a separarse, y una tan sola se usaba. Por eso aparecen unas veces como una y otras como dos acciones”.

⁷¹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 308. Y en Di Pietro, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, cit., p. 175. Lenel, O., *op. cit.*, pp. 318 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del pretor en el título XVIII-104.

⁷² Di Pietro, A., *Derecho Privado Romano...*, cit., p. 308. En concordancia Gayo, *Institutas...*, cit., pp. 316 y ss.

⁷³ Di Pietro, A., *Derecho Privado Romano...*, cit., p. 308.

⁷⁴ Torrent, A., *op. cit.*, p. 522. En el mismo sentido Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, cit., p. 308. “Si el esclavo que había invertido el dinero que pidió en préstamo para pagar a un acreedor del *dominus*; o para refaccionar un edificio ruinoso, o comprar para la casa del *dominus*, o un fundo u otra cosa necesaria (I.4.7.4). El valor del enriquecimiento en el momento de la condena determina el límite de la responsabilidad del *pater* o del *dominus* (Gayo IV. 72 a - D.15.3.1.1)”. Lenel, O., *op. cit.*, I, pp. 318 y ss. Esto se encuentra expresado en el Edicto del Pretor en el título XVIII-104.

según Pomponio en D.50,17,206 “es justo por derecho natural, que nadie se enriquezca con detrimento e injuria de otro”.⁷⁵

Mientras que en el derecho clásico la *actio in rem verso* se ejercía conjuntamente con la de *peculio* y llevaba una doble *condemnatio*, en la que el juez condenaba al *pater* hasta la medida del peculio o hasta el monto del enriquecimiento experimentado.⁷⁶ En el derecho justiniano se afirmó como regla general que se podía ejercer en forma independiente, concediéndose una *actio in rem verso utilis* en el todos los casos en que el *procurator* tenía la *actio mandati* o el gestor de negocios la *actio negotiorum gestorum* (D.15,3,3,2). Además extendió la acción admitiendo la responsabilidad por la actuación de una persona libre extraña (C. 4,26,3 *in fine*).⁷⁷

La acción era procedente con tal que lo invertido haya sido útil al *pater*.⁷⁸ En tanto, Justiniano en I.4,7,4 entendía por “beneficio” lo invertido en algo “necesario”. Ulpiano en D.15,3,3,2; 4; 5 pr. y 2, admitió que el empleo haya sido “útil”, y aún cosas de adorno, (el acreedor podía sacárselas D.15,3,3,4). La acción era perpetua, se accionaba contra los sucesores (D.15,3,1,1).⁷⁹

IX. CONCLUSIONES

El principio de responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores consagrado en el artículo 1114 del Código Civil, tiene o no origen romanista? El viejo artículo 1114 redactado por Vélez, no cita en su nota ninguna fuente directa romana, sino que hace referencia al artículo 1384 del Código Civil Francés, a través de la obra de Aubry y Rau y del Proyecto de García Goyena. En 1985, por la ley 23.264 de patria potestad compartida, reformó el texto del artículo 1114 modificando sustancialmente el ejercicio de la patria potestad, que pasa a ser ejercida en forma conjunta por el padre y la madre, por ello, es consecuente que la responsabilidad de los progenitores pasó a ser solidaria.

Autores civilistas sostienen que este principio en cuestión no tiene su origen en el Derecho Romano, sino que su fuente más antigua se remonta al artículo 656 de la Costumbre Bretaña, que disponía: “Si el hijo daña injustamente a otro, mientras está bajo el poder de su padre, el padre debe

⁷⁵ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 127.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 127 y ss. En concordancia Talamanca, M., *op. cit.*, pp. 88 y ss. En el mismo sentido Gayo, A., *Institutas...*, *cit.*, pp. 316 y ss.

⁷⁷ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 309.

⁷⁸ Álvarez, M., *op. cit.*, p. 128.

⁷⁹ Di Pietro, A., *Derecho privado romano...*, *cit.*, p. 309.

pagar la multa civil, por aquello de que él debe castigar a sus hijos”, esto fue recogido por los redactores del Código de Napoleón que se inspiraron en él para la redacción del artículo 1384 que expresa:

Se es responsable, no solamente del daño que se causa por el propio hecho, sino también del que es causado por el hecho de las personas por las que debe responderse o por las cosas que se tienen bajo guardia. El padre, y la madre luego del deceso del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos... La responsabilidad de ellos queda comprometida a menos que el padre y madre, el director y artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad.

Por consiguiente, explican que en el derecho romano la responsabilidad del *pater* por los daños causados por sus *filius* o esclavos no puede compararse con la responsabilidad por el hecho ajeno de las legislaciones positivas modernas, ya que era una responsabilidad más “real” que “personal”, puesto que la obligación del padre se cumplía, haciendo el abandono del hijo y dejándolo en poder del ofendido. Consideran que si bien existe algún parecido con la responsabilidad actual, la responsabilidad del padre en Roma era sólo un efecto eventual de la acción noxal. La responsabilidad del *pater* era ilusoria, dadas las dificultades que se presentaban al reclamo judicial en su contra, porque que un acreedor de una indemnización por un daño provocado por un *filius* no estuvo en condiciones reales de demandar judicialmente al *pater* y obtener una condena dineraria contra éste, si el mismo no ofrecía el pago en reemplazo del abandono de su hijo. Además agregan que cuando Justiniano abolió las acciones noxales respecto de los *filius in patria potestas*, los padres dejaron de responder por los actos ilícitos de los hijos, los cuales eran los únicos responsables y respondían con los fondos de sus peculios profecticio, castrense, cuasi-castrense o adventicio.

Los civilistas incurren en varios errores, porque desconocen o confunden la evolución y funcionamiento de las instituciones romanas, como por ejemplo la acción noxal, las acciones de transposición de personas, el procedimiento ordinario, los peculios, las obligaciones y por ende el principio de responsabilidad. Sólo analizan una institución o un aspecto de ella, sin situarla en un momento histórico y sin relacionarla con otras instituciones.

Por lo tanto, el *pater* o *dominus* en Roma, es responsable por los daños que ocasionaban sus hijos o esclavos. Cuando se analiza la diferencia entre una obligación alternativa y una facultativa, se define a esta última como aquella que posee una sola prestación y es la única que puede exigir el acreedor. Pero el deudor puede liberarse porque se reserva la facultad

de cumplir con otra cosa distinta: está *in facultas solutionis*. Si se pierde la que se encuentra *in obligationem* se libera el deudor. Si se pierde la que se encuentra *in facultas solutionis* se extingue la opción. Como ejemplo de casos de obligaciones facultativas netamente romanas se da el de la responsabilidad del amo o *pater* por un delito civil cometido por su esclavo o *filius*, en donde éste se encontraba *in obligationem* de entregar al esclavo o al hijo a la víctima, darlo en noxa, pero tenía la facultad, es decir, estaba *in facultas solutionis* de pagar si no quería entregarlo. (La obligación principal es entregarlo, si no quiere entonces tiene la facultad de pagar). El mismo caso pero visto desde otra óptica, es cuando el amo o *pater* no hace ninguna de las dos cosas, por lo tanto es demandado, en la sentencia del proceso ordinario se obliga a pagar, ya que las mismas son siempre pecuniarias, y esa es la obligación principal (*in obligationem*), pero tiene la facultad de entregar al hijo o al esclavo (*in facultas solutionis*), ya sea que no pueda o no quiera pagar. Entonces el *pater* cumplía de alguna de las dos maneras, esto no significa que se exima de responsabilidad por hacer el abandono noxal, él era responsable indirecto por los daños ocasionados por sus hijos o esclavos, por consiguiente es erróneo decir que el procedimiento contra los *patres* no era real. Además si bien es cierto que existieron distintos tipos de peculios como el castrense, el cuasi-castrense y el adventicio que pasaron a ser de la propiedad de los *filius* y éstos debían responder con ellos en caso de obligaciones contraídas, no olvidemos que en el caso del peculio profecticio que era aquél que el *pater* le daba al hijo y el peculio *servile* cuando el amo se le daba al esclavo, en realidad estos peculios eran de la propiedad del *pater*, si los *filius* o los esclavos realizaban negocios con dichos peculios, en realidad lo obtenido beneficiaba al padre y en caso de que terceros resultaran perjudicados, demandaban a al amo o al *pater*, utilizando una fórmula de transposición de persona o de sujeto, en donde en la *intentio* figuraba el nombre de quién contrajo la obligación, es decir el hijo o el esclavo, pero en la *condemnatio* se lo reemplazaba por el *pater* o amo que era un *sui iuris*, dado que el *filius* por ser *alieni iuris* no se lo puede condenar.

Por todo lo expuesto, podemos decir, que el artículo 1114 del Código Civil de Vélez sí tiene origen romanista a pesar que nuestro Codificador no haya citado ninguna fuente romana en la nota de dicho artículo. Actualmente el artículo 1754 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que reproduce con otras palabras el criterio de Vélez sobre la responsabilidad parental por los daños ocasionados por los hijos, sigue con la tradición romanista.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- ÁLVAREZ, M., *Temas de derecho privado romano. Familia. La concepción romana de comunidad familiar en el orden patrimonial. El filius familias como instrumento de adquisición del pater. Acciones adiecticiae qualitatis*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 10ª ed. italiana, por José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- BONFANTE, P., *Instituciones de derecho romano*, trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Reus, 1965.
- BORDA, G., *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1998, t. II.
- BUERES, A., *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. II.
- CIFUENTES, S. y SAGARNA, F., *Código Civil: comentado y anotado. Artículos 801 a 1136*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. III.
- Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- DI PIETRO, A., *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho romano*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- GARCÍA DEL CORRAL, D.I. (trad.), *Cuerpo de derecho civil romano*, Barcelona, Lex Nova (reimpresión), 1897.
- GAYO, *Institutas*, trad., introd. y notas de Di Pietro, A., La Plata, Librería Jurídica, 1967.
- LAPIEZA ELLI, *Historia del derecho romano*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1981.
- LENEL, O., *Essai de reconstitution de l'Edit Perpetuel*, trad. por Frédéric Peltier, París, Larose & Forcel, 1901, t. I.
- LLAMBÍAS, J., *Código Civil anotado. Doctrina y jurisprudencia. Artículos 896 a 1136*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, t. II-B.
- LLAMBÍAS, J., *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005, t. IV-A.
- MOSSET ITURRASPE, J., D'ANTONIO, D. y NOVELINO, N., *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 1998.
- ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, trad. de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Madrid, Librería de Hijos de Locadio López, 1873, t. II.

- Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infocus, 2012.
- RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Ley de las XII Tablas*. Estudio preliminar, traducción y observaciones, Madrid, Tecnos, 1993.
- SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes De Las Obligaciones*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1958, t. IV.
- TALAMANCA, M., *Elementi di diritto privato romano*, Giuffrè, Milano, 2001.
- TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, Cooperativa de Artes Gráficas, 1995.
- TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV.
- ZANNONI, E., *Derecho civil: derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. II.