

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR LOS HECHOS DAÑOSOS DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A PATRIA POTESTAD O TUTELA.

(En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975)

El presente trabajo ha sido inicialmente motivado por el conocimiento de la *sentencia del Tribunal Supremo de 15-II-1975*, cuyo supuesto de hecho era el siguiente: El actor, juntamente con el menor demandado y otras dos personas, fue a cazar a un coto; una vez terminada la cacería, el actor se hallaba sentado en un coche, cuando llegó el menor demandado con su escopeta cargada y, al recostarla en el vehículo, se le disparó, alcanzando el disparo en el pie al actor, que reclamaba los daños y perjuicios que se le habían ocasionado.

El tutor del ocasionante de la desgracia, también demandado, alegó su falta de culpa, pues ni siquiera sabía que su pupilo había ido de caza, cosa que, por otra parte, le tenía prohibido.

El Juez de 1.^a Instancia dictó sentencia, condenando al menor, en cuanto autor material del hecho, y al tutor, como responsable subsidiario.

Apelada la sentencia, la Audiencia la confirma.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, en base al artículo 1.903 del Código civil, declaró la responsabilidad directa del tutor.

Esta sentencia plantea el problema de la responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela. En mi opinión, los supuestos de responsabilidad del titular de la patria potestad o del tutor, en cuanto determinados ambos por un hecho ilícito del incapaz cuya guarda les está encomendada, son susceptibles de un tratamiento uniforme, dado que las similitudes de las dos hipótesis superan con creces a las diferencias específicas—problema del guardador de hecho, guarda encomendada a cónyuge distinto del que ejerza la patria potestad...—que entre ellas pueda haber.

Aun cuando el Código civil, en su artículo 1.903 dedique un párrafo a cada uno de los supuestos: “El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”, el Código penal, al tratar de las personas responsables civilmente de los delitos o faltas, establece en la regla primera del artículo 20—íntimamente relacionado con el 1.903—un tratamiento uniforme para ambos supuestos, estableciendo que “En los casos 1.º, 2.º y 3.º (del art. 8.º), son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el enajenado, el menor de dieciséis años o el sordomudo, los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal, a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.

No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil”.

Ambos artículos, a pesar de su inclusión en cuerpos legales tan distintos y como tendremos ocasión de comprobar, se complementan entre sí, constituyendo el núcleo del tipo especial de responsabilidad, cuyo estudio iniciamos.

¿Cuál es la razón de ser de la misma? Conde Pumpido lo explica claramente. Es característico de nuestra época, junto con la masificación, la promoción social de los menores (desde los dieciséis años están sometidos a la legislación laboral; el manejo de automóviles les está permitido desde los dieciocho años). Esta promoción implica, lógicamente, una mayor esfera de libertad, y, potencialmente, la causación de un más elevado número de hechos dañosos por estas personas. Por otra parte, es consustancial con la concepción clásica de la responsabilidad la subjetividad del reproche de culpabilidad, lo cual implica, como presupuesto, la imputabilidad del sujeto, o lo que es lo mismo, la inimputabilidad de los incapaces.

Ahora bien, el excluir la reparación del daño ilícito por la sola circunstancia de que su autor sea inimputable, si acorde con la lógica jurídica de la responsabilidad civil subjetiva, repugna al principio de justicia que impone que, en el conflicto de intereses entre el patrimonio del dañador, y el del dañado, no sea éste, auténticamente inocente del hecho, el sacrificado. Las soluciones posibles para resolver el problema son dos: a) que las personas no imputables queden sujetas a la reparación de los daños causados por sus actos antijurídicos, cuando la equidad aconseje no hacer soportar el perjuicio al dañado (el patrimonio no tiene edad); b) que respondan unas terceras personas imputables, a las que se supone obligadas a “un deber de cuidado o guarda del incapaz, sobre la base de una supuesta culpa “in educando” o “in vigilando”. Esta última es la alternativa adoptada por el 1.903, si bien las soluciones no son incompatibles entre sí, tal como se deduce de la regla primera del artículo 20 del Código penal.

Son precisamente los penalistas quienes han aportado datos para justificar la responsabilidad directa y principal de los guardadores, respecto de la que pudiera corresponder a menores o pupilos por los hechos ilícitos cometidos por los mismos. En efecto, distinguiendo entre causas de justificación o de exclusión de la ilicitud del acto, y causas de inculpabilidad o excluyentes de la culpabilidad de su autor, han destacado que la inimputabilidad, al pertenecer al grupo segundo de aquellas causas, si bien excluye el aspecto de la culpabilidad del acto no priva a éste, en cambio, de su carácter de ilicitud, conservación de ilicitud que implica el mantenimiento de las consecuencias jurídicas que todo acto contrario a derecho lleva consigo, tanto en lo que se refiere a la legitimidad de los actos impositivos del mismo (legítima defensa contra los actos de los inculpables) como a la necesidad de reparar el daño antijurídico causado. Es tal vez por esa razón —añade Conde Pumpido— por lo que en muchas legislaciones como en la nuestra, la obligación civil de reparar los daños causados por los inimputables con sus actos ilícitos no puede ser estudiada sin una específica referencia a las normas penales.

En mi opinión, las pautas marcadas por el magistrado gallego son absolutamente válidas para un sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual. Siguiéndolas, hemos de estudiar, en un primer momento, la responsabilidad de los padres y tutores, y los requisitos para que la misma tenga lugar.

Ahora bien, Conde no va más allá, en sus palabras, de la responsabilidad por culpa. En consecuencia, podría dirigírsele el mismo reproche que Tucci dedica en algún momento a la doctrina italiana anterior al Código de 1942: perfecciona los elementos técnicos de análisis a su disposición, pero no cuestiona si el sistema en el que dichos elementos se integran es válido, apto para responder a las exigencias de la realidad.

Si esto hiciésemos nosotros —y lo hemos de hacer— podríamos constatar cómo la idea de culpa es insuficiente para justificar la responsabilidad del 1.903. Tal puede deducirse de la música, más que de la letra, de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Tal resulta meridianamente claro en los supuestos en que, no existiendo guardadores o siendo estos insolventes, los menores o pupilos responden igualmente, prescindiendo de su responsabilidad, puesto que no son culpables.

Esto sabido, empecemos considerando la responsabilidad de los padres o tutores.

En esta cuestión, los artículos 1.903 del Código civil y 20 del Código penal vienen a coincidir. Hemos dicho anteriormente que no se comprende bien la diversidad de tratamiento que resulta de ambas disposiciones. Si el artículo 20 contempla supuestos de responsabilidad civil respecto de hechos ilícitos que no son constitutivos de delito, por entrar en juego una serie de eximentes, ¿cuál es su razón de ser? Conde Pumpido se hace la misma pregunta, respondiéndola así: invocada la culpa “in vigilando” como fundamento de la responsabilidad, resulta superflua esa regulación en el Código penal. Como dice Antón Oneca, “si la culpa constituyese imprudencia punible, responderían los guardadores en cuanto responsables criminales y civiles a la vez, en virtud del 19 del Código penal —lo mismo sucede en el campo penal respecto de los delitos cometidos por mayores de dieciséis años. Si la culpa es meramente civil debiera haber bastado con el artículo 1.903 del Código civil.

Hasta qué punto, a decir de Conde Pumpido, es no sólo superfluo sino incluso inoperante el artículo 20 del Código penal respecto de los guardadores de menores de dieciséis años, le pone más aún de relieve la consideración de que no existe en el ámbito del procedimiento penal vía útil para exigir tal responsabilidad. En efecto, según el artículo 8-2.º del Código penal, el que, al ejecutar un acto definido como delito, fuera menor de dieciséis años, será entregado a la Jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores, y según el artículo 14 de la Ley de 13-XII-1940, sobre estos Tribunales (cfr. texto refundido de 11 de junio de 1948), las acciones civiles para la restitución de objetos, reparación de daños o indemnización de perjuicios por actos u omisiones ejecutados por un menor, cuyo conocimiento sea de la competencia del Tribunal Tutelar sólo podrá ejercitarse por el perjudicado, en su caso, ante los Tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicio que proceda.

Con todo, es necesario decir que el segundo párrafo de la regla primera del artículo 20, sí aporta una precisión relevante, y trasladable al 1.903, en

virtud de una interpretación integradora, cuando establece la responsabilidad subsidiaria del menor de dieciséis años, o, cuando ménos, la imputación a su patrimonio del hecho dañoso, en las hipótesis de insolvencia o ausencia de culpa de los guardadores, y la directa, para los supuestos de inexistencia de estas personas.

El establecimiento de los dieciséis años como tope máximo de responsabilidad de los guardadores, por lo que a la responsabilidad civil derivada del delito se refiere, es, por el contrario, innecesario, ya que es suficiente con la dicción del 19, en virtud del cual "Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente", ya que el menor, al superar los dieciséis años, es mayor de edad penal, y, como tal, responsable criminalmente —aunque pueda jugar, hasta los dieciocho años, la atenuante del 9-3.º del Código penal.

Además, entre el 1.903 y el 20, por cuanto a nosotros interesa, existen pequeñas diferencias, de matiz, que es interesante referir.

Así, mientras el artículo 20 se refiere simplemente a los "hechos que ejecutare el enajenado, el menor de dieciséis años o el sordomudo", atribuyendo la responsabilidad a "los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal", "a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia", el artículo 1.903 refiere la responsabilidad "al padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre", respecto de "los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía", mientras que los tutores responden de "los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía". "La responsabilidad cesará—1.903 "in fine"— cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño".

De la lectura comparativa de ambos artículos resulta en primer lugar que, mientras el 20 habla de menores, locos y sordomudos (de nacimiento o desde la infancia, que carezca en absoluto de instrucción, habría que completar, en virtud del 8-3.º), el 1.903 habla sólo de menores o incapacitados. ¿Existe alguna diferencia respecto de las personas por las que se responde?: en mi opinión no, pues, el 1.903 se refiere a los incapacitados que "están bajo su autoridad"; ahora bien, ¿cuáles pueden ser éstos?, evidentemente, ni prodigios ni incapacitados; en consecuencia, sólo menores, locos o dementes y sordomudos que no sepan leer ni escribir, con lo cual las personas por las que se responde son exactamente las mismas, y la dicción "enajenado, menor..., o sordomudo", coincide exactamente con la de "menores o incapacitados que están bajo su autoridad".

Que respondan los que tienen a estas personas "bajo su potestad" (art. 20) es lo mismo que decir que responderá "el padre, y, por muerte o incapacidad de éste, la madre", ya que, en virtud del 154, éste es el orden de delación de la patria potestad.

El artículo 1.903 requiere que los menores o incapacitados vivan o habiten en compañía de las personas que han de responder por ellos, mientras que tal no hace el 20 del Código penal, con lo cual este último parece ser más riguroso. Ahora bien, téngase en cuenta que, en virtud del artículo 155, así como del juego de los artículos 263 y 264, padres y tutores tienen, en principio, el deber de tener en su compañía a menores y pupilos, en modo tal que cuando éstos

no vivan en su compañía por causa imputable a dichos padres o tutores, éstos, en buena lógica, han de responder con más razón de los hechos dañosos cometidos por los incapaces. Por el contrario, el deber de custodia y la responsabilidad que puede llevar aparejada cesan—tanto respecto del 20 como del 1.903— cuando, en los supuestos de residencia del menor o incapaz en Colegios, Centros médicos, establecimientos de custodia o análogos— se desplazan a terceras personas. Vemos así que la diferencia entre el 20 y el 1.903, en este punto, es más aparente que real.

Por último, mientras el 1.903 impone la carga de la prueba de la diligencia a los padres o tutores, el 20 se limita a señalar la responsabilidad de éstos “a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia”, con lo cual no existe esa imposición específica de la carga de la prueba. Conde Pumpido, en el magnífico artículo tantas veces citado, explica así la diferencia: “... sin desaparecer en el artículo 20 del Código penal el carácter presunto de la responsabilidad, no se da en él una inversión de la carga de la prueba en forma tan notoria como en el artículo 1.903. Tal se explica debido a que, mientras en el proceso civil, por imperativo del principio de la carga de la prueba formal, la actividad probatoria descansa en la aportación de las partes, esto es, constituye un acto exclusivamente de parte, la situación es completamente distinta en el proceso penal, regido por el principio de libre investigación del juez, lo que permite a éste aportar elementos de juicio sobre la existencia o inexistencia de la culpa del guardador, supliendo incluso la pasividad de éste”.

Resuelta o explicada la diferencia de dicción entre al artículo 20 del Código penal y el 1.903 del Código civil, corresponde ya afrontar el estudio de la responsabilidad de los padres o tutores, en cuanto a sus requisitos objetivos.

Por lo que se refiere a menores de dieciséis años, la situación, como hemos apuntado ya, viene a coincidir en las dos disposiciones. Respecto de los padres, responde el padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre—en virtud, como sabemos, y desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, de una culpa “in educando” o “in vigilando”—. La responsabilidad—dice Guillon— se desplaza en el mismo sentido de la patria potestad.

Un problema puede surgir, en los casos de nulidad del matrimonio o de separación legal de los cónyuges, cuando la madre, aun habiendo sido declarada culpable, tenga a su cuidado a los hijos menores de siete años: ¿“Quid iuris”, en el caso de que éstos realicen un hecho dañoso? En principio, la madre no es titular de la patria potestad, y no habría de responder, por consiguiente; ahora bien, esta solución parece poco justa, y la doctrina intenta superarla por distintas vías: a) Fundada la responsabilidad de los padres en una culpa “in vigilando”, habrá de responder civilmente de los perjuicios causados por estos menores el que los tenga a su cuidado, aunque no sea titular de la patria potestad—esta postura es difícilmente conciliable con el “numerus clausus” predicado por el 1.903, en donde sólo se refiere la responsabilidad a la madre cuando ella sea titular de la patria potestad. b) La atribución del cuidado a la madre implica, según la sentencia del T. S. de 26-IV-1963, que recuerda Guillon, una atribución de parte de las facultades y deberes que lleva consigo la patria potestad. Es decir, que quien los tiene a su cuidado ejerce de una manera limitada la patria potestad; en consecuencia, y puesto que ambos cónyuges ejercen, en mayor o menor medida ésta, ambos deberían de responder. c) Otra

solución, propuesta por León González, sería la de entender comprendidos bajo el supuesto de "incapacidad" del padre, todos aquellos supuestos en los que, de hecho, la educación y control de los hijos han sido confiados a la madre —piénsese en los supuestos en que el padre está cumpliendo el servicio militar, o trabaja en país distinto—. En este caso, respondería solamente la madre. Cualquiera de las soluciones propuestas choca, sin embargo, con el "numerus clausus" del 1.903, o la referencia específica que el 20 hace al titular de la patria potestad.

Respecto del tutor, se plantea un problema semejante con los guardadores de hecho. A decir de Conde Pumpido, esta persona, por haber asumido voluntariamente una obligación de custodia del menor, parece que habría de responder. No obstante, volvemos a chocar con la precisión en serie cerrada del 1.903. Este es argumento importante, que ha llevado al T. S. —sentencia 30-IV-69— a estimar la falta de legitimación pasiva del abueo de un menor que había producido lesiones a otro con una pedrada, aun cuando resultase claramente que dicho menor vivía en la casa y bajo la custodia del abuelo, estando ausente la madre, titular de la patria potestad. Sólo cabría accionar aquí, pero es tema distinto, en base al 1.902 del Código civil.

Por lo que se refiere a los menores de cuyos hechos se haya de responder, la cuestión varía según que se ejercite la acción en un proceso civil, o, por el contrario, se acuda a la jurisdicción penal.

Hasta los dieciséis años, ninguna cuestión; hay una uniformidad de tratamiento, respondiéndose siempre que los menores no hayan salido de la compañía del padre o tutor por motivos justificados, que eximan a éstos de responsabilidad. Algún sector de la doctrina se ha planteado la cuestión del menor independiente. Ahora bien, como precisa de Castro, al menor de vida independiente del 160 del Código civil únicamente se le considera como emancipado en lo relativo a su poder sobre un conjunto determinado de bienes, sin que dicha situación tenga que ver con la responsabilidad del 1.903. A partir de los dieciséis años la cuestión es distinta, según que el hecho cometido por el menor mayor de dieciséis años esté o no tipificado como delito.

Si fuese delito, habría de aplicarse el artículo 19, en cuya virtud el menor sería responsable directo y único.

Si, en cambio, el hecho no es constitutivo de delito, y en base al 1.903, los padres o tutores responderían hasta la mayoría de edad, salvo en los supuestos del menor emancipado.

En efecto, la emancipación, dejando a salvo ciertas limitaciones que no afectan a la responsabilidad civil, habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor —dígase lo mismo del menor que haya obtenido el beneficio de la mayor edad. En base a ello, Gullon estima que los padres no responderán de los hechos de los menores emancipados, y yo comparto su opinión. Con todo, otros tutores, como Puig Brutau y Santos Briz, opinan diversamente, alegando que la ley no distingue, y que el 317 no se extiende a las consecuencias del acto ilícito.

Carbonnier, que está en la línea de eximir de responsabilidad a los padres por los hechos de los menores emancipados, precisa que ello será así siempre que el hecho dañoso no sea consecuencia de una emancipación concedida prematuramente.

Cuestión más difícil es la siguiente. En los casos en que el hecho ilícito del menor mayor de dieciséis años sea constitutivo de delito, ¿sería posible reservarse la acción civil para hacer valer el 1.903? Para Conde Pumpido, y aun cuando parezca que del texto del 1.092 del Código civil se deriva la imperatividad de acudir sólo a las normas penales para deducir la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas, un examen más detenido debe llevarnos a la solución contraria; esto es, que también las normas civiles regulan los actos ilícitos penales, cuando a la jurisdicción civil se acude. Y esto por las siguientes razones:

a) Aceptada, en nuestro ordenamiento, la independencia de las jurisdicciones civil y penal, tanto en orden al pronunciamiento de fondo, como al ejercicio de acciones (la acción civil puede reservarse en el proceso penal, para ejercitarse ante el juez civil) es evidente que el juez civil tiene, al juzgar el acto ilícito, plena competencia y puede aplicar al mismo cualquier clase de norma de las que son propias de la jurisdicción que ejerce, esto es, no sólo las del Código penal, referentes a la responsabilidad civil por delito, sino también las del Código civil, referentes a la responsabilidad por actos ilícitos.

b) El delito o falta penal constituyen un subgrupo de los actos ilícitos, caracterizados por la tipicidad del hecho (T. S., sentencia de 13-XI-34), luego la norma civil que se refiere a los actos ilícitos, sin exigir sean o no típicos, es más amplia que la penal, que impone un requisito más: su tipicidad. Pero, como norma más amplia, aquélla comprende todos los actos ilícitos y puede y debe entrar en juego como supletoria, cuando la norma no pueda aplicarse por las circunstancias de hecho que excluyen su aplicación, según las reglas del principio de subsidiariedad. Si las normas del Código penal no prevén un mecanismo para exigir responsabilidad al padre o guardador legal, por la negligencia en la vigilancia del menor de veintiún años y mayor de dieciséis, cuyo cuidado legalmente les está encomendado, se hace preciso recurrir a las normas del Código civil, que sí establecen tal mecanismo, y bajo cuyo imperio cae este supuesto de hecho.

c) Resultaría anómalo y constituiría un contrasentido que al padre o guardador se le impusiera una responsabilidad por los hechos ilícitos de los menores de veintiún años y mayores de dieciséis, en el supuesto más leve y discutible de que tales hechos constituyeran un mero ilícito civil y, en cambio, se les exonerase de tal responsabilidad en el caso más grave de que el hecho, amén de su ilicitud civil, constituyera, además, un ilícito penal.

No nos hallamos, pues, ante un conflicto de normas—el 19 del Código penal y el 1.903 del Código civil—, sino frente a dos regulaciones complementarias, cada una con su propio ámbito, y que pueden ser aplicadas alternativamente, según la vía y fundamento que se elija para ejercer la acción civil.

En el proceso penal, la reclamación ha de dirigirse contra el menor, en virtud del artículo 19; en el proceso civil, la reclamación se dirigirá contra el padre, madre o tutor, en virtud del 1.903. La elección de una u otra vía será un problema de oportunidad, en el que jugará como factor importante la solvencia o insolvencia del menor responsable del delito.

Esto por lo que se refiere a la responsabilidad por hecho de menores. Por lo que hace referencia a los incapacitados por locura o demencia habrá que decir, en primer lugar, que virtualmente no existen en España organismos tute-

lares constituidos, lo cual redundaría en una desprotección comparativa de los incapacitados que, al carecer de tutor, han de responder en muchas ocasiones, como veremos, con su propio patrimonio de los hechos dañosos que puedan haber realizado.

Cuando existe un organismo tutelar constituido, las cuestiones, respecto de los menores sometidos a tutela son idénticas a las ya expuestas. Respecto de los locos o sordomudos incapacitados, en principio no hay cuestión: responde el tutor. Ahora bien, puede surgir un problema si admitimos, con un sector de la doctrina y la última jurisprudencia, que la declaración de incapacidad es susceptible de graduación, en los casos en que se deje al loco o sordomudo una esfera de capacidad, aún restringida. En este caso, habría de estarse al tenor de la declaración judicial de incapacidad. Respecto de los deficientes mentales, y dado que éstos no superan nunca el cociente intelectual equivalente a la mayoría de edad, yo me inclinaría por considerarlos como si fuesen menores. Así parece entenderlo también Conde Pumpido cuando, pensando en el supuesto de una persona declarada civilmente incapaz por enfermedad mental, a la que no se considere plenamente amparada por una eximente, sino tan sólo favorecida por una atenuante, conforme al núm. 1 del artículo 9, reconduce el problema al supuesto del menor de veintiún años y mayor de dieciséis.

Pues bien, hasta aquí hemos estudiado los requisitos para que proceda la responsabilidad de los padres o tutores. Conviene ahora volver sobre la cuestión de la justificación de dicha responsabilidad. La doctrina tradicional, como sabemos, siendo consecuente con la tesis de que sólo responde quien es culpable, la fundamenta ya en una culpa "in educando", ya "in vigilando", ya en ambas a la vez. El artículo 1.903 del Código, por su parte, parece estar en esta línea, al hablar de una negligencia que se presume; del mismo modo el primer párrafo de la regla primera del artículo 20 del Código penal hace una referencia a la culpa y a la negligencia.

Ahora bien, si analizamos los supuestos planteados en la realidad es perfectamente constatable la dificultad en unos casos, la imposibilidad, en otros, de hablar de una culpa del padre o del tutor. La tesis de la culpa presenta numerosas fisuras, que hemos de poner de relieve a continuación.

A la culpa "in educando" como fundamento de la responsabilidad opone Carbonnier un argumento finísimo y divertido, diciendo que, en tal caso, los padres o tutores de los niños bien educados no responderían nunca. A mi me gustaría saber cuál es la línea divisoria de la buena y la mala educación, en función de la cual se podrá o no hablar de responsabilidad.

Por otra parte, si la razón de la responsabilidad fuese la defectuosa educación impartida, en buena lógica los padres habrían de seguir respondiendo de los hechos ilícitos aún después de haber alcanzado éstos la mayoría de edad, puesto que la causa remota de estos hechos —la "mala educación"—subsiste a pesar de los veintiún años... y sin embargo tal no sucede.

Quizá mayor inconsistencia ofrezca todavía el argumento de la culpa "in vigilando". En efecto, dada la promoción y mayor esfera de libertad de los menores como fenómeno típico de nuestra época, ¿hasta qué punto se puede vigilar a un menor de veintiún años y mayor de dieciocho?, ¿cómo controlar a un menor de vida independiente?, ¿cuando varios niños se encuentran jugando, valga el caso, y se produce un accidente desgraciado, se puede decir

culpable al tutor —abuelo anciano— al no haber seguido, por no poder, las carreras de los infantes?, ¿cuál es la culpa de los padres que, ante la necesidad de ganarse el sustento cotidiano, no pueden encargarse de la vigilancia de sus hijos?, ¿han de dejar caer a su familia en la indigencia para poder controlar directamente cada acto de los menores?

A decir verdad, todas estas preguntas son de muy difícil respuesta para los defensores de la teoría subjetiva y muestran a mi entender, lo ficticio de la culpa como justificante sempiterno de la responsabilidad de los guardadoes.

En esta línea de pensamiento, señala León González: "... esta explicación, aunque coherente con los postulados que le sirven de punto de apoyo (la fundamentación culposa de la responsabilidad) es inadmisibles en buena técnica jurídica. En unos casos porque, como ya se ha indicado, es imposible establecer un nexo de causalidad necesaria entre la educación impartida y el concreto evento dañoso de que se trata; en otros, porque el control y la vigilancia del menor son puramente ilusorios, dada la imposibilidad de hecho para su efectivo ejercicio. ¿Cómo admitir, en efecto, con un mínimo de rigor lógico, que la responsabilidad del padre, ausente de su domicilio durante unas horas por razones profesionales, tiene su origen y justificación en el incumplimiento del deber de encomendar a otra persona la guarda del hijo normal de dieciocho o veinte años que ha causado el daño? Pero más aún, si se acepta el principio de la culpa, será preciso admitir también que el menor debe estar sometido en todo momento a vigilancia, por lo que, si el padre o madre no pueden ejercitarla de hecho, alguien ha de sustituirles en esta función. Ahora bien, incluso admitiendo que estas personas existen (normalmente serán las designadas en los apartados cuarto y sexto del artículo 1.903), ¿cómo se puede hablar de una culpa "in vigilando" y respecto de quién, cuando el acto dañoso se ha producido fuera de la órbita de su responsabilidad, así por ejemplo, en el trayecto desde el domicilio del menor a un centro docente?

Claro es que en estos y otros casos análogos que podrían traerse a colación se intenta superar el absurdo jurídico argumentando que la culpa que se imputa al responsable no es en realidad una falta de vigilancia, sino una verdadera culpa "in educando". Pero esta justificación tampoco satisface y no sólo por la poderosa objeción antes apuntada del nexo causal, sino porque, además, y apurando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, permitiría llegar a la conclusión de que los padres pueden ser llamados a responder incluso por los daños que causen sus hijos mayores de edad, si el demandante lograra demostrar una omisión culposa (arg. art. 1.902) en el ejercicio del deber de educación.

Todo ello constituye, en definitiva, una prueba más del carácter artificioso de las presunciones de culpa y, consiguientemente, de la necesidad de fundamentar la responsabilidad de los padres como una obligación "ex lege" vinculada al ejercicio de la "patria potestas". Lo mismo habría que decir, "mutatis mutandis", respecto de los tutores.

Ahora bien, dejando aparte el tenor literal del 1.903, y la explicación que de él da la tesis subjetiva clásica, ¿se sigue manteniendo, de hecho, la idea de la culpa como fundamento de la responsabilidad de los padres o tutores? Sólo hay una manera segura de averiguarlo. La respuesta podría ser afirmativa si encontrásemos al menos una sentencia del Tribunal Supremo en la que, reco-

nociendo que el guardador haya actuado con la diligencia debida, sea éste exonerado de responsabilidad. Negativa habría de ser, por el contrario, si tal no sucediera nunca... y no sucede, si hemos de estar a la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de las últimas décadas. Veamos las sentencias.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15-II-1975

Ya conocemos el supuesto de hecho —escopeta que se le dispara a un menor, causando daños en un pie a la víctima—, y las decisiones de las distintas instancias.

En sus considerandos, establece el Tribunal Supremo que la responsabilidad derivada del artículo 1.903, en sus diversos apartados, no es subsidiaria, sino directa, en cuanto a aquellos que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra determinada.

Respecto del caso concreto objeto de la cuestión, y supuesto que el acompañante del menor —la víctima— no tenía a su cargo a éste, ni existía circunstancia alguna por la que pudiera estimarse que lo tuviera, ya que tampoco estaba bajo su dependencia; y dado que el tutor no ha probado que hubiese empleado toda la diligencia del buen padre de familia para prevenir el daño ocasionado, concretamente el causado por el menor, dicho tutor ha incurrido en la culpa “in vigilando” del artículo 1.903.

Añade, por otra parte, el T. S. que el tutor tiene, como titular subsidiario defectivo de un haz de derechos y deberes igual a los integrantes de la patria potestad, el de “educar”, común a los padres y tutores, deber éste que se extiende a la vigilancia preventiva del daño. Producido éste, la culpa se presume. Habiendo sido acreditado en todo momento, por la parte actora, la existencia de la “acción” y “omisión” determinante del daño indemnizable a que se refieren los artículos 1.902 y 1.903, y como, por otra parte, esta responsabilidad se presume siempre culposa, el tutor está obligado a indemnizar.

La sentencia es reciente e interesante. A pesar de la prohibición impuesta por el tutor al pupilo de ir de caza, y el haberse hecho esto en su ignorancia, el tutor responde, y su responsabilidad es directa, y no subsidiaria como quería el juez de 1.^a Instancia. Esta parece intentar justificarse, en un primer momento, en la culpa “in vigilando”, pero después se dice que el deber de “educar” se extiende a la vigilancia preventiva del daño, lo cual no deja de ser confuso. Sorprendente es asimismo la afirmación, contenida en la sentencia, de que la responsabilidad se presume siempre culposa, referida, parece ser, no sólo al 1.903, sino también al 1.902 —sorprendente, bien entendido, argumentando en sede de un sistema subjetivo de responsabilidad.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30-IV-1969

Supuesto de hecho: un numeroso grupo de niños, divididos en dos bandos, se lanzaban piedras recíprocamente. En el mismo bando estaban Juan Ramón y Miguel, lanzando el primero una pedrada hacia sus rivales, con la mala for-

tuna de que el segundo, inopinadamente, se cruzó en la trayectoria de ésta, causándole lesiones la pedrada que determinaron la pérdida de un ojo. El menor que había tirado la piedra era hijo de la demandada, si bien había estado siempre a cargo del abuelo materno, viviendo en su casa y bajo su custodia, como si fuera su propio hijo a todos los efectos.

El padre de la víctima demanda a la madre y al abuelo del menor causante del daño, para que fueran condenados solidariamente al pago de una determinada indemnización.

El juez de 1.^a Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la madre, y subsidiariamente al abuelo, caso de insolvencia de la primera.

La Audiencia revoca en parte la sentencia, absolviendo al abuelo—respecto del cual se aprecia falta de legitimación pasiva—y condenando a la madre.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso.

Uno de los motivos del recurso alegaba interpretación errónea del artículo 1.902 del Código civil, en tanto que, aun cuando la patria potestad del menor, Juan Ramón, perteneciese a la madre, estaba perfectamente acreditado que, de hecho, éste se encontraba bajo la custodia y cuidado del abuelo materno y, consiguientemente, era éste el encargado de la vigilancia y custodia de dicho menor. Es su falta de cuidado en esta vigilancia la que ocasionó el daño, debiendo encuadrarse esta negligencia en el artículo 1.902 del Código, que no en el 1.903.

El T. S. refuta así tal motivo: “Estableciendo categóricamente la Sala de Instancia que el resultado lesivo, cuya reparación se pretende, no ha sido causado por acto u omisión propia del demandado, abuelo materno, es evidentemente la inexistencia de la interpretación errónea del 1.902 del Código civil, pues falta el acto, primero de los tres requisitos que la inveterada y constante jurisprudencia de esta sala exige para la existencia de responsabilidad por culpa extracontractual”.

Prescindiendo de que el T. S. haga justicia en el caso concreto, se tiene la sensación, estando al supuesto de hecho, de que las lesiones se deben a un acontecimiento desgraciado en el que se hace cuesta arriba establecer la culpa de alguien.

Es muy interesante en esta sentencia el ver cómo se niega la legitimación pasiva del tutor de hecho. No hay omisión culposa en el abuelo que cuida del niño como si fuese su hijo, y la hay en la madre ausente. ¿Qué sucedería si, por carecer de madre, el abuelo fuese tutor? Muy posiblemente, el T. S. declararía la responsabilidad de éste, “ex” art. 1.903, con lo cual resultaría nítidamente que, ante una situación idéntica, la respuesta es diametralmente opuesta, según que la persona tenga o no legalmente encomendada la guarda del menor.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29-XII-1962

Supuesto de hecho: debido al disparo de una escopeta de aire comprimido, efectuado por dos menores, un balín se aloja en el ojo izquierdo del demandante, determinando la pérdida de visión completa de dicho ojo.

El actor reclama indemnización de daños y perjuicios al padre de los menores.

El juez de 1.^a Instancia estima la demanda; la Audiencia confirma la sentencia; interpuesto recurso de casación, el T. S. declara no haber lugar al mismo.

El demandado y recurrente alegaba aplicación indebida del 1.903, ya que, a su juicio, quedó probado en el pleito que el demandado empleó la diligencia necesaria para prevenir el daño producido, porque, según él, la tenencia de una escopeta de aire comprimido en la casa no contradice la diligencia de un buen padre de familia y, además, los padres no pueden ejercer constantemente una vigilancia continua y directa sobre sus hijos, porque tiene que trabajar para sostener a la familia.

El T. S. refuta la argumentación precedente, sentando que los propios razonamientos del demandado proclaman su grave imprudencia, al dejar al alcance de unos menores irresponsables, una escopeta de aire comprimido, apta para funcionar y con unos 65 metros de alcance, sin que pueda servir de disculpa la alegación de que les dejó solos porque tenía que trabajar para atender al sustento de la familia, porque eso ocurre actualmente a todos los padres, y si se estimase ésta, se llegaría a la total irresponsabilidad de los hechos realizados por menores de edad. Bien está este razonamiento de nuestro más alto tribunal, pero ... ¿dónde queda ya la culpa "in vigilando", si se reconoce que los padres de hoy no pueden vigilar a sus hijos y, sin embargo, responden?

Sentencia del Tribunal Supremo de 14-II-1959

Supuesto de hecho: El hijo del actor, a consecuencia de un disparo efectuado con una escopeta de 10 milímetros de calibre, cargada con perdigón, sufrió la pérdida anatómica del globo ocular izquierdo y pérdida funcional de la visión completa en el ojo derecho.

La escopeta pertenecía al demandado, con cuyo hijo y otros dos niños, hijos del casero del demandado, estaba jugando la víctima.

El actor estima que en el hecho de dejar el demandado un arma de fuego cargada, en un poblado, a su hijo menor de edad, y no en el hecho de dispararla, es donde se encuentra la causa generadora del daño, daño, por lo tanto, imputable al demandado.

El Juzgado de 1.^a Instancia desestima la demanda, absolviendo al demandado; la Audiencia confirmó la sentencia; el T. S. declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Establece el T. S., en uno de sus considerandos, que la Sala de Instancia ha declarado, quedando firme en casación, que quien efectuó el disparo, causa inmediata del desgraciado accidente acaecido, fue un niño que no era hijo del demandado, y que el propio lesionado fue su causante mediato, al coger la escopeta de la habitación en la que se guardaba, por lo que el padre demandado no está sujeto a la responsabilidad prescrita en el 1.903, por no haberse apreciado en su hijo menor de edad culpa alguna como causa ocasional de la lesión que sufrió el hijo del demandante y recurrente.

Terminamos aquí con el análisis de las Sentencias del T. S. que, en los últimos años, se han ocupado de la responsabilidad civil por hechos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela. Una conclusión se desprende clara: sólo cuando los daños no han sido causados por el menor, no responde el padre

o tutor; en todos los demás casos, responde siempre. No es ya que se presuma la culpa; “de facto”, en ocasiones, se prescinde de ella para establecer la responsabilidad.

Por ello opino que lleva razón Carbonnier cuando justifica la responsabilidad de los padres o tutores en función del carácter de garantes de los hechos dañosos cometidos por sus hijos o pupilos, que les viene atribuido.

En la misma línea, León González apunta la necesidad de fundamentar la responsabilidad de los padres (tutores) como una obligación “ex lege” vinculada al ejercicio de la patria potestad (de la tutela).

El mismo autor asigna, además, una función preventiva al artículo 1.903, puesto que con él se induce de forma indirecta, pero no por ello menos eficaz (bajo la amenaza de un quebranto patrimonial) a una mayor diligencia en el cumplimiento de los deberes de educación y vigilancia, disminuyendo así las probabilidades de que el daño se produzca. Ahora bien, producido éste, la culpa constituye sólo uno de los criterios de imputación patrimonial de las consecuencias del hecho dañoso.

Que esta afirmación es rotundamente cierta se desprende de la consideración de los supuestos en que los padres o tutores demuestren paladinamente que no hubo por su parte culpa ni negligencia (si tal fuese posible en la práctica), no existan, o simplemente sean insolventes. ¿“Quid iuris”, entonces, si un hecho dañoso ha sido cometido por un menor o un incapaz?

Razonando coherentemente en un sistema subjetivo de responsabilidad habría que concluir que, en los dos primeros casos, no habiendo culpa ni de los guardadores ni de los guardados, no podría hablarse de responsabilidad; en el tercero, la responsabilidad habría de referirse únicamente al guardador “culpable”, pues, como es obvio, la solvencia o insolvencia nada tiene que ver con la responsabilidad. Ahora bien, ¿es esto así?, no ciertamente. Aunque el artículo 1.903 no se ocupa de un modo directo del problema, el artículo 20 del Código penal, directamente relacionado con el mismo, suple con creces la laguna, diciendo, en el párrafo segundo de su regla primera: “No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bien señalan las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil”. La misma solución habría de establecerse lógicamente para el supuesto en que los padres lograsen demostrar que no hubo, por su parte, culpa ni negligencia.

He aquí, claramente, una serie de supuestos en los que la misma disposición legal establece una responsabilidad sin culpa, evitando la indefensión de la víctima. Veámoslo con más detenimiento.

— Menores de dieciséis años.

Los autores que se han ocupado del tema —Conde Pumpido, León— distinguen en función de que éstos tengan o no capacidad natural de entender y querer.

Si no tienen capacidad natural de entender y querer, no solamente no hay culpabilidad natural, sino que tampoco hay antijuricidad. Conde Pumpido llega a hablar de una “no-acción”, diciendo que “al hablar de responsabilidad de menores o incapaces —cuando los guardadores no sean culpables, no existan, o

sean insolventes— no puede dejar de observarse que, para que se de esa responsabilidad es preciso que se dé acción u omisión, esto es, un acto del hombre. Y ese concepto de acto exige la intervención de un querer del agente, esto es, de una capacidad volitiva que puede faltar en la actuación de ciertos incapaces —infantes, compulsivos—. La ausencia de ese elemento volitivo que caracteriza al actuar humano convierte el actuar de esos incapaces en una no-acción, en un hecho equiparable a los hechos de la naturaleza... En estos casos, habría que recurrir al principio del enriquecimiento sin causa para lograr la repetición de aquellos daños que hubieran redundado en beneficio del plenamente incapaz irresponsable”. La idea de la reparación pecuniaria con base a la equidad está recogida en una serie de códigos como el alemán, el italiano y el portugués. Ahora bien, como se encarga de precisar León González, la “indemnización equitativa” es un “quid minus” que el deber de resarcimiento dimanante de culpa o riesgo. En su opinión, con todo, ello no autoriza para excluir del ámbito de la responsabilidad civil una obligación cuya finalidad es, precisamente, la de reparar en todo o en parte el daño causado.

En el sistema español, aun careciendo de una norma expresa, podría predicarse esta “indemnización equitativa”, con base en los artículos 20 del Código penal y 32 del Código civil.

Está misma solución arbitrada para los menores, podría referirse también a los locos, dementes y sordomudos carentes por completo de capacidad.

Si los menores de dieciséis años tienen capacidad de discernimiento, su acción, si no culpable por jugar una causa de inimputabilidad, sí es antijurídica. Por consiguiente, subsidiariamente respecto de los padres no culpables o insolventes, directamente, cuando los guardadores no existen, han de sufrir en su patrimonio las consecuencias del hecho dañoso por ellos cometido.

Esta responsabilidad rotundamente desvinculada de la idea de culpa se producirá, en virtud del artículo 20 del Código penal, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil. Como dice Conde Pumpido, el límite se establece no para la cuantía de los bienes sobre los que ha de recaer la ejecución, sino para la cuantía de la responsabilidad en orden a la indemnización de daños y perjuicios.

Posiblemente habría que incluir en este supuesto al resto de los locos, dementes y sordomudos, puesto que su capacidad natural, si estamos al cociente intelectual, difícilmente supera la de una persona normal de dieciséis años. La situación de estas personas, como sabemos, es de real desamparo, pues, careciendo normalmente de tutores, su patrimonio se verá afectado directamente, en la mayoría de los casos.

— Menores de veintiún años y mayores de dieciséis.

Si el hecho dañoso por ellos cometido es constitutivo de un ilícito penal y la acción de responsabilidad civil se ejercita en el proceso penal, responderán directamente, en virtud del artículo 19 del Código penal.

Si el hecho dañoso es constitutivo de un ilícito civil, o, siéndolo de uno penal, se reserva la acción de resarcimiento para su posterior ejercicio en el proceso civil, responderán subsidiariamente en el caso de falta de culpa o insolvencia del guardador, y directamente si estos no existen. Exceptúanse los

hechos cometidos por los menores emancipados, siempre que éstos no deriven directamente de lo prematuro de la emancipación.

Es justo que ello sea así, pues como dice el profesor De Castro, si se admitiese el criterio de la responsabilidad exclusiva de los guardadores, el menor (incluso al que le faltasen sólo minutos para cumplir los veintiún años) podría realizar todos los daños que quisiera, sin poner en peligro su propio patrimonio, a costa del patrimonio de su guardador (si éste no pudiese probar su diligencia) o a costa del de la víctima, si el guardador prueba no haber sido culpable ni negligente, o no existe, o es insolvente.

Este es, en definitiva, el estado de la cuestión: la víctima que sufre un daño debe ser indemnizada. En el sistema subjetivo, tal se logra, con dificultad, atribuyendo la responsabilidad al guardador en base a una presunción de culpa, y, cuando tal no es posible hacer, al menor o pupilo sobre la base de la antijuricidad de su acción, o de la idea de equidad. En el sistema objetivo, por el contrario, responde primero el patrimonio del guardador, en cuanto garante, y en su defecto, el del menor o pupilo, prescindiéndose de la exclusividad de la culpa como criterio de imputación. Hemos pretendido demostrar que es esto último lo que sucede, a pesar del tenor literal del 1.903 C. c. o 20 C. p.

Quiero terminar estas consideraciones haciendo referencia, aunque sea somera, a un problema que puede surgir en la práctica de modo relativamente frecuente: cuando un menor, con padres o tutor, realiza un hecho dañoso con ocasión y durante el ejercicio de su actividad laboral, o mientras permanece bajo la custodia de maestros o directores de artes y oficios, ¿quién debe responder? ¿los guardadores?, ¿los dueños o directores de un establecimiento o empresa o los maestros o directores de artes y oficios?, ¿se producirá una concurrencia de responsabilidades? El problema, ciertamente, es complejo. Intentaremos resolverlo.

Si el hecho es constitutivo de delito, habiendo sido cometido por un menor de veintiún años y mayor de dieciséis, responderá directamente éste y, en su defecto, entrará en juego el artículo 22 del Código penal, que reza así: "La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a los amos, maestros, personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por lo delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios". Responsabilidad subsidiaria pues, si la acción de indemnización se ejercita en el proceso penal.

Si la acción se reserva para su ejercicio posterior en el proceso civil, y en los demás supuestos de hechos ilícitos realizados por menores de dieciséis años, que causen daños, en virtud del artículo 1.903, párrafos 4.º y 6.º, en mi opinión, la responsabilidad incurrirá a las personas allí señaladas, y no a los guardadores, precisamente porque éstos, argumentando en sede de responsabilidad subjetiva, no pueden incidir en una culpa "in vigilando", dado que la obligación de vigilancia se ha trasladado a estas otras terceras personas.

Argumentando, por el contrario, en una línea de sistema objetivo de responsabilidad, parece lógico que el patrono o empresario que obtiene sus beneficios en cierto modo a costa del trabajador, en cuanto los servicios de éste le son indispensables, responda de los perjuicios causados por éste en el servicio del ramo en que lo tuviera empleado o con ocasión de sus funciones; por lo que

se refiere a los directores de artes y oficios o a los maestros (sin descartar la responsabilidad del centro), la responsabilidad podría justificarse a cambio de la remuneración que éstos perciben por impartir su magisterio o los beneficios que el centro obtiene de la enseñanza.

Téngase presente que en estos casos la responsabilidad de tales personas no es subsidiaria, como en el 22 del Código penal, sino directa, si bien en el caso de la relación mercantil o industrial, y en base al 1.904, el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho, lo cual lleva a algunos autores a hablar de una responsabilidad "in solidum", que no solidaria.

CARLOS ROGEL VIDE

*Profesor de Derecho civil de la Universidad
Autónoma de Madrid*