

## 1.2. Familia

### *El alcance de la representación legal de los padres ante las actuaciones ilícitas de sus hijos menores de edad*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES ANTE LAS ACTUACIONES ILÍCITAS CIVILES DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD: 1. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES. 2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATERNAL: A) *Acto dañoso del hijo objetivo y comúnmente negligente.* B) *Guarda paterna.* C) *La existencia de culpa de los padres en la guarda del hijo.* D) *Relación de causalidad.* 3. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES.—III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y OTROS GUARDADORES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

#### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad en su configuración jurídica-positiva actual, procedente de la reforma operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de «modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles y de carácter social (1). Se impide al titular el abandono de las finalidades

---

(1) PÉREZ ÁLVAREZ M. Á., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 352, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (*La Ley* 44425-JF/0000), que señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 (*La Ley* 13968/1994), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y de 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9223); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, de 20 de julio de 1998 (AC 1998/6865); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de junio de 1999 (AC 1999/8394), «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, aban-

que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171) (2).

Así las cosas cabe caracterizar la patria potestad con referencia a los siguientes principios: 1) El beneficio o superior interés del hijo y el respeto de su personalidad constituyen las pautas informantes del régimen jurídico de la patria potestad. Tal beneficio impregna el conjunto de la regulación actual de la patria potestad y al que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad; 2) La patria potestad constituye una función que, debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, lo que conlleva la atribución a los progenitores de ciertos derechos a los efectos de poder cumplir los deberes que les incumbe respecto de los hijos; 3) La titularidad de la patria potestad de los hijos menores no emancipados corresponde a ambos progenitores; 4) El ejercicio de la patria potestad está sometido a la intervención y vigilancia judicial, así como, en su caso, de la Administración Pública.

Precisamente, se determina el contenido de la patria potestad atribuyendo ciertas facultades a sus titulares e imponiendo determinados deberes a los progenitores y a los hijos. Conforme al artículo 154, párrafo tercero del Código Civil, la patria potestad que asiste a los padres en relación con los hijos no emancipados comprende los siguientes deberes y facultades: «1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2.º Representarlos y administrar sus bienes». De forma que, el ejercicio de tales deberes y facultades como elementos que integran el contenido de la patria potestad, debe enmarcarse conforme a las siguientes pautas: en primer lugar, los deberes y facultades habrán de ejercerse «siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y

---

donada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostentamiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.<sup>a</sup>, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/139719); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2007 (*La Ley* 219823/2007); de la misma Audiencia, Sección 12.<sup>a</sup>, de 14 de marzo de 2008 (*La Ley* 27513/2008); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.<sup>a</sup>, de 1 de septiembre de 2008 (*La Ley* 196431/2008); y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232).

Por su parte, señala LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, T. 6, *Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2011, pág. 332, que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade: «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

(2) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991/7447); de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993/478); y 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9223); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 1996 (AC 1996/358).

con respecto a su integridad física y psicológica» (art. 154.2 del CC). En segundo lugar, «si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten» (art. 154, penúltimo párrafo del CC); y, en tercer lugar, se faculta a los padres para, en el ejercicio de la patria potestad, recabar «el auxilio de la autoridad» (art. 154, último párrafo del CC). En esencia, el *beneficio o interés del hijo* es criterio jurisprudencial consolidado el que consiste en entender que «la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-familiares» (3), siendo una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas «la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad» (4).

Junto al beneficio o interés del hijo menor de edad no emancipado, el artículo 154 del Código Civil, exige que toda actuación llevada a cabo por los padres en el cumplimiento de los deberes que integran la patria potestad, esté guiada por el respeto al libre desarrollo de la personalidad de los hijos sobre la base legal del artículo 10.1 de la Constitución Española en cuanto su configuración como derecho fundamental; del artículo 27.1 de la Constitución Española relativo a la educación; del artículo 39 también de la Constitución Española en relación a la protección de la familia por los poderes públicos; y del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que recoge el derecho del menor a ser oído. Por ello, como señala CASTÁN VÁZQUEZ, será necesario incluir dentro del concepto de representación, todas las circunstancias físicas y psíquicas del menor; sus aptitudes emocionales y comunicativas y aquellos condicionamientos educativos, sociales, culturales que, determinan el estado de su desarrollo evolutivo (5).

En este contexto, la representación legal de los hijos menores de edad es una de las facultades que integran y conforman el contenido de la patria potestad (6).

---

(3) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (*RJ* 1987/5809); de 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991/3108); y de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6722); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de abril de 1995 (*AC* 1995/679); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 1996 (*AC* 1996/1313); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3232); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.<sup>a</sup>, de 16 de julio de 1998 (*AC* 1998/1633); de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, de 20 de julio de 1998 (*AC* 1998/6865); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de julio de 1999 (*AC* 1999/2279); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2000 (*AC* 2000/157); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.<sup>a</sup>, de 22 de mayo de 2000 (*JUR* 2000/238856); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 20 de julio de 2000 (*AC* 2000/1727); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de febrero de 2003 (*AC* 2003/262); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/186025).

(4) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1271).

(5) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.<sup>a</sup>, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. III, vol. 2, Edersa, Madrid, 1982, págs. 72-73.

(6) Precisan RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, M.<sup>a</sup> J., *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 15, que «solo la patria potestad es estrictamente “representación legal”, en cuanto que es el único supuesto en que la ley misma atribuye “recta vía” la facultad de representar a unos concretos sujetos (los padres, sean biológicos o adoptivos), por consecuencia de la determinación de la filiación. En los supuestos de tutela, la representación

La representación en palabras de DÍEZ-PICAZO, es el medio de colaboración en asuntos ajenos, es decir, hay representación siempre que el interés gestionado por el representante sea el del representado y no el propio. Por ello, la define como «aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante la gestión de asuntos en relación con terceras personas» (7). Para ARANDA RODRÍGUEZ, se puede definir como «el fenómeno jurídico en cuya virtud una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o del representado, pero siempre en interés de este, autorizado por el representado o por la ley, de forma que, los efectos jurídicos de dicha actuación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado» (8).

Un tipo de representación es la legal que, implica un supuesto de cooperación o colaboración, como es defendido por DE CASTRO, en la gestión de un asunto ajeno y, que se impone por la ley para suplir la imposibilidad de actuación jurídica eficaz del representado (9). Esta representación legal de quienes ejercen la patria potestad se extiende tanto al ámbito personal, como al patrimonial. Supone, por tanto, la cooperación en la gestión de intereses personales y patrimoniales (10).

Ahora bien, este poder legal de representación delimitado por la Ley lo está en forma de exclusión, lo que supone que los padres pueden representar al hijo

---

asignada al tutor proviene siempre de una resolución judicial, ya sea como consecuencia de la previa o simultánea incapacidad del tuteado (tutela de incapaces), ya como consecuencia de la resolución que nombra tutor a un menor de edad carente de padres o de padres desconocidos o incapaces (tutela de menores). No se puede decir en sentido propio que es una representación "legal", sino judicial, aun cuando, ciertamente, las funciones atribuidas a esos tutores vienen establecidas en la Ley».

(7) DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992 (reimpresión de la primera edición de 1979), págs. 62-63 y 64.

Asimismo, conceptúan la representación DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 554, como aquella que tiene lugar «cuando se celebra el negocio por medio de una persona, el representante, que actúa en nombre de otra, el representado, de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último y nunca en la del representante. Se sigue de ello que la representación se considera como un capítulo de la teoría general del negocio jurídico, y que el actuar en nombre ajeno (*alieno nomine agere*) y la eficacia inmediata y directa de la actuación del representante, son factores esenciales de la idea misma de representación. De ahí que, cuando se gestiona por un intermediario el interés ajeno pero actuando este en su propio nombre, no hay verdadera representación, sino una figura distinta (interposición gestora, mandato no representativo, etc.)».

(8) ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pág. 18. Por su parte, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, M.<sup>a</sup> J., «La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa», *op. cit.*, pág. 27, señalan que «la concepción más clásica del Derecho ha entendido por representación, el fenómeno jurídico en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés de otra, produciéndose en el patrimonio o esfera jurídica, directa o indirectamente, de esta última, los efectos de aquella actuación».

(9) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Temas de Derecho Civil», en *Derecho Civil de España*, T. II, vol. II, *Derecho Civil de España y Temas de Derecho Civil*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 108; y precisa que, «la representación legal es el modo de activar la capacidad potencial de quienes la tienen limitada» (pág. 109). Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 1997 (RJ 1997/2725).

(10) En este sentido, ARANDA RODRÍGUEZ, R., «La representación legal de los hijos menores», *op. cit.*, pág. 21. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 2010 (JUR 2010/240315).

en todo lo que no esté excluido expresamente por la ley. A tal fin, el artículo 162 del Código Civil hace una enumeración exhaustiva de los actos en que no cabe la representación legal; y el artículo 166 exige autorización judicial previa o consentimiento del menor con más de dieciséis años en documento público para la realización de una serie de actos de carácter dispositivo (enajenación o gravamen). Estamos ante unos límites al poder de representación de los padres fijados por la Ley (11). Por otra parte, el ordenamiento jurídico reconoce expresamente a los menores un campo de actuación que se va ampliando gradualmente conforme alcanzan determinadas edades, que vendrían a corresponderse con lo que desde la psicología se denomina madurez intelectual-volitiva que, se alcanza con cierta plenitud en la pubertad o adolescencia. En este sentido, además de la capacidad para los actos mí nimos o sin importancia (contratos de cosas u objetos de uso corriente), que entrañan una primera manifestación de la semi-capacidad de obrar del menor en el ámbito patrimonial, la prueba del carácter esencialmente variable y graduable de la capacidad de obrar, la salvaguarda de su dignidad como persona, y el respeto a su capacidad natural y al libre desarrollo de la personalidad sobre la base de una progresiva madurez intelectiva y volitiva, coadyuvan al potenciamiento de su autonomía como sujeto de derecho; lo que, a su vez posibilitan una progresiva capacidad de actuación no solo en el ámbito personal, sino también en el patrimonial (12). Este reconocimiento como sujeto con cierta autonomía en su actuación —coherente con la exigencia de un cierto grado de madurez psicológica y volitiva suficiente para permitir al menor actuar por sí mismo en ciertos supuestos—, ha de resultar compatible con la existencia de poderes (potestades) de control y vigilancia, y con el deber de velar por el hijo. Esencialmente se ha buscar un punto de equilibrio entre la protección del menor confiada a los padres como sus representantes legales, y el reconocimiento de un ámbito de capacidad propio de acuerdo con su capacidad natural, que será mayor, cuando mayor sea su grado de madurez, que habitualmente suele coincidir también con una mayor de edad —la franja que comprende desde los doce años aproximadamente hasta el cumplimiento de la mayoría de edad se suele concretar como aquella en que se posee una madurez psicofísica equiparable, en cuando más se avanza, a la de una persona adulta—. No obstante, el legislador ha optado en algunos supuestos por no posibilitar tal equilibrio, sino que, sobre la base del principio del libre desarrollo de la persona, o de la autonomía del individuo, dota de un mayor grado de actuación al menor del que podría corresponderle por razón de la edad, obviando, en ocasiones, incluso, el control paterno; lo que, supone ir disminuyendo el poder de actuación representativa de los padres en aras de una mayor libertad de actuación que, choca con la esencia de la función representativa que, el propio ordenamiento atribuye a los padres. Esta ampliación

---

(11) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989/7915); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3.<sup>a</sup>, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/139719), en la que se dispone que han de interpretarse restrictivamente las limitaciones legales impuestas a la representación legal atribuida a los padres.

(12) A partir de los doce años el menor puede ser oído siempre y podrá consentir su adopción (art. 177.1 del CC); a los catorce años puede hacer testamento (art. 663.1 del CC), salvo el ológrafo (art. 688 del CC); contraer matrimonio con dispensa (art. 48 del CC); otorgar capitulaciones matrimoniales, dentro de ciertos límites (art. 1329 del CC); adquirir la nacionalidad española por opción o residencia con asistencia del representante legal (arts. 20 y 21 del CC); y reconocer la filiación extramatrimonial con ciertos requisitos de forma y plazos (art. 124 del CC).

de la esfera de autodeterminación del menor debería ir acompañada en lógica consecuencia, de un recorte en la extensión del control y vigilancia exigible a los padres. Sin embargo, esto no es así, pues, en el artículo 1903 del Código Civil se sigue manteniendo la responsabilidad civil de los padres ante actuaciones ilícitas de sus hijos menores de edad basado en una culpa *in vigilando* o *in educando*, con independencia de su edad. Además, el incremento de los daños ocasionados por menores de edad está en relación con esa reducción de la capacidad efectiva de los padres para controlar a sus hijos a medida, que van alcanzando una edad cercana a la mayoría de edad. A todo esto habría que añadir que, la supresión de la facultad de corrección de los padres en el artículo 154.3 del Código Civil por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, ha contribuido en cierta forma a mermar la autoridad paterna, al limitar mucho la facultad de los padres para imponer a los menores la disciplina que, resulta imprescindible para una correcta educación; lo que contribuye, asimismo, a una reducción de la capacidad efectiva de control de los padres respecto a la actuación de sus hijos sobre la base de una falta de valores y de autoridad. Por todo ello, resultaría necesario adaptar la normativa sobre responsabilidad de los padres a esta nueva realidad social en que se estructuran las relaciones paterno-familiares en la sociedad actual.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en analizar la forma cómo se configura en la normativa actual y en la doctrina y la jurisprudencia la responsabilidad de los padres ante las actuaciones ilícitas de sus hijos menores como un elemento más de la esfera de representación legal que conforma la patria potestad. Si bien, por razones de espacio, solo vamos a centrarnos en el estudio de tal responsabilidad ante actos dañosos de los hijos menores de edad no tipificados penalmente, esto es, ante actuaciones ilícitas civiles.

No obstante, brevemente hemos de mencionar que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (13), se eleva la edad mínima para responder criminalmente de los dieciséis a los dieciocho años, si bien, se supeditaba su entrada en vigor a la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores —en adelante, LOPRM— (Disposición Final 7.<sup>a</sup>, apartado 2.<sup>o</sup>) (14); de forma que, mientras tanto seguirían siendo de aplicación las normas del anterior Código Penal que hacían referencia a la responsabilidad penal del menor (arts. 8.2, 9.3, 20.1.<sup>a</sup>, y 22.2, que pasa a ser párrafo único con la citada LO 10/1995, y 65).

El artículo 19 del actual Código Penal señala que, una persona adquiere imputabilidad penal a partir de los dieciocho años, por lo que desde ese momento responderá directamente de las consecuencias civiles de sus actos tipificados penalmente. Asimismo, el artículo 116 del citado cuerpo legal establece que: «*toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños o perjuicios*». El autor del hecho tipificado penalmente es responsable tanto penal como civil.

Con la actual modificación del Código Penal coincide la responsabilidad por ilícito civil y penal, fijándose el límite mínimo en los dieciocho años. Asimismo, en tal cuerpo legal se exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores en una Ley especial, independiente del Código Penal, como es la

---

(13) BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, págs. 33987 a 34058.

(14) La entrada en vigor de la LOPRM ha tenido lugar el 13 de enero de 2001 (Disposición Final séptima, núm. 1).

actual LORPM que se contiene, a su vez, otro límite mínimo los catorce años (15). De forma que, la LORPM se aplica a los menores de edad comprendidos entre los catorce y los dieciocho años de edad; mientras que el Código Penal a los mayores de dieciocho años. Por otra parte, según dispone el artículo 118.1.<sup>1</sup> del Código Penal, son responsables civiles de los daños causados los declarados exentos de responsabilidad criminal, conforme a lo dispuesto en el artículo 20, números 1 y 3 del Código Penal, y también los tengan bajo su potestad, guarda legal o de hecho. Tal precepto hace referencia a los daños causados por el acto delictivo de un mayor de dieciocho años, exento de responsabilidad criminal porque «*al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*» (número 1.<sup>o</sup>); o «*por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*» (número 3.<sup>o</sup>). Por último, para el caso de patria potestad prorrogado o rehabilitada (art. 171 del CC) dispone el artículo 120.1 del Código Penal que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: «*Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia*». Si el hijo mayor de edad, incapacitado judicialmente, realiza un acto penalmente tipificado como delito o falta, no concurriendo ninguna de las causas de exención de responsabilidad previstas en el mencionado artículo 20 del Código Penal (en concreto, en sus números 1 y 3), deberá responder no solo penalmente, sino también civilmente, siendo esta última responsabilidad directa frente al perjudicado (art. 116.1 primer inciso del Código Penal).

En relación con la LORPM, el artículo 61.3 establece que: «*cuando el responsable de los hechos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*». De su redacción se determina como primer responsable penal y civil al autor del ilícito penal del que se han derivado daños, esto es, al menor de dieciocho años y mayor de catorce —responsabilidad civil directa— (16). Por lo que a los padres se refiere, su responsabilidad civil es *solidaria*, coincide más con la prevista en el Código Civil (art. 1903); y, en

---

(15) En la propia Exposición de Motivos de la LORPM se dispone que «se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado» (apartado I, núm. 4 *in fine*).

(16) Precisa, no obstante, DURANY PICH, S., «Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo Derecho Penal de menores», en *Indret 2/2000*, págs. 3-4 que, si son varios los menores que con motivo de la comisión de un ilícito penal han causado daños, se aplica supletoriamente el artículo 116.2 del Código Penal, de modo que los coautores y cómplices responderán solidariamente entre sí por sus cuotas y, subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables; y, si el ilícito penal es cometido por mayores de edad y menores, parece desprenderse del artículo 16 que se incoarán dos procedimientos de acuerdo con la edad de los implicados, con lo que se fijaran unos hechos, unos daños y una responsabilidad distinta en cada proceso. Del mismo autor, «Responsabilidad Civil y Derecho Penal de menores», *op. cit.*, págs. 1754-1755.

cambio, se aleja de la prevista en el Código Penal (art. 120.1.<sup>º</sup>) que, recordemos, se configura como subsidiaria (17); asimismo, es *objetiva* lo que ciertamente de nuevo, se aleja de lo dispuesto en el artículo 118.1.<sup>º</sup> y 120.1.<sup>º</sup> del Código Penal, basada en la culpa o negligencia; y, en cierta forma, se acerca a lo que es la interpretación de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo del artículo 1903 del Código Civil de quasi objetivación o por riesgo, pese a la presunción de culpa, sobre la que también se sustenta la redacción de dicho precepto (18). En todo caso, es posible ejercer la acción civil en el proceso penal (responsabilidad civil derivada del delito) (19), o reservarse la acción civil para ser resuelta ante la jurisdicción civil (20).

---

(17) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2003 (*JUR* 2003/184176); de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/27539); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.<sup>a</sup>, de 24 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/90985); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/199420); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.<sup>a</sup>, de 27 de junio de 2007 (*JUR* 2007/292722); y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2010 (*JUR* 2010/370378).

(18) Vid. ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, núm. 675, enero-febrero de 2003, págs. 42-43; QUINTERO OLIVARES, G. (con CAVANILLAS MÚGICA, A., y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA), *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 158; DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por los daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 105; VAQUER ALOY, A., «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación», en *La Ley 2001-1*, págs. 1632-1633; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil. T. III. Parte Especial. Segunda*, coordinador: L. Fernando REGLERO CAMPOS, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 148-149; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. T. II. Derecho de Obligaciones*, 12.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, 2008, pág. 308, para quien, también, además de objetiva, es solidaria. Vid., también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 28 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/14953); de la Audiencia Provincial de Lleida, de 11 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/118814); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.<sup>a</sup>, de 11 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/82549); de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 13 de abril de 2004 (*JUR* 2004/162768); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/259497); de la misma Audiencia y Sección, de 24 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/90985); de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2006 (*JUR* 2006/158958), «de esta manera, el legislador viene a prescindir de los llamados criterios de imputación subjetiva, los cuales solo se tendrán en cuenta para dejar al arbitrio del juzgador cuando los padres no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave»; de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/27539); de la misma Sección, de 20 de septiembre de 2006 (*AC* 2006/733); y de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.<sup>a</sup>, de 2 de abril de 2007 (*AC* 2007/960).

Opta, sin embargo, por un criterio de atribución de responsabilidad subjetivo, DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañinos de sus alumnos menores de edad», en *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, Madrid, 2000, pág. 99.

(19) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 2008 (*AC* 2009/270).

(20) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, de 19 de abril de 2000 (*JUR* 2000/196251); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.<sup>a</sup>, de 13 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/171855).

Por otra parte, constituye una realidad de la que hace poco hemos tenido noticias, y que no es la primera vez que sucede (21), como es el lanzamiento de una piedra por un menor de trece años desde un puente impactando en un coche que circulaba por la carretera y causando la muerte del copiloto. El menor es inimputable penalmente, según dispone la LORPM, sin embargo, los padres serán responsables civiles del daño ocasionado por la conducta de su hijo menor. Igualmente, en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2012 (22), donde después de establecer, lo que ya es una tendencia jurisprudencial, como así constataremos, la responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva de los padres, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a aquellos incumbe sobre los hijos sometidos a potestad con presunción de culpa por su parte, se considera a estos responsables por la producción del resultado perjudicial de caída de la motocicleta con el resultado lesivo y dañoso para el motorista como consecuencia de la invasión de un balón con el que jugaba su hijo con otros en lugar inidóneo para practicar juegos de balón por el previsible peligro que saliera hacia la calzada por la que circulaban los vehículos, y, asimismo, porque los padres no adoptaron las medidas de vigilancia necesarias para advertir al hijo y evitarlo, pese a que el padre se hallaban en su local en las cercanías del lugar, y sabía que su hijo se encontraba en compañía de otros menores, sin la supervisión de ningún adulto. Si bien, como aclara la sentencia eran jóvenes de una edad en que el impulso desplegado sobre el balón puede ser importante y de cierta violencia en su impacto. De todas formas, como son varios los menores que intervienen en el juego, los padres de todos como representantes legales responden de forma solidaria al no ser posible deslindar la actuación de cada uno de los menores en el evento nocivo.

## II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES ANTE LAS ACTUACIONES ILÍCITAS CIVILES DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD

El artículo 1903 del Código Civil regula los supuestos en que una persona responde por los daños causados por otra. Así, los padres, y tutores, los empresarios y los Centros de Enseñanza no superior. Si bien, aunque todos ellos se estructuran sobre la base de un vínculo de dependencia entre el responsable principal y el autor material del hecho dañoso, y el régimen de responsabilidad es común, sin embargo, no todos comparten un mismo y único fundamento. Mientras, que en el caso de los padres y guardadores las funciones de control y vigilancia se ejercen en beneficio de los hijos y pupilos, en el supuesto del empresario, la vigilancia se ejerce en su propio beneficio; y para los centros privados de enseñanza no superior en la propia organización de las actividades

---

(21) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 2002 (*JUR* 2003/46905); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.<sup>a</sup>, de 24 de enero de 2007 (*JUR* 2007/239597); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/313819).

(22) La Ley 45749/2012. Con anterioridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2008 (AC 2008/1115), se considera responsable a los padres por las lesiones producidas a una anciana como consecuencia de la caída producida por un balonazo propinado por un menor que jugaba con otros de la misma edad en una plaza peatonal.

escolares o extraescolares (23). Junto al citado artículo 1903, el artículo 120 del Código Penal se refiere, igualmente, a casos semejantes de responsabilidad civil por hecho ajeno, con la salvedad que la responsabilidad diseñada en este precepto tiene carácter subsidiario, pues, opera solo en caso de insolvencia del que, al ser responsable criminal es también responsable civil directo. Por otra parte, los artículos 118 del Código Penal y 61.3 de la LOPRM también contienen reglas aplicables a los padres, tutores, y guardadores de hecho.

En todo caso, se indican como caracteres comunes al régimen de responsabilidad por hecho ajeno los siguientes (24): 1. Se parte de una especial relación de dependencia de una serie de personas con el autor material del daño, bien sea familiar, cuasifamiliar, laboral, educativa, etc., que determina una responsabilidad por hecho ajeno que es por culpa propia. Una culpa en la vigilancia o en la elección del empleado, en la vigilancia o educación de los hijos menores y pupilos, etc. (*culpa in vigilando, in eligiendo, o in educando*). Son casos de responsabilidad subjetiva o por culpa, en que se invierte la carga de la prueba de la culpa en el párrafo final del artículo 1903. Estamos ante un régimen de responsabilidad por culpa presunta (presunción *iuris tantum*), y no de responsabilidad vicaria. El Código Penal presenta también un modelo de responsabilidad subjetiva o por culpa, con la particularidad que esta no se presume (arts. 118.1 y 120). 2. La responsabilidad prevista en el artículo 1903 del Código Civil es directa y no subsidiaria, lo que supone que el demandante puede dirigirse directamente contra el principal (progenitor, guardador, empresario o centro docente), sin necesidad de hacerlo previa o simultáneamente contra el autor material del daño (25), a diferencia de los supuestos de responsabilidad civil derivada del delito del artículo 120 del Código Penal, donde al ser la responsabilidad subsidiaria, solo opera en el caso de insolvencia del autor del delito o falta.

En este contexto, se puede decir que, en materia de responsabilidad civil, extracontractual al día de hoy, todavía subsiste una doble regulación, la contenida en el Código Civil y en el Código Penal. Tal dualidad legislativa tiene un indudable origen histórico. Ante el conocido retraso en la codificación civil, el legislador penal opta por introducir en el articulado del Código Penal de 1848 una norma que regulaba la responsabilidad civil derivada de los daños causados por actividades delictivas. Con la promulgación del Código Civil tal realidad legislativa se asume como propia, de forma que en el artículo 1092 se remite al Código Penal para las obligaciones civiles nacidas como consecuencia de los ilícitos penales, reservándose el Código Civil la regulación de las obligaciones nacidas por los

---

(23) MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, 2010, pág. 2055.

(24) MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2056; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-familiares (II). La protección penal de la familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA, y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 898-899.

(25) Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1963 (*RJ* 1963/1970) y de 15 de febrero de 1975 (*RJ* 1975/566). No faltan, sin embargo, sentencias aisladas que proclaman el carácter indirecto de la responsabilidad impuesta por el artículo 1903 del Código Civil, vid., las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1933 (*RJ* 1933/1568) y de 19 de mayo de 1934 (*RJ* 1934/903).

daños causados por las acciones u omisiones dañosas que no resulten penadas por la Ley (art. 1093), lo que choca con el proceder de otras legislaciones europeas, en las que regulan toda la responsabilidad civil en el Código Civil, con independencia de que los daños a resarcir los cause un ilícito penal o civil (26).

No obstante, para la mayoría de la doctrina no hay ninguna razón de fondo válida que justifique mantener una doble legislación; pues, la responsabilidad civil es única, tanto si el daño procede de un ilícito civil, como de un ilícito penal (27); en realidad, como precisa YZQUIERDO TOLSADA, simplemente existe una responsabilidad civil, pura y civil, aplicable indistintamente al daño causado con ocasión de un delito o falta, como para el supuesto que no haya sido así y, añade que, las llamadas obligaciones civiles «nacidas del delito» no nacen propiamente del acto tipificado como delito o falta, sino de un acto que, tipificado o no, originó un daño material o moral resarcible (28). En fin, precisa el citado autor, «nuestro país cuenta con el único Código Penal del mundo en el que se contiene un bloque de preceptos de Derecho Civil que se ocupan de regular eso que ya se encuentra regulado en la ley civil, que no es otra cosa que las consecuencias civiles de los hechos dañosos. Consecuencias civiles «del delito», decimos aquí con total impropiedad, cuando en realidad queremos referir a las consecuencias civiles de un hecho que causó daños (y por eso es fuente de obligaciones) y que —cosa irrelevante para el Derecho Civil— resulta que tiene también consecuencias en el terreno penal» (29).

En este contexto, pese a ese sentir unánime, y de las críticas vertidas de nuevo por la más autorizada doctrina de haber desaprovechado otra oportunidad de regular en un solo cuerpo legal la responsabilidad civil y romper con esta tradicional compartimentación de la responsabilidad extracontractual y de la responsabilidad

---

(26) En este sentido, se expresa en artículo 1382 del Code Civil francés: «Tout faire quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer» («Todo hecho humano de cualquier clase que cause daño a otro, obliga al culpable a repararlo»); artículo 2043 del Codice Civile italiano de 1942: «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obliga oclui che ha commesso il fatto a risarcire il danno» («Cualquier hecho doloso o culposo, que causa a otro un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño»); y el artículo 483 del Código Civil portugués de 1966: «1. Aquele que, com dolo ou mera culpa violar ilícitamente o directo de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigaçāo de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei» («1. Aquel que con dolo o mera culpa violara ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al perjudicado por los daños resultantes de la violación. 2. Solo existe obligación de indemnizar independientemente de la culpa en los casos especificados en la ley»).

(27) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XL, Fac. III, julio-septiembre de 1987, pág. 796; SANTOS BRIZ, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XXIV, Edersa, Madrid, 1984, pág. 575; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», en *Actualidad Civil*, 1992-IV, pág. 730.

(28) YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 58-59. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1988 (RJ 1988/7586); y de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2263).

(29) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 907.

civil *ex delicto* (30); se sigue manteniendo con la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, este desdoblamiento de la responsabilidad civil contractual en dos ordenamientos y, a este perturbador tratamiento de la materia, se ha sumado la LORPM, que entró en vigor el 13 de enero de 2001, en cuyo Título VIII, dedicado a la responsabilidad civil, se contienen, asimismo, normas referentes a la misma y aplicables a los casos en el que el acto dañoso del menor está penalmente tipificado. Se introduce, pues, una tercera modalidad de responsabilidad civil de los padres y guardadores, distinta de la que se contiene en el Código Civil y en el Código Penal (31), y que el propio legislador califica de «revolucionario» en la Exposición de Motivos de la norma, en cuanto aquellos pasan a responder objetivamente y de forma solidaria junto al menor, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma. Ya son tres los sistemas de responsabilidad civil, que de manera consciente y no fruto del azar, el legislador ofrece a los ciudadanos, con la inseguridad jurídica y los problemas prácticos que ello genera, en aras a un reforzamiento del principio de responsabilidad por hechos ajenos derivado del artículo 1903 del Código Civil; y, por supuesto, de un presunto ímpetu «revolucionario».

Sobre tales bases, nos encontramos con una triple regulación: el artículo 1903, párrafo 2 del Código Civil; el artículo 61 de la LORPM; y los artículos 118.1 y 120.1 del Código Penal.

#### 1. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

El artículo 1903, apartado 2 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dispone que: «*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda*». Y, añade el último apartado de este precepto que: «*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*».

Tradicionalmente, se ha considerado que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo, fundamentándose, principalmente en la culpa *in vigilando y/o in educando* que corresponde a quienes ostentan la patria potestad (32). En este sentido se señala que los padres responden por los hechos dañosos de sus hijos sometidos a su guarda, aun cuando el daño resulte directa y materialmente atribuible al hijo (33); pues nos encontramos ante una falta de vigilancia, cuidado y educación del hijo por quienes ejercen la patria potestad; lo que supone considerar que los padres, si bien de forma indirecta y generalmente por omisión,

---

(30) VAQUER ALOY, A., «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», *op. cit.*, pág. 1632.

(31) Vid., sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2006 (*JUR* 2006/158958).

(32) Si bien, algunos autores interpretan que la culpa *in educando* no es un criterio de imputación autónomo de la responsabilidad y que solo sirve para modular la obligación de vigilancia. Vid., ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», en *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coordinador: José Ramón DE VERA Y BEAMONTE, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 447.

(33) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, de 16 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/213642).

han contribuido a la causación del daño. Se habla de una responsabilidad por hecho propio, o por culpa propia, precisamente, por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (34). En esta línea, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que consideran a los padres responsables de la conducta dañosa del hijo, tras considerar que hubo culpa *in vigilando* o *in educando*, o ambas; en esencia, que incumplieron con los deberes derivados de la patria potestad (35).

Ahora bien, estamos ante una presunción *iuris tantum* de culpa de los padres derivada de no haber puesto el cuidado y la vigilancia debida en los actos de sus

---

(34) Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 (*RJ* 1979/919); de 17 de junio de 1980 (*RJ* 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1469); de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992/149); de 11 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1520); y Sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2006 (*RJ* 2006/1076); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de octubre de 1998 (*AC* 1998/7922); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2000 (*AC* 2000/284); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/158449); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, 5 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002/44482); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/166449).

(35) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 (*RJ* 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1469) —que habla también de culpa *in custodiando*; de 22 de abril de 1983 (*RJ* 1983/2118); de 4 de mayo de 1983 (*RJ* 1983/2622); de 10 de junio de 1983 (*RJ* 1983/3517); de 22 de septiembre de 1984 (*RJ* 1984/4332); de 22 de enero de 1991 (*RJ* 1991/304); de 22 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7014); de 9 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5547); de 12 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/4576); de 11 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1520); y Sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/7170). Las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 8 de marzo de 1993 (*AC* 1993/752); de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1997 (*AC* 1997/2216); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.<sup>a</sup>, de 23 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/148816), menores condenados por un delito de agresión sexual, responsabilidad de los padres por omisión del deber de vigilancia y educación; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.<sup>a</sup>, de 29 de octubre de 2004 (*AC* 2004/1944); y 23 de marzo de 2006 (*AC* 2006/1632); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/133131); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 29 de enero de 2009 (*JUR* 2009/192683); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 2009 (*AC* 2009/360) hablan de culpa *in educando* (en esta sentencia se condenó a los padres y al centro docente); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.<sup>a</sup>, de 25 de octubre de 1999 (*AC* 1999/8748), omisión de la obligada diligencia *in custodiando* o *in vigilando*; la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.<sup>a</sup>, de 7 de octubre de 2004 (*JUR* 2004/292092), culpa respecto a la vigilancia y educación de su hijo; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.<sup>a</sup>, de 9 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/7622); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 10 de enero de 2000 (*AC* 2000/716); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2000 (*JUR* 2000/97215); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección única, de 10 de marzo de 2000 (*AC* 2000/3256); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/158449); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/249408); de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.<sup>a</sup>, de 10 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/122511); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.<sup>a</sup>, de 6 de julio de 2005 (*JUR* 2006/222861); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/378480) de culpa *in vigilando*.

Es curiosa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 29 de octubre de 2004 (*AC* 2004/1944), cuando condenó a los padres de una niña de trece años que, al cruzar una calle por un sitio indebido, sin mirar y de forma sorpresiva, provocó el accidente de una motocicleta, declarando en este caso el deber de los padres de proporcionar educación vial a sus hijos.

hijos causantes del daño (36), que admite prueba en contrario (inversión de la carga de la prueba que favorece a la víctima) (37). A esta conclusión se refiere el citado último párrafo del artículo 1903, cuando señala qué padres podrán quedar libres de responsabilidad cuando consigan acreditar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia necesaria para prevenir el daño, esto es, que logren probar que no existe por su parte culpa alguna en la causación del daño. Como carga de la prueba exonerativa de responsabilidad, incumbe su alegación a los padres, en una apuesta del legislador por la inversión en la carga de la prueba (38).

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo alude a tal presunción que posibilita prueba en contrario, no obstante, en la mayoría de los casos, no se admite la prueba de la diligencia debida y, en consecuencia, no estima que los padres hayan actuado diligentemente, esto es, que hayan aportado prueba exonerativa, por lo que les ha venido condenando sistemáticamente a reparar el daño causado por sus hijos, sin importar el contexto en que tiene lugar, la edad del hijo u otras circunstancias personales de los padres; de ahí que en la práctica con tal proceder se haya revestido a esta responsabilidad de cierto matiz objetivo «que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, de manera que la responsabilidad dimana de omisión propia del padre, madre o tutor de dicho deber de vigilancia, con independencia del nivel de discernimiento de que se encuentra *in potestate*» (39), sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues, la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión de aquel deber de vigilancia (40), creando la falta de cuidado del padre en la vigilancia del menor «el riesgo de una conducta nociva por parte de este traducida en un daño efectivo y real y debe por ello resarcirlo a menos que,

---

(36) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 (*RJ* 1979/919); de 1 de junio de 1980 (*RJ* 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1469); de 22 de enero y 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/304; *RJ* 1991/1151); de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992/7149); y, de 12 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/4576); y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 27 de diciembre de 1994 (*AC* 1994/2138); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 17 de abril de 2002 (*JUR* 2003/62362); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/166449).

(37) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1984 (*RJ* 1984/1956); de 22 de enero de 1995 (*RJ* 1995/304); y de 30 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5272).

(38) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1984 (*RJ* 1984/2396); de 22 de septiembre y 30 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/7014; *RJ* 1992/10559); de 30 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5272); de 24 de mayo de 1996 (*RJ* 1996/3915); y de 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3930); y también las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 23 de diciembre de 1997 (*AC* 1997/2412); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.<sup>a</sup>, de 13 de mayo de 2000 (*JUR* 2000/180247); y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/51360).

(39) Vid., las sentencias, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 (*RJ* 1980/2409); de 22 de septiembre de 1984 (*RJ* 1984/4332); de 22 de enero y 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/304; *RJ* 1991/1151); y de 28 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5810); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2008 (*AC* 2008/1115).

(40) Vid., las sentencias; Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1978 (*RJ* 1978/815); de 24 de marzo de 1979 (*RJ* 1979/919); de 17 de junio de 1980 (*RJ* 1980/2409); y de 10 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1469).

pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la Ley» (41). Es patente, «dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgos, la tendencia de hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes lo crean; y en este sentido, el padre o cuidador de un menor responde de los daños, que este cause a terceros» (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1984) (42). Se opta como fundamento de la responsabilidad de los padres en la vigilancia de sus hijos, no solo por la culpa, sino también en el hecho que los padres crean el riesgo de que sus hijos dañen a terceros mientras sean menores; en el principio *pro damnato* (43); o, en fin, se sostiene que «la responsabilidad de los padres que se declara en el artículo 1903, obedece a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no obstante, no se menciona tal dato de culpabilidad, por lo que acertadamente estamos ante una responsabilidad por riesgo o quasi objetiva» (44), sin que exonere de responsabilidad «el dato de no hallarse presente el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquellos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 1962 (45), se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad de dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y

---

(41) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1983 (*RJ* 1983/1469); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 1999 (AC 1999/4247).

(42) *RJ* 1984/2396.

(43) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 1997 (AC 1997/2208); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.<sup>a</sup>, de 21 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/49305).

(44) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero, de 7 de febrero y de 23 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/304; *RJ* 1991/1151; *RJ* 1991/9479); de 7 de enero y 22 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/149; *RJ* 1992/7014); de 30 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5272); de 24 de mayo de 1996 (*RJ* 1996/3915); de 28 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5810); y de 11 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/4576), habla de responsabilidad por semi-riesgo, con proyección quasi objetiva; por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2006 (*RJ* 2006/1076); y de 10 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/7170) hablan, asimismo, de responsabilidad quasi objetiva.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, de 14 de mayo de 1992 (AC 1992/742); de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 27 de enero de 1993 (AC 1993/37); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 1997 (AC 1997/2208); de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de octubre de 1998 (AC 1998/7922); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 3 de mayo de 1999 (AC 1999/6141); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.<sup>a</sup>, de 9 de noviembre de 1999 (AC 1999/7622); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.<sup>a</sup>, de 14 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/182841); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.<sup>a</sup>, de 13 de mayo de 2000 (*JUR* 2000/180247); de la Audiencia Provincial de Teruel, de 29 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/201323); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2001 (*JUR* 2004/33028); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/75463); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 5 de abril de 2003 (*JUR* 2003/171110); de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.<sup>a</sup>, de 4 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/51195); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/151803); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/254663); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de julio de 2009 (AC 2009/2067).

(45) *RJ* 1962/5141.

salud importantes daños (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero y 7 de febrero de 1991; y de 7 de enero de 1992) (46).

En todo caso, esta tendencia moderna que tiende a la objetivación en la determinación de la responsabilidad de los padres sobre principios derivados de la teoría del riesgo (47), o bajo la idea de la obligación de garantía frente a la insolvencia del menor, encuentra también apoyo en nuestra doctrina y justifican que los padres respondan con independencia de su propia culpabilidad (48). Así se considera insuficiente y artificiosa mantener las presunciones de culpa *in vigilando* o *in educando* del artículo 1903.2; cuando se aprecia en la responsabilidad de los padres por culpa, ha variado en su fundamentación hacia un cierto matiz objetivo o «prácticamente objetivo» (49); o directamente se prescinde de la culpa del sujeto como presupuesto de tal responsabilidad, optando por calificar de objetiva tal responsabilidad paterna, al considerar que «aquella no es un criterio de responsabilidad por hecho ajeno, pues, el Código Civil impone la obligación de indemnizar al margen o con independencia de la culpa. La ausencia de culpa, es por tanto, una excepción que puede alegar el demandado, pero sin ninguna posibilidad real de éxito» (50); y en última instancia, con tal

---

(46) *RJ* 1991/304; *RJ* 1991/1151; y *RJ* 1992/149.

(47) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4247), responsabilidad por el riesgo creado; y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, de 17 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/243663).

(48) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 915; LEÓN GONZÁLEZ, J. M., «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. II, Eunsa, Pamplona, 1969, págs. 277-278; NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 31. Lo advierten, asimismo, GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 147; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «La responsabilidad civil derivada de hechos ilícitos cometidos por personas sujetas a patria potestad y tutela», en *Práctica. Derecho de daños*, núm. 41, septiembre de 2006, pág. 13; SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 656; ROCA TRIAS, E., «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Derecho de Daños. Textos y materiales*, de Encarna ROCA TRIAS y Mónica NAVARRO MICHEL, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 150-151; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los problemas de la responsabilidad civil por hechos ilícitos de los incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. II, Eunsa, Pamplona, 1969, pág. 76, ya hace años se aventuraba a advertir que, la doctrina de la responsabilidad por culpa en el ámbito civil está en crisis, ya que la responsabilidad subjetiva cede cada día más el paso a la responsabilidad objetiva.

En la doctrina italiana, FRANZONI, M., «*L'illecito*», en *Trattato della responsabilità civile*, Giuffrè, 2004, págs. 613-615, confirma la tendencia a la objetivización de la culpa y el progresivo abandono de la imputabilidad de los requisitos de la responsabilidad civil, defendiendo que el objetivo de la responsabilidad por hecho ajeno es garantizar al perjudicado la posibilidad de conseguir el resarcimiento.

(49) SANTOS BRIZ, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 564; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, 5.<sup>a</sup> ed., Difusa, Madrid, 2006, pág. 729; ROGEL VIDÉ, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial*, Madrid, 1977, págs. 128-129; del mismo autor, «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (Comentarios a la STS de 15 de febrero de 1975)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1976, págs. 1235, 1242, 1243 y 1248.

(50) NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 29 y 171, que añade: «el último párrafo del mismo artículo 1903

objetivación se tiende a buscar en último término a un responsable (51), pues, existe una relación social o de garantía en el sentido de asegurar en todo caso al perjudicado la reparación del daño, ante la posibilidad de que el que lo cause, resulte insolvente, y con ello, incapaz de indemnizar (52).

No falta, sin embargo, en la doctrina quien opta por la interpretación tradicional del precepto, considerando que la responsabilidad de los padres se fundamenta precisamente en la culpa; y, sin que una práctica judicial, precisamente no proclive a dotar de efectividad la causa exonerativa contenida en el último párrafo, varíe el sentido de la norma (53). Pues, de operar de otra forma, supondría tratar más severamente a los padres, frente a otras personas, como el personal docente, cuya responsabilidad también está prevista en el citado artículo 1903; o la de empleado-patrono, establecida para obtener lucro; asimismo, como acertadamente asevera YZQUIERDO TOLSADA, sorprendentemente estaríamos ante un nuevo «elemento de riesgo» para la sociedad, como es tener un hijo, pues viene a ser «lo mismo que explotar reactores nucleares o fabricar maquinaria agrícola o ácido sulfúrico» (54); y chocaría, tal pretendida objetividad, con el progresivo reconocimiento legal de la capacidad de autodeterminación del menor de edad, y de cierta dosis de autonomía en su actuación, al exigirse un mayor control y autoridad a quienes ejercen la patria potestad respecto de sus hijos menores, frente a la flexibilidad en tal control, que la propia evolución legislativa en materia de menores desde la reforma de 1981, viene imponiendo, cuando estamos ante menores con cierto grado de madurez y discernimiento (55).

---

permite alegar la falta de culpa como causa exonerativa, pero si no se alega o no se prueba suficientemente esa ausencia de culpa, la responsabilidad vendrá impuesta automáticamente. Además, el Tribunal Supremo no ha admitido nunca esta prueba liberatoria, con lo que establece una presunción de culpa *iuris et de iure*, y este tipo de presunciones no son propiamente tales, sino auténticas normas jurídicas que reciben una incorrecta formulación».

(51) Vid., sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/95774).

(52) PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona 2010, pág. 14.

(53) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, págs. 149-150; PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 34, señala que no podemos admitir la culpa como único fundamento de la obligación de reparar, pues, hay que agregarle la idea de garantía, destinada a asegurar a las posibles víctimas que los menores serán intensamente vigilados o, de lo contrario, se verán reparadas del daño sufrido; ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañinos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, pág. 439, acertadamente con posterioridad dispone que el temor a que las víctimas queden sin resarcimiento por daños causados por menores, quizás convendría que existieran unos fondos públicos —en la línea de la seguridad social— para los casos de daños fortuitos que provocan situaciones de desamparo (pág. 441). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 1 de julio de 1997 (AC 1997/1463); de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2000 (*JUR* 2000/270739), se considera excesivo obligar a los padres a conocer en cada momento las actuaciones de sus hijos, cuando estos las mantienen ocultas; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de febrero de 2009 (AC 2009/306).

(54) YZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual», *op. cit.*, pág. 255; del mismo autor, «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 914.

(55) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, págs. 150-151; ABRIL CAMPOL, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.*, pág. 37; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañinos

Lo cierto es que, como precisa el citado autor, pretender esa objetividad «no solo condena a los padres, sino que además, les insulta: los padres responden por ser negligentes, descuidados, ligeros e imprudentes en la educación o en la vigilancia de sus hijos. En suma, por ser malos padres. Poco importa también si los padres de un joven conflictivo han recabado el auxilio de las instituciones que, llevaron a cabo un seguimiento psicológico del mismo y elaboraron un informe para solicitar su ingreso en una residencia» (56).

Siendo conscientes y partidarios del sistema subjetivista que sigue el Código Civil en la fundamentación de la responsabilidad por hecho ajeno (57), las tendencias jurisprudenciales y doctrinales hacia la objetivación expuestas, nos exigen para este supuesto concreto, y en defensa de la exigencia de culpa, traer a colación y ponderar una serie de circunstancias que nos van a permitir determinar si en el proceder de los padres media o no culpa, esto es, a los efectos de lo previsto en el párrafo final del citado artículo 1903, si los progenitores emplearon o no la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, con la liberación en su caso de una eventual responsabilidad; y, asimismo, concretar y definir los límites de las facultades de vigilancia y control que forman parte del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC), en atención a la dignidad y el pleno desarrollo de la personalidad del menor.

Considera la doctrina como circunstancias a ponderar las siguientes (58):

La edad del hijo, como señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, juega en un doble sentido: «*a) Para determinar si el menor podía tener capacidad de discernimiento; b) Para determinar, en caso de que tuviera tal capacidad, el grado de diligencia exigible*» (59). De forma que, cuanto menor sea (un niño en sentido estricto de la palabra, un *infans*), su incapacidad natural de entender y de querer será mayor, al igual que la exigencia de los padres en el cuidado y vigilancia, ejerciendo con ello un control prácticamente total en toda la limitada esfera de actuación de aquél; a medida que aumenta la edad, y la capacidad de discernimiento del

---

sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, págs. 804-805, quien, asimismo, precisa que «a tenor de la postura jurisprudencial de una responsabilidad objetiva, se exige a los padres y los tutores una vigilancia y educación de tal tipo que dé como resultado la imposibilidad material de que se produzca ningún hecho dañoso. Porque si se produce es porque no ha existido la diligencia debida. Dicha vigilancia supondría excederse en las potestades que padres y tutores tienen sobre menores e incapacitados, negando a estos el ámbito de la libertad personal que les corresponde por su edad de acuerdo con el sentir social». Y, añade que «en la actualidad es totalmente impensable la férrea vigilancia y el estricto control que parece exigir el Tribunal Supremo, especialmente para los menores cercanos a la mayoría de edad, a los que en otros países se ha dado en llamar muy gráficamente "grandes menores"».

(56) YZOQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 916.

(57) En este mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5956, para quien la «objetivación» en la responsabilidad de los padres y tutores carece de buen sentido; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 150, quien, igualmente, señala que tampoco de *lege ferenda* cree que haya razones para consagrar la responsabilidad objetiva de los padres.

(58) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, págs. 168-169; GARCÍA VICENTE, E., «La responsabilidad de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración», en *Anuario de Derecho Civil*, 1984, págs. 1036-1038.

(59) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988 pág. 184.

menor, el control y la vigilancia paterna van disminuyendo, se relajan, en aras de un máximo respeto a la autonomía y autorresponsabilidad del propio menor, que nuestro ordenamiento jurídico postula como premisa básica. La doctrina y jurisprudencia francesa hacen referencia a una nueva categoría de menores «grandes adolescentes», en la que se encuentran incluidos aquellos cuya edad está más cercana a la mayoría de edad; y que poseen una suficiente capacidad para entender y querer, concediéndoles el ordenamiento una esfera de actuación cada vez más amplia; lo que hace mínimo o casi imposible el control y vigilancia que los padres pueden ejercer en su comportamiento. Por su parte, en esta línea, en el ordenamiento alemán se propugna la exoneración de los progenitores por los actos de sus hijos cuando estos se hallan cercanos a la mayoría de edad (parágrafo 832.1 BGB). En Italia que, a tales menores, se le califica de «grandes menores», existe algún pronunciamiento de los Tribunales, aun hay que señalar que esta no representa la tónica habitual, que ha eliminado la responsabilidad de los progenitores por los actos de estos «grandes menores» (60). Quizá en esta línea debería empezar a operar el legislador español.

En España se alude a la figura del «menor maduro» sustentada sobre la base legal de los artículos 154 y 162 del Código Civil —reformados por la Ley de 13 de mayo de 1981 y, además el primero por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional— en los que se dispone que la patria potestad se ejercerá siempre de acuerdo con la personalidad del menor y con respecto a su integridad física y psicológica, resultando exceptuados de la representación paterna *«los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»*; y, asimismo, en normas más específicas, como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 9.1 consagra el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado; o en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyo artículo 9.3.b) en menores con dieciséis años cumplidos y condiciones de madurez suficiente no cabe el consentimiento por representación. Recientemente, el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de julio de 2002, en relación con un menor de trece años que se negó a que le practicasen una transfusión por motivos religiosos y que, como consecuencia de tal decisión falleció, el Alto Tribunal, después de la anulación de la condena por homicidio contra los padres, señala de forma expresa que: «(...) en relación con lo dicho en otra sentencia de este mismo Tribunal, 141/2000 FJ5, “desde la perspectiva del artículo 16 CE, los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencia y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida la guardia y custodia o como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estudios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”». Y continúa manifestando que «(...) En el caso

---

(60) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos cometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, págs. 847-848.

*traído a nuestra consideración, el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico (...). Cobra especial interés que el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)». Sobre tales bases legales y jurisprudenciales, existe ya una conciencia de un cambio en el «status social del menor», de dotarle de un mayor grado de autonomía y de autodeterminación en lo que implica el desarrollo de su personalidad; lo que justifica que el «menor maduro» con una edad progresivamente cercana a la mayoría de edad, y con suficientes condiciones de madurez, esto es, con capacidad de entender y querer el acto concreto, a la par que aumenta su autonomía y autorresponsabilidad en cualquier ámbito de su actuación, disminuye el grado de influencia, control y vigilancia de la autoridad paterna; y por tanto, debería rebajarse en tal proporción el grado de diligencia exigible a los padres (61), pues, resulta contradictorio que los padres pierdan parte de su autoridad para controlar los actos de sus hijos, porque modernas corrientes psicopedagógicas y el propio artículo 10 de la Constitución Española parece orientarse en dicha dirección, y sin embargo, se siga exigiendo a aquellos la misma responsabilidad frente a cualquier actuación del hijo, como si no hubieran perdido esa parcela de representación legal. Se posibilita la actuación del menor dotándole de cierto margen de libertad, pero eso no se traslada en la misma proporción a la responsabilidad de los padres en el marco de su representación legal. Aunque no faltan pronunciamientos jurisprudenciales donde se señala que «la responsabilidad que dimana de la culpa propia del padre, madre o tutor por omisión del deber de vigilancia, no tenga relación con el grado de discernimiento del constituido en potestad» (62).*

Precisamente, el Código Civil catalán delimita la capacidad de obrar de las personas en función de su capacidad natural (art. 211-3.1), de forma que, considera al menor no emancipado no como una persona a la que afecta un principio de incapacidad de obrar aunque con algunas excepciones, sino como una persona investida de una capacidad de obrar de acuerdo con su capacidad natural, sin referirla a una edad determinada, si bien combinada con ella. De acuerdo con este planteamiento, la capacidad natural supone atribuir a la persona menor de edad no emancipada una capacidad de obrar en función de su capacidad de entender y querer en relación con un acto concreto; lo que permite establecer una valoración gradual no estrictamente dividida en etapas a lo largo de la vida de la persona. Esta capacidad de obrar limitada del menor de edad no emancipado coexiste al tiempo con la representación legal atribuida a los progenitores o al organismo tutelar; lo que tiene fiel reflejo en materia de responsabilidad de estos por actuaciones de los hijos o pupilos. Si bien, de acuerdo con la capacidad

---

(61) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2000 (*JUR* 2000/270739); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 2005 (AC 2005/516).

(62) Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 (*RJ* 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1469); y de 22 de enero de 1991 (*RJ* 1991/304). Igualmente, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.<sup>a</sup>, de 1 de junio de 2005 (*JUR* 2005/234904); y la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/254663).

natural del menor, la responsabilidad debería hacerse efectiva sobre patrimonio con posibilidad de actuar también sobre el patrimonio de los titulares de la patria potestad, pero solo cuando no pudiesen acreditar que emplearon toda la diligencia exigible para prevenir el daño.

Asimismo, relacionado con la edad también son circunstancias relevantes para determinar la culpa o no de aquellos y ponderar su grado de diligencia, el carácter más o menos agresivo, problemático o irresponsable del menor; sus hábitos, sus amistades y los lugares que frecuenta; su estado mental, su formación o el grado de desarrollo intelectual; y, por supuesto, su educación.

También, como posibles causas exonerativas de responsabilidad, si bien, afectantes en este caso, a la esfera de actuación de los padres, habría que hacer referencia a la imposibilidad de cuidado del menor durante todo el día, como consecuencia de una ausencia por motivos de trabajo, frente a la que tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de diciembre de 1962 (63), rechazando este motivo de exoneración considerando que «esto ocurre actualmente a todos los padres y si se estimase esta tesis, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por menores de edad» (64); o por tener limitados recursos económicos; o no estar presente al producirse el hecho (65); o, en fin, un número importante de hijos que dificultan la tarea de vigilar debidamente a todos ellos (66).

Por último, merecen tomar en consideración, circunstancias objetivas tales como haberle instruido adecuadamente acerca de cómo debe comportarse ante determinadas situaciones; o haberle prohibido realizar determinadas actividades que, no obstante, dieron origen a un daño; o, incluso, la propia ignorancia de los padres en una determinada actuación o comportamiento de su hijo menor; o en la práctica por este de actividades o juegos peligrosos, como manejo de explosivos, uso de armas, conducción temeraria de motocicletas o de automóviles; asimismo, la posible ausencia de medidas de seguridad ante instrumentos u objetos peligrosos; o, en fin, la fijación del lugar donde se desenvuelve la vida del hijo (medio rural o urbano) (67); el tipo de ciudad o barrio en el que habitan; o

---

(63) *RJ* 1962/5141.

(64) Vid., también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1977 (*RJ* 1977/1654); de 24 de marzo de 1979 (*RJ* 1979/919); de 22 de abril y 10 de junio de 1983 (*RJ* 1983/2118; *RJ* 1983/3517); de 22 de enero de 1991 (*RJ* 1991/304); de 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1151); y de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992/149). Y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 27 de diciembre de 1994 (*AC* 1994/2138); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de octubre de 1998 (*AC* 1998/7922) que se refiere, también como causas que no exoneran de responsabilidad al hecho que los padres tengan que trabajar o no puedan por circunstancias familiares o sociales estar siempre junto a sus hijos menores de edad, pues, de seguirse otro criterio «se llegaría a la total irresponsabilidad civil por los hechos realizados, quebrantándose criterio de equidad, y dejando sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo o salud importantes daños».

(65) Vid., sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992/149); y de 11 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1520).

(66) Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 (*RJ* 1979/919); y de 10 de junio de 1985 (*RJ* 1995/3968).

(67) La sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 1998 (*AC* 1998/3848), no responsabiliza a los padres al considerar que se limitaron a autorizar como es usual en pequeñas poblaciones en época de verano, primavera o principio de otoño, que su hija menor pudiera, acompañada de otras niñas de su edad, pasear en bicicleta por el casco urbano de la pequeña localidad en la que vivían.

la proximidad de aquél a una fuente de peligro, como una obra, una cantera, un depósito de materiales potencialmente nocivos, una cantera, una laguna, etc.).

A la vista de las circunstancias expuestas, pese al intento de los padres de demostrar la diligencia en su proceder, el Tribunal Supremo, como ya apuntamos, ha venido condenando sistemáticamente a los padres del causante del daño, pues, además, de hacer prácticamente inviable la referida pretensión de los progenitores, sigue predicando la irrelevancia de la capacidad de discernimiento o la madurez del menor de edad. No obstante, si alguna vez les ha eximido de responder no ha sido precisamente, por haber admitido la prueba de diligencia, sino por apreciar otros extremos, tales como que no se ha considerado probado que el daño fuera causado por el hijo (68), o por falta de causalidad —el daño no le era objetivamente imputable— (69); o que el perjudicado no se habían reservado en el proceso penal la acción civil contra los padres para su posterior ejercicio en vía civil (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de febrero de 1961) (70); o porque había quedado consumida en el proceso penal la acción civil (sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 1982); o bien, porque estamos ante un supuesto de responsabilidad *ex delicto* (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 1994) (71); o porque se ha considerado que el menor no ha obrado culposamente (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 1988 y de 28 de diciembre de 2001) (72); o, en fin, se entiende que el daño fue resultado de una «actividad lúdica inocua» (73).

Ahora bien, además de una responsabilidad por culpa (de carácter subjetivo, si bien, con inversión de la carga de la prueba de la culpa *in vigilando y/o in educando*), es comúnmente admitida que la responsabilidad de los padres conforme al artículo 1903 del Código Civil es directa y no subsidiaria de la del agente material del daño, pues, «quien sufre el daño puede exigírsela sin más al que responde por la persona que lo causó» (74); de forma que, quedan

---

(68) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 1959 (*RJ* 1959/484).

(69) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2005 (*RJ* 2005/4438).

(70) *RJ* 1961/326.

(71) *RJ* 1994/2097.

(72) *RJ* 1988/3116 y *RJ* 2002/3094. Como señala acertadamente YZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual», *op. cit.*, págs. 254-255, «se hace prácticamente imposible encontrar un solo caso en el que hayan logrado unos padres demostrar que fueron diligentes en la vigilancia o educación del menor o incapaz: responderán los padres, porque sencillamente son padres», y añade, «sería más realista decir que los padres y los tutores son responsables, aunque no sean culpables, pero una cosa así sería formalmente una atrocidad, chocaría contra el artículo 1090 y supondría un expediente de auténtica equidad contra ley. Sin embargo, el resultado es el mismo».

(73) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002/3094).

(74) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, 14.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2011, pág. 947. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1977 (*RJ* 1977/1654); de 3 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/8910); de 24 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/1251); 24 de mayo de 1996 (*RJ* 1996/3915); de 26 de junio y 28 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5395; *RJ* 1997/5810); de 12 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/4576); de 8 de marzo de 2006 (*RJ* 2006/1076); y de 10 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/7170); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.<sup>a</sup>, de 16 de mayo de 1998 (AC 1998/5315); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 3 de mayo de 1999 (AC 1999/6141); de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 27 de abril de

obligados los padres a responder junto al hijo, siempre, como veremos que, sea imputable civilmente (75); obviamente «no es una responsabilidad que sustituya a la del causante del daño, sino que es, además, de la de este, así que el perjudicado puede exigírsela a uno u otro» (76); es, asimismo, legal, en tanto que solo puede exigirse del modo y en los términos que la ley establece, al constituir un principio general sobre responsabilidad (77); y, como manifestamos en líneas precedentes, en la doctrina late la idea de que se trata de una responsabilidad por hecho propio, pues, la causa del daño es la falta de la debida diligencia en la vigilancia, dirección y custodia por los padres de sus hijos menores; el daño, por consiguiente, debe ser atribuido más que al autor material del mismo, a esa falta de vigilancia o diligencia de aquellos (78). Si bien, como matiza NAVARRO MICHEL, «la validez de este razonamiento, teóricamente impecable, depende de la vigencia de la culpa como criterio de imputación. Porque si la obligación de reparar viene impuesta por criterios objetivos con independencia de la culpa, no hay ningún hecho propio del que responder» (79). En todo caso, el propio legislador parte de la idea de hacer responsable a un tercero de las consecuencias lesivas de las acciones realizadas por otros, lo que permite a la víctima obtener la reparación de quien no ha sido precisamente el autor material del daño. Para ello, basa esta responsabilidad en una especial relación de dependencia familiar o cuasifamiliar, que une a aquél tercero (padre o tutor) con el menor causante del daño, sobre una presunción de culpa de los padres o tutores en el cumplimiento de su obligación de vigilar o educar a los hijos menores o tutelado. De forma que, esta responsabilidad subjetiva o por culpa —que, además se presume *iuris tantum*—, como responsabilidad por hecho ajeno, se funda en una culpa

---

1992 (AC 1992/612); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 4 de febrero de 1993 (AC 1993/132); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.<sup>a</sup>, de 30 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/223270); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2005 (*JUR* 2005/110247).

(75) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, págs. 151-152; SANTOS BRIZ, J., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 567; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 2159; PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, pág. 5956; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 729; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria*, 9.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 566, señalan que «desde el punto de vista procesal, la relación jurídica de este carácter está correctamente constituida demandando al primero, no se necesita que la demanda se dirija también contra el segundo». En la doctrina italiana, comparten la tesis de la responsabilidad de los padres como directa sobre la base de los artículos 2043-2059 del Codice Civile; CORSANO, L., «Tutela del damnificado e responsabilidad civil», en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 58, núm. 2, 2002, págs. 691-692.

(76) ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, pág. 948.

(77) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 26.

(78) ROGEL VIDE, C., «La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 126; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. II, Pamplona, 1969, pág. 86; SANTOS BRIZ, J., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 562; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 1234.

(79) NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 23.

*in vigilando y/o in educando*, de quienes en su momento no observaron una diligencia bastante en el cumplimiento de sus deberes como representantes legales; aunque cierta jurisprudencia reciente opte por justificar esta responsabilidad por hecho ajeno en el riesgo creado por el responsable, y en alguna forma culpable del daño causado a terceros (80).

## 2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATERNA

Para que tenga lugar la responsabilidad prevista en el artículo 1903 del Código Civil es preciso que el hijo se halle bajo la guarda de sus padres, que sea menor de edad o mayor de edad incapacitado, que haya causado daño a un tercero, y que aquellos no hayan obrado de manera diligente para evitar el resultado dañoso.

### A) *Acto dañoso del hijo objetivo y comúnmente negligente*

Para que exista responsabilidad aquiliana resulta necesario que entre una acción u omisión y el daño producido exista una relación de causalidad (81). A estos requisitos hay que añadir el adecuado factor de atribución, que permita justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio (art. 1902 del CC) (82). De forma que, para generar la responsabilidad de los padres resulta necesario como primer requisito, que el hijo haya actuado negligentemente, causando un

---

(80) En este mismo sentido, de considerar tal responsabilidad de los padres o tutores, como responsabilidad por hecho ajeno, YZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual», *op. cit.*, pág. 254; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 500; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *op. cit.*, págs. 732-733.

(81) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988/6854); y de 23 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9479).

(82) YZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual», *op. cit.*, pág. 109. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 1982 (*RJ* 1982/178); de 10 de mayo de 1985 (*RJ* 1985/2265); de 27 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/8053); de 30 de octubre de 1991 (*RJ* 1991/7246); de 25 de febrero y 19 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/1554; *RJ* 1992/10703); de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993/6277); y de 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000/5918). Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3.<sup>a</sup>, de 8 de enero de 2001 (*JUR* 2001/113728); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 18 de abril de 2001 (*JUR* 2001/210418); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.<sup>a</sup>, de 4 de junio de 2001 (*JUR* 2001/246406), falta de acreditación de la relación de causalidad entre los daños del vehículo y la conducta del niño; de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/78277); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.<sup>a</sup>, de 7 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/24877); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/76841); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/207483); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.<sup>a</sup>, de 8 de enero de 2009 (AC 2009/386), falta de acreditación de haber sido el hijo de los demandados el lanzador del proyectil; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009/461676); y de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2010 (*JUR* 2010/359084).

daño (83), y que entre tal comportamiento y el daño producido exista relación de causa efecto (84). Estamos ante lo que la doctrina califica de acto dañoso del hijo como objetivamente negligente y, en esa medida previsible y evitable por sus padres. Lo que significa que de haberse realizado por una persona imputable, la conducta se calificaría como culpable (85). De ahí que, la culpa del menor (civilmente imputable) no sea en todo caso requisito necesario para la aplicación del artículo 1903 del Código Civil, pues, la responsabilidad del guardador dimana de culpa propia por omisión del deber de vigilancia (86). Si bien, ello no impide que el hijo en su consideración de imputable civilmente —lo que resultará más probable, cuanto mayor edad y madurez tenga el menor— se le pueda exigir responsabilidad por hecho propio sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1902 del citado cuerpo legal, conjuntamente con los progenitores, respondiendo de forma directa y solidaria (87), salvo que aquellos prueben que observaron la

---

(83) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1628), falta de prueba del comportamiento irregular o culposo del menor; las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 12 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/307819); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/308459), daños ocasionados por los hijos de los demandados al rayar un vehículo ajeno; de la Audiencia Provincial de Teruel, de 29 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/201321), causó el menor las lesiones al tirar una piedra que alcanzó a otro menor; de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/32343), lesiones a vacas lecheras con pérdida de un ojo, y disminución de la producción lechera al dispararles los menores con escopeta de perdigones; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de junio de 2001 (*AC* 2002/40) lesiones ocasionadas a menor por agresiones del otro menor que, le ocasionó la pérdida de dos incisivos; de la Audiencia Provincial de Huesca, de 11 de abril de 2002 (*JUR* 2002/154292); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 22 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/77108), negligente conducta como ciclista; de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004/295575), rotura de luna de vehículo; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.<sup>a</sup>, de 24 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/35775), daños a vehículo de policía local causados por menores; de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/129569), acoso infantil; de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.<sup>a</sup>, de 12 de enero de 2006 (*AC* 2006/733); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/158729), daños causados al vehículo por rotura de la luna de cristal; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1837), lesiones en ojo causadas por menor al utilizar tirachinas; y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/227724), daños causados en mobiliario urbano propiedad de la administración local.

(84) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1977 (*RJ* 1977/1654); de 14 de marzo de 1978 (*RJ* 1978/815); y de 10 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1469).

(85) PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2159; MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2057.

(86) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/7170).

(87) En esta línea, PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.*, págs. 17 y 80-81; REGLERO CAMPOS, L. F., *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 129; ROCA TRÍAS, E., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, pág. 152. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 2002 (*RJ* 2002/1912), declara la responsabilidad del menor, solidariamente con la de sus padres, en base a que aquel contaba, por su edad, con suficiente capacidad volitiva e intelectual suficiente para comprender la trascendencia de sus actos y

diligencia requerida, en cuyo caso responderá directamente el menor que tenga suficiente discernimiento a tenor del citado artículo 1902 del Código Civil, con el riesgo para la víctima de que sea insolvente, lo que sucederán en la mayor parte de los casos (88). La inimputabilidad civil del hijo —esto es, su incapacidad de entender y querer por razón, por ejemplo, de su corta edad— no enerva la responsabilidad de sus progenitores (89).

Cuando cualquiera de los requisitos necesarios para hablar de responsabilidad extracontractual no se dan, así falta el necesario nexo causal por la existencia de distintos supuestos, como la culpa exclusiva de la víctima (90), o la intervención de terceros (91), o, estamos ante un caso fortuito —se trata de un lance propio del juego (92)— o fuerza mayor, puede no haber exigencia de responsabilidad para el hijo menor, ni para los padres, esto es, una total exclusión de la responsabilidad, o puede, en todo caso, determinarse una reducción de la misma.

Efectivamente, cuando el daño es imputable en exclusiva a la víctima, no hay responsabilidad del menor ni de los padres (93); si, en cambio, la hay —si

---

los posibles riesgos y resultados de los mismos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de septiembre de 2002 (AC 2002/1681) responsabilidad directa de los menores y solidaria de sus representantes legales.

Aunque, como señala PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á., «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Curso de Derecho Civil*, vol. II, *Derecho de Obligaciones*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 3.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 916, resulta discutible si la responsabilidad de los padres y del menor es solidaria o subsidiaria.

(88) Ante esta posibilidad, DÍAZ-ALABART, S., «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad», en *Poder Judicial*, núm. 23, septiembre de 1991, págs. 138-139, aboga por dejar a la víctima del daño sin indemnización, mientras PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.*, págs. 83-84, propone articular a través de una ley la creación de un Fondo de Garantía de naturaleza pública. Lo que no parece muy probable en tiempo de crisis como el de ahora.

(89) ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañinos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, pág. 455. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1469); de 22 de enero de 1991 (*RJ* 1991/304); de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992/149); de 30 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5272); y de 10 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/7170).

(90) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 17 de abril de 2002 (*JUR* 2003/62362); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, de 23 de junio de 2005 (*JUR* 2005/233765).

(91) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2730), inexistencia de culpa concurrente en el menor de cuatro años que cayó en pozo séptico cuya arqueta carecía de tapadera en edificio en construcción abandonado pero accesible por varios puntos desde el exterior; ni de sus padres. Responsabilidad solidaria del promotor-constructor y del Ayuntamiento; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, de 19 de abril de 2000 (*JUR* 2000/196251), omisión del deber de vigilancia por los anfitriones saliendo de dar un paseo y dejando solo a los menores. Se había dejado a estos por sus padres en la casa de los actores para su cuidado.

(92) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002/3094); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2001 (*JUR* 2009/258684); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 11 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/4875).

(93) NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hijos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 126, precisa, «por un lado, que el comportamiento de la víctima sea imprevisible e inevitable para el agente; y por otro, que el comportamiento de la víctima rompa el nexo causal». Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988/9469); de 7 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7466); y de la misma

bien limitada en su alcance—, cuando en la producción del daño interviene tanto el agente material del mismo, como la propia víctima (94); o el menor con terceros (95). Estamos ante concurrencia de causas o de concausas, no tanto de concurrencia de culpas (96), cada uno responde de los daños que haya causado y que le sean objetivamente imputables; de forma que, la reparación alcanza hasta donde lleguen las responsabilidades exigibles a cada uno de los interviniéntes en el resultado dañoso (97), que puede implicar una moderación

---

Sala, Sección única, de 24 de octubre de 2003 (*RJ* 2003/7519). Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de enero de 1999 (*RJ* 1999/1051).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995/8636), condena al propietario de la máquina cosechadora autopropulsada por el accidente sufrido por el menor de cuatro años de edad, declarando improcedente la culpa exclusiva de la víctima sobre la base que «a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios daños, y no lo ha hecho esta Sala. Sí que se han tenido en cuenta, en ocasiones, las conductas de menores ya capaces de discernir, y también de sus propios movimientos que, son, en ocasiones, los únicos de los que puede hablarse como causantes del daño».

(94) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5547).

(95) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.<sup>a</sup>, de 24 de marzo de 1999 (*JUR* 2006/276171), daños a menor como consecuencia de manipulación de ácido acústico existente en cajeta de camping que conlleva responsabilidad de menores que la colocaron en dicho lugar, del responsable del camping por falta de vigilancia, y del supermercado y dependientes por haber vendido dicho material.

(96) YZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual», *op. cit.*, pág. 207; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hijos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 127.

Vid., también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984/6118); de 1 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/650); de 24 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989/7908); de 28 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3940); de 27 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/10154); de 30 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5272); y de 12 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996/7955); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.<sup>a</sup>, de 24 de marzo de 1999 (*JUR* 2006/276171); de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de mayo de 2000 (*AC* 2000/4336); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/171226); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.<sup>a</sup>, de 17 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/199283).

(97) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, págs. 185-186.

Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/650), «no se trata de compensar culpa con culpa, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal deducir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum* de la indemnización»; de 5 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/992); de 28 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3940); de 4 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991/7930); de 20 de julio de 1995 (*RJ* 1995/4933); de 5 de octubre de 1995 (*RJ* 1995/7020); de 25 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6655); de 3 de octubre de 1996 (*RJ* 1996/7009); de 5 de junio de 1997 (*RJ* 1997/4606); y de 9 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5547), en la que se modera la responsabilidad del menor demandado y la de los padres, ante la negligencia concurrente de la víctima a la que acompañaba el menor; asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 11 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2114) ante la muerte de un menor por derrumbamiento de viga y pared interior de una casa abandonada y deficientemente cerrada, en un caso de concurrencia causal de la actuación de la víctima, señala que «...existe un claro nexo

de la cuantía indemnizatoria (98), sin que por supuesto, puedan compensarse las culpas (99). Si bien, no faltan resoluciones que optan por la concurrencia de culpas (100).

Por otra parte, los padres en la medida que son responsables frente a los actos dañosos de sus hijos tanto estos sean imputables o inimputables civilmente, cuando concurren con terceros en la producción del resultado dañoso, responden en función de su contribución, esto es, del alcance de su intervención en el hecho dañoso (101), sin perjuicio, como veremos, de responder

---

causal entre aquella negligencia, mantenimiento del inmueble en estado de abandono, sin adecuado cerramiento, y el daño resultante, nexo que no anula la acción de los menores aunque esta pudiera haber contribuido a la producción del evento dañoso, lo que puede comportar una moderación de la indemnización, no ya por una compensación de culpas, sino por su concurso contribución al nexo causal».

(98) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1151); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.<sup>a</sup>, de 17 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/199283), atribución de un 75 por 100 de responsabilidad a la víctima y de un 25 por 100 para los padres del menor; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.<sup>a</sup>, de 12 de junio de 2008 (AC 2008/1548), reducción de la responsabilidad en un 40 por 100.

(99) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/7884), que aclara que no se trata, precisamente de que se compensen las culpas, pues «estas no siempre se dan, como en el caso, desgraciadamente frecuente, de que participe un menor; se trata de concurrencia de causas, en que el nexo causal se determina tanto por la conducta de uno (que es demandado como causante del daño) como del otro (que aparece como víctima y es demandante), lo cual provoca como consecuencia que la indemnización por el daño causado, no se puede imputar exclusivamente a uno de los causantes, sino que se debe repartir». Sin embargo, posibilita la compensación de culpas, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/171226).

(100) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de mayo de 2000 (AC 2000/4336); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/134836); de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2002 (*JUR* 2002/163928), responsabilidad de los padres por falta de vigilancia, ya que la estatua no habría caído de no haber sido por la fuerza que le fue aplicada por el menor, al apoyarse en ella para asomarse por encima del muro. Atribución del 15 y 85 por 100 de responsabilidad, respectivamente; y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.<sup>a</sup>, de 14 de abril de 2008 (*JUR* 2008/225961).

(101) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992/149); de 5 de abril de 1995 (*RJ* 1995/3414); y de 11 de abril de 1995 (*RJ* 2000/2148). En la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 26 de marzo de 2004 (*RJ* 2004/1952), ante el fallecimiento de un menor de ocho años al encaramarse a máquina-grúa estacionada en vía muerta por electrocución, se condena solidariamente a RENFE por tener las instalaciones abiertas y sin vigilancia, además de a Segur Ibérica, S. A., y a Banco Vitalicio de España, S. A., y se aprecia en la madre una concurrencia causal en el resultado, al no mantener al hijo bajo un mínimo control desde la hora de la comida hasta la caída de la tarde, de un simple 10 por 100.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2002 (*JUR* 2002/163928), se aprecia concurrencia de culpas de los padres y de los dueños de un restaurante, atribución a aquellos de un 15 por 100 y a esto un 85 por 100 de responsabilidad; de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5.<sup>a</sup>, de 28 de diciembre de 2006 (AC 2007/155); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/294518); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/133131).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1983 (*RJ* 1983/867), ante la no posible determinación del sujeto responsable, ante la lesión

solidariamente con aquellos frente a la víctima —sin perjuicio del derecho de regreso entre responsables—, cuando los padres, como representantes legales del hijo, demanden una reparación por las lesiones que ha sufrido el menor en nombre de este.

Como con frecuencia, las víctimas de los actos dañosos y los causantes de los mismos son menores de edad, cabe también apreciar negligencia en el proceder de los propios padres del menor dañado, en concurrencia con los padres del agente material del daño (102) o con terceros (103). Así, si los padres como representantes legales reclaman para sí la reparación del daño sufrido por su hijo menor, y a ellos tan solo resulta imputable el daño, no tendrán derecho a ninguna reparación; mientras que si han contribuido a la causación del daño con la conducta de otro u otros, se reducirá (moderará) aquella en la proporción de su contribución al resultado dañoso (104). De reclamar los progenitores la indemnización en nombre del hijo por las lesiones producidas en el menor, no se procede, pese a concurrir con terceros en la producción del daño, a tal reducción, sino que responden solidariamente, pues, son varios los corresponsables del mismo daño (105).

Ahora bien, tal como hemos señalado, los padres están obligados a prevenir los actos objetivamente negligentes de sus hijos menores; así ante un comporta-

---

causada en un ojo por un grupo de niños que estaban jugando, el ponente de esta sentencia Jaime SANTOS BRIZ, hace a todos responsables solidarios del resultado dañoso.

(102) En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/6544), se condena tanto a los padres del menor dañado como a los del menor que causa el daño, atendiendo a un concurso de culpas, pues, «los hijos del demandante y del demandado jugaban sin resultar vigilados, ya que sus respectivos padres se encontraban en la barra del bar cuando ocurrió el accidente, en el exterior del mismo —es evidente que el accidente se produce por *culpa in vigilando* de los padres—, por lo que se debe tener en cuenta esa circunstancia y la indemnización a establecer se debe graduar en relación a la desatención por cada uno de los padres, por lo que el patrimonio del menor lesionado ha de ser indemnizado, pero no solamente a expensas del patrimonio del tío del mismo». No obstante, atendiendo al principio compensatorio del artículo 1103 del Código Civil, se entiende que el padre del menor (tío de la víctima) que portaba un juguete susceptible de crear una situación de riesgo habrá de responder en mayor medida que el del menor lesionado.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5272), existe concurrencia de culpas, de la víctima portando una escopeta de perdigones, como del propio menor que causa lesión a aquél en un ojo por disparo de pistola de aire comprimido, como los progenitores de ambos por omisión del deber de vigilancia. Vid., también las sentencias de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/1071); de 27 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993/6746); de 4 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/3891); y de 17 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/1426); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.<sup>a</sup>, de 19 de octubre de 2004 (*JUR* 2005/8169).

(103) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de marzo de 2004 (*RJ* 2004/901).

(104) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1993 (*RJ* 1993/1251); de 27 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993/6746); de 4 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/3891); y de 17 de febrero de 1997 (*RJ* 1997/1426).

(105) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 187, quien, asimismo, cita la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1983, donde, en cambio, se rebaja la indemnización a favor del hijo víctima del daño, pese a existir culpa de su madre, «no solo por el juego del artículo 1103 del Código Civil..., sino también por evidentes razones de equidad y de lógica».

miento culposo de estos, que ocasione un daño a un tercero, además de aquellos (art. 1902 del CC), han de responder los padres en la medida en que podrían haber previsto y evitado el resultado dañoso empleando la diligencia de buen padre de familia en la vigilancia o educación de sus hijos menores; pero, también, hablamos de responsabilidad paterna, cuando el resultado dañoso fuera causado por un acto negligente desde el punto de vista objetivo de menores que son inimputables civilmente, esto es, con una limitada capacidad de discernir que les permita entender el alcance y consecuencias de su comportamiento, pues tal limitada capacidad representará siempre una circunstancia valorable a la hora de determinar la responsabilidad civil culposa del menor, pero irrelevante a la hora de juzgar la de los padres. En este caso, estos responderían por hecho propio, a diferencia del otro supuesto expuesto de menor de edad, imputable en atención a su edad y grado de madurez, donde este responde por hecho propio y, los padres por hecho ajeno (106).

De lo dicho resulta, como es un parecer común en la doctrina y jurisprudencia que la imputabilidad civil del hijo no es presupuesto de responsabilidad paterna, ya que la presunción de culpa que pesa sobre los padres en la actuación de sus hijos menores, no queda destruida porque el hijo puede ser considerado no culpable, o responsable conforme al artículo 1902 del Código Civil. Los padres responden siempre ante un acto objetivamente negligente del menor que produzca daño—aun no siendo este imputable civilmente—; no así de los actos objetivamente diligentes, aún con resultado dañoso (107).

#### B) *Guarda paterna*

La reforma operada en el artículo 1903 del Código Civil por la Ley 11/1983, de 13 de mayo, eliminó como requisito de la responsabilidad el de la convivencia de los padres con el hijo, que en cambio continúa siendo una exigencia del precepto para el caso de los tutores. De forma que, aunque no sea precisa la convivencia con el hijo menor para responder de sus actos, no obstante, los poderes de guarda se mantienen (108). Igualmente, con la citada reforma se suprime la mención a la minoría de edad de los hijos. No obstante, resulta obvio que subsiste la patria potestad durante la minoría de edad, dejando a salvo los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada del hijo mayor de edad

---

(106) LATOUR BROTONS, «Responsabilidad civil de los incapaces», en el *Libro Homenaje a Ramón María Roca-Sastre*, T. II, Madrid, 1976, págs. 155 y 160-161; ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.*, 35-36.

(107) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 185-186; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, págs. 154-155; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2159; ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.*, pág. 34; VON WICHMANN ROVIRA, *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, vol. 3.<sup>º</sup>, coordinador: J. F. DELGADO DE MIGUEL, Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 2003, pág. 1087. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 29 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/201321).

(108) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/64000), presunción legal que los padres tienen en su compañía a sus hijos menores.

incapacitado (109). De ahí que, para la operatividad del artículo 1903 ha de tratarse de hijos menores de edad sometidos a guarda. De forma que, los padres solo responden de los actos dañosos de sus hijos menores de edad no emancipados y que estén bajo su guarda. No existe ya diferencia entre el actual Código Penal y Código Civil a los efectos de sancionar y exigir la correspondiente responsabilidad respecto a los menores no emancipados, pero mayores de diecisésis años, por los daños causados por ilícitos penales y civiles respectivamente. Recordemos que, la edad penal antes de la reforma del Código Penal de 1995 era a los diecisésis años, de forma que los padres no respondían por los daños causados por los ilícitos penales de los hijos con tal edad, todo ello claro está, sin perjuicio de lo dispuesto en la LORPM (110).

Quedan fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, los menores emancipados, cualquiera que sea la causa de emancipación, por matrimonio o por concesión (111). Se le considera mayor para regir su persona y sus bienes, si bien, con las limitaciones legales previstas en el artículo 323 del Código Civil, entre las que no se encuentra precisamente, la de indemnizar por los daños y perjuicios causados.

---

(109) No obstante, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.<sup>a</sup>, de 24 de junio de 1998 (AC 1998/1185), sobre la base de la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup>, en sentencia de 23 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6854), y de 8 de mayo de 1990 (RJ 1990/3690), establece la responsabilidad de los padres propietarios de vehículos por la actuación de los hijos que los conducen, aunque sean mayores de edad, y la responsabilidad es solidaria por falta de control en la utilización del vehículo de acuerdo con el artículo 1903 del Código Civil. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de diciembre de 1993 (AC 1993/2509), por el incendio provocado por la manipulación de una motocicleta en el interior de una vivienda por parte del hijo mayor de edad, los daños por humos y lesiones producidas a terceros son responsabilidad del «cabeza de familia», responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva.

(110) En esta línea, no le parecía razonable a DÍAZ-ALABART —si bien, con relación al Código Penal anterior a la reforma de 1995—, la responsabilidad *ex artículo 1903* del Código Civil, de los padres por los daños causados por los actos ilícitos civiles de sus hijos no emancipados pero mayores de diecisésis años, pues, «aunque en la responsabilidad civil lo que importa es el daño causado, sin tener en cuenta que procede de ilícito penal o civil, de lo que no cabe duda es de que no respondiendo los padres del daño producido por un ilícito penal, no hay razón mayor para que respondan del causado por uno civil, que en cualquier caso es menos censurable». Así, añade, «yo diría que más que extender, apoyándose en el artículo 1903 del Código Civil, hasta los dieciocho años, la responsabilidad de los padres por los daños causados por ilícitos penales de sus hijos, lo procedente es reducirla hasta los diecisésis años, apoyándose en el artículo 20 del Código Penal». Vid., DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, pág. 837.

(111) Esta es la opinión unánime de la doctrina en este punto, vid., DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, págs. 838-839; YZOQUERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de los menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I)*, Madrid, Ediciones ICAI, 1984, pág. 177; PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, pág. 5956; ROMERO COLOMA, A. M.<sup>a</sup>, «En torno a la responsabilidad civil de los padres (a propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, año LXXVIII, noviembre-diciembre de 2002, pág. 2398.

El menor emancipado ha salido de la patria potestad, no está sometido a la guarda de los padres; en consecuencia, solo a él le corresponde la responsabilidad *ex artículo 1902* del Código Civil por los daños causados por los ilícitos civiles que cometía.

El Código Civil italiano de 1942, en su artículo 2048 especifica que los padres responden del daño causado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados. Al igual que el artículo 482 del Código Civil francés, que señala que: «el menor emancipado cesa de estar bajo la autoridad de su padre y madre. Estos no son responsables de pleno derecho por su sola cualidad de padre o madre, de los daños que el hijo pueda causar a otro, con posterioridad a la emancipación», por lo que tales ordenamientos operan en la línea expuesta.

No obstante, se ha planteado por algún autor la posibilidad de que el padre responda de los daños causados por el hijo menor emancipado, al haber actuado imprudentemente en la concesión de la emancipación, ya que, el hijo no estaba preparado para ello, con la consiguiente exigencia de responsabilidad al padre por el acto ilícito del hijo (112). A la dificultad de la prueba por parte de la víctima, como apunta DÍAZ-ALABART (113), hay que añadir que, en este concreto supuesto, en todo caso, la responsabilidad que podría exigir al padre, operaría no por la vía del artículo 1903, sino del artículo 1902 (114). Por otra parte, en esta línea, si bien, empleando otro argumento, con el que llegar al mismo resultado, se ha afirmado que, el padre puede haber emancipado a su hijo para eludir su responsabilidad, siendo tal emancipación fraudulenta, y, aplicando, por tanto, la norma que se ha tratado de eludir, que no es otra que el indicado párrafo 2 del artículo 1903. Mas, como acertadamente señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, la solución no es tan sencilla: «en primer lugar, será difícil probar las razones que han movido a los padres para conceder la emancipación y, en segundo lugar, aunque pudieran presumirse, dados los antecedentes del menor, la emancipación es una oportunidad que la ley concede a los padres para renunciar a la patria potestad, cuando así lo estimen conveniente, y con el consentimiento del propio interesado, el menor» (115).

A los menores emancipados, se asimila los menores de vida independiente con consentimiento paterno, a los que el artículo 319 del Código Civil considera como emancipados a todos los efectos, y aunque no queda extinguida la patria potestad, al ser revocable el consentimiento paterno, si podemos señalar que, se halla en suspenso el ejercicio de la patria potestad, deja, por tanto, de estar

---

(112) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. 2.<sup>º</sup>, Madrid, 1956, pág. 689.

(113) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañinos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, pág. 839; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 81-82, quien precisa como dificultades probatorias, «por un lado, la ausencia de presunciones a favor del perjudicado, y, por otro, inadmisión de la causación del daño como prueba de la culpa paterna en la emancipación».

(114) YZOQUERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de los menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Estudios sobre incapacidad e Instituciones Tutelares (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I)*, Ediciones ICAI, Madrid, 1984, pág. 177.

(115) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 68.

sometido a la guarda de los padres; y, puede responder de sus actos dañosos, puesto que por definición tiene autonomía económica (116).

Ahora bien, no faltan quienes de nuevo apuntan la posibilidad de exigir responsabilidad a los padres, cuando se pruebe la negligencia paterna en la concesión de la emancipación por vida independiente al hijo que no se hallaba preparado para ello, bien porque se ha concedido de modo precipitado, o para eludir sus responsabilidades para con los hijos (117). Si ello sucede, la víctima podrá considerar fraudulenta la emancipación y pedir su nulidad, amén de la consiguiente responsabilidad civil a los progenitores (118). Pero tales planteamientos no obstante, son objeto de rechazo por una parte de la doctrina como también lo son en relación con el menor emancipado, porque en este supuesto, como precisa NAVARRO MICHEL, «el perjudicado deberá probar no solo la negligencia de los padres para dar su consentimiento inicial para la vida independiente, sino su culpa en el mantenimiento de ese consentimiento, ya que este es revocable» (119). No se escapan las dificultades de prueba, a la que, obviamente, habrá de sumarse que para el caso no rige el artículo 1903, sino el artículo 1902. De todas formas, como precisa YZQUIERDO TOLSADA, «se trata de un supuesto excepcional, pues, la regla general ha de ser la que hace responsable por los daños causados por el menor emancipado solo a este y lo mismo por los que cause un menor con vida independiente, a quien la ley asimila al emancipado a todos los efectos (art. 319), por más que la revocabilidad de la situación signifique, no la extinción de la patria potestad, sino solo la suspensión de la misma» (120).

En todo caso, para que la emancipación exima a los padres, debe ser anterior a la producción del hecho lesivo, ya que tiene lugar posteriormente a tal evento, no perjudica a terceros.

Por tanto, quedan excluidos de la aplicación del artículo 1903.II, los padres cuya patria potestad haya quedado extinguida, así, en los términos vistos, los padres no tienen la guarda de los menores emancipados desde la inscripción de la misma en el Registro Civil, ni la de los menores de vida independiente. En cambio, se incluye en su ámbito de aplicación, además de los hijos menores de edad no emancipados, a los hijos sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 171 del CC) por hallarse estos incapacitados y bajo la guarda paterna, salvo que la sentencia de incapacitación excluya la guarda de los padres en la esfera personal por estimar que el hijo tiene al efecto suficiente

---

(116) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 185-186; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 156; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, págs. 840-841.

(117) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 921; ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, págs. 449-450.

(118) ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 2003, pág. 30; MARTÍNEZ VELENCOZO, L. M., «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pág. 11.

(119) NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 82.

(120) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, págs. 921-922.

discernimiento y, por tanto, limite excepcionalmente su capacidad a la esfera patrimonial (121).

En este contexto, la responsabilidad civil aparece vinculada a la patria potestad no tanto a su titularidad, como a lo que representa su ejercicio, pues la guarda presupone precisamente este (122). No parece lógico hacer responsable a quien no ejerce la patria potestad, y no tiene la guarda del menor. En todo caso, tras su supresión del texto de la norma por la Ley 11/1981, la convivencia de padres e hijos ya no es presupuesto de la responsabilidad paterna, aunque, lo cierto es que, el deber de los padres de tener a los hijos en su compañía forma parte del contenido personal de la patria potestad (art. 154.II.1.<sup>o</sup> del CC —velar por los hijos—).

La patria potestad sobre los hijos se atribuye por el hecho de la filiación al padre y a la madre, salvo en los supuestos previstos en el artículo 111 del Código Civil, que establece la exclusión de la patria potestad cuando el progenitor haya sido condenado a causa de las relaciones que obedezcan a la generación, según sentencia penal firme o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En estos casos queda excluida, como efecto legal de la filiación, la atribución de la patria potestad, cuya titularidad la ostenta el padre y la madre desde el nacimiento del hijo hasta su extinción, que tiene lugar, según dispone el artículo 169 del Código Civil, por la muerte o declaración del fallecimiento de los padres o del hijo, por la emancipación o por la adopción del hijo; y siempre que ninguno de ellos se vea privado de aquella por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa matrimonial o criminal (art. 170 del CC). La cotitularidad y el coejercicio de la patria potestad de los padres sobre los hijos representan la regla general, reconociéndose a aquellos un conjunto de derechos y facultades que, sustancialmente se recogen en el artículo 154 del Código Civil, así como representarlos y administrar sus bienes. Asimismo, la patria potestad se podrá ejercer conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156.1 del CC).

En este ejercicio conjunto de los progenitores, ambos deberán responder por los daños ocasionados por su hijo, salvo que pudieran demostrar ambos o uno de ellos, que obraron diligentemente, lo que resulta prácticamente imposible por la tendencia jurisprudencial hacia la objetivación apuntada (123).

Ahora bien, es claro que el legislador cuando atribuye a ambos progenitores la patria potestad y su correspondiente ejercicio, parte de la existencia de una situación de convivencia y de unidad de actuación o de criterio que de no darse, determina así la adecuación de la norma general a la situación particular que representa: el cese de la convivencia (separación, nulidad, divorcio, ruptura de la unión de hecho), o, el desacuerdo reiterado o puntual de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, o la declaración de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores; o, en fin, la separación temporal de estos y, la distribución entre ellos de las funciones en qué consiste la patria potestad.

---

(121) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 156, nota 32; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 922.

(122) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 157.

(123) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/23356).

Veamos estas diversas hipótesis. En caso de desacuerdos entre ambos padres, hay que distinguir, por un lado, si estos son reiterados, en cuyo caso, el juez podrá atribuir temporalmente el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, que será entonces el llamado a responder conforme al artículo 1903 del Código Civil, de los daños ocasionados por sus hijos menores; o podrá limitarse a distribuir entre ellos sus funciones —medida que no podrá exceder nunca de dos años—, de forma que será responsable aquel en cuyo ámbito de actuación (atribución de funciones) designado se haya producido el daño. A igual resultado, se llega en el caso que concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad; y, por otro, si, simplemente, se trata de desacuerdos puntuales, el juez podrá atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre, correspondiéndole solo a quien tenga tal facultad decisoria la responsabilidad ante la causación de un daño por el hijo (124).

El artículo 156 del Código Civil contempla, además, la hipótesis apuntada de que uno de los progenitores sea declarado ausente o incapacitado, o se halle imposibilitado de hecho para el ejercicio de la patria potestad, correspondiendo al otro progenitor el ejercicio en exclusiva, resultando responsable consecuentemente de cualquier daño que causen los hijos que se encuentran bajo su potestad (apartado 4). E, igualmente, hace referencia al caso de que los padres vivan separados. La patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. No obstante, como establece el apartado 5, el juez, a solicitud del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre, las funciones, inherentes al ejercicio. Para el supuesto que el juez opte por el ejercicio conjunto, la responsabilidad recae en ambos; en el caso de ejercicio por uno de los padres, que será con el que el hijo conviva, le corresponderá responder, pues, el hecho mismo de la convivencia facilita la prueba exonerativa del no conviviente (125); si, finalmente, se distribuyen las funciones, para determinación del responsable *ex artículo 1903*, habrá que concretar en qué ámbito de decisión se ha producido el daño.

Finalmente, ante situaciones de crisis matrimoniales, aunque no queda afectada la titularidad de la patria potestad, sí, en cambio, el ejercicio, pues, deberá acomodarse a la nueva situación de ruptura de la convivencia. En principio, la guarda de los hijos se separa del conjunto de deberes y facultades que corresponden a ambos cónyuges para ser atribuida a uno en exclusiva, o a uno y a otro alternativamente; y lo que en situación de normalidad es una facultad entre muchas de las que integran la patria potestad, en los casos de ruptura se convierte en el elemento determinante de la función que a los padres compete sobre sus hijos. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges; o acordar el ejercicio compartido (art. 92.4 y 5 del CC).

Puede definirse la guarda como «aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribu-

---

(124) No obstante, como precisa GÓMEZ CALLE, «la dificultad estará en apreciar negligencia en su actuación, cuando la misma contó con el respaldo del Juez, después de oír al padre o a la madre, o al propio hijo». Vid., GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 159.

(125) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 160.

ción unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guardia compartida y alterna) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia, y desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo culpa o negligencia» (126).

Dos son las tendencias en la doctrina en torno a tal conceptualización. La de quienes conciben el contacto directo, físico y continuo con el hijo como elemento esencial de la guardia y custodia. Estamos ante un concepto restringido (127). Y la de quienes, optando por una noción amplia de esta institución involucran la educación y formación integral de los hijos, esto es, se sobrepasa el mero cuidado o protección física de estos. La guardia y custodia no solo comprende la cohabitación con el menor, sino el conjunto de funciones de relieve personal, que no son totalmente privativas de la persona a quien se ha atribuido la guarda y custodia, sino que, en parte, deben observarse por el progenitor no custodio. Se hace referencia a las funciones esbozadas en el número primero del artículo 154 del Código Civil: derecho-deber de velar, de tener a los hijos en compañía y de procurarles alimentos, educación y formación integral. Aunque se precisa, que estas funciones no pueden ser desarrolladas en plenitud por los dos padres en caso de separación o divorcio matrimoniales, radicándose en uno solo las funciones de carácter personal diario y cotidiano relativas al hijo (128).

Sobre tales bases, en atención al tema que nos ocupa, LACRUZ BERDEJO señala que «la obligación comprende a ambos progenitores, siempre que ambos tengan “la guarda” del menor, expresión que habrá de interpretarse con amplitud, pues, de lo contrario, resultaría que el progenitor que presta más directamente sus cuidados y compañía al menor, el que se sacrifica más, resultaría el más responsable». No es necesaria —continúa— la convivencia para que exista responsabilidad de los padres, aunque sí para que se dé la del tutor, cosa que se deduce con facilidad comparando el tenor del párrafo 2 del artículo 1903 («se encuentran bajo su guarda») con el párrafo 3.<sup>o</sup> («habitan en su compañía»). Por esta razón, no dispensa de responsabilidad el hecho de habitual separadamente de los hijos y ni siquiera el encontrarse separados los cónyuges» (129). En esta línea, para DE ÁNGEL YAGÜEZ, «en el caso de separación judicial, nulidad y divorcio, parece

---

(126) GUILARTE MARTÍN CALERO, C., «Comentario del nuevo artículo 92 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, director: Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 135-136.

(127) RIVERO HERNANDEZ, F., «Comentarios al artículo 92 del Código Civil», en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, coordinador: LACRUZ BERDEJO, J. L., Madrid, Civitas, 2.<sup>a</sup> ed., 1994, pág. 1024.

(128) RAGEL SÁNCHEZ, L., «La guardia y custodia de los hijos», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, pág. 289; LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 58-59. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, de 5 de febrero de 1993 (AC 1993/689); de la Audiencia Provincial de Orense, de 28 de febrero de 2005 (JUR 2005/96794); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 3 de abril de 2009 (JUR 2009/220677).

(129) LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., «Elementos de Derecho Civil», T. II, «Derecho de Obligaciones», vol. II, «Contrato y cuasicontratos. Delito y cuasidelitos», *op. cit.*, pág. 502. En el mismo sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2001 (JUR 2002/44482); y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2005 (JUR 2005/96794).

que cónyuge responsable es aquel que tenga encomendada la guarda del menor [art. 90 A) y 91 del CC], aunque hay que tener presente que si se considera la culpa *in educando* como fundamento (o al menos uno de ellos) la responsabilidad a que nos venimos refiriendo, podría hacerse extensiva la responsabilidad al otro progenitor en cuanto hubiere participado en la educación del hijo». Si bien, precisa a continuación «la letra del precepto, sin embargo, parece abonar la tesis restrictiva» (130).

Lo cierto es que el artículo 1903 del Código Civil, cuando emplea la expresión *se encuentran bajo su guarda*, la mayoría de la doctrina opta por un criterio restrictivo en cuanto a su alcance, así en el caso de crisis de pareja, matrimonial o no, que dé lugar a una resolución judicial que atribuya la custodia a uno de los progenitores (arts. 90 y 92 del CC), solo aquel que lo tendrá bajo su guarda, con independencia de que la titularidad de la patria potestad corresponda a ambos progenitores, será el obligado a responder por los actos ilícitos de sus hijos menores. Habitualmente, será el progenitor con el que el hijo convive y quien ejerza la patria potestad (131). Desde tal perspectiva, se considerará, asimismo, «guardador» al cónyuge no conviviente durante el ejercicio del derecho de visitas, comunicación o estancia (art. 94) (132). De acordarse la guardia y

---

(130) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1975; del mismo autor, «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2010.

(131) PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, pág. 5956; YZOQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 928; PARRA LUCÁN, M.ª Á., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, pág. 916; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2011. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/7860); las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/80471); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.<sup>a</sup>, de 26 de junio de 2001 (*JUR* 2001/249752), responsabilidad de la madre que tiene atribuida la guarda y custodia; de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.<sup>a</sup>, de 21 de abril de 2004 (*JUR* 2004/151422), guarda y custodia atribuida a la madre; de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de octubre de 2004 (*JUR* 2005/58338); de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/96794); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.<sup>a</sup>, de 27 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/129406); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.<sup>a</sup>, de 12 de junio de 2008 (*AC* 2008/1548).

(132) PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2159; MARTÍN-CASALS, M., y SOLE FELIU, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2057; PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.*, págs. 104 y 134, aplicando la llamada «teoría del traspaso de responsabilidad», según la cual, el derecho de visitas transfiere la guarda del menor durante los períodos de tiempo en que esta tiene lugar; ATIENZA NAVARRO, M.ª L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañinos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, pág. 453, quien de manera acertada precisa que, ello no implicaría la exoneración automática del otro que siempre podrá resultar condenado a indemnizar los daños y perjuicios, si se demuestra que su conducta estuvo conectada causalmente con el hecho dañino; y lo mismo cree que podría predicarse en sentido contrario, pues, cabría condenar, en algún caso, al progenitor que no ejerce la patria potestad cuando su negligencia esté conectada causalmente con el daño que el hijo irroga bajo la vigilancia del otro (pág. 454); DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2011, siempre que se siga el criterio de culpa *in vigilando*; pues, si se opta por

custodia compartida prevista en el artículo 92 del Código Civil, el ejercicio alterno en la guardia y custodia de los menores, que exige esta modalidad de guarda, supondrá igualmente, una alternancia en el sujeto responsable, siendo el progenitor que ostenta la guarda y custodia efectiva del menor (133). Sin embargo, al implicar tal guarda una actuación más activa e intensa de ambos progenitores en el cuidado y trato de los hijos, y una corresponsabilidad o simultaneidad en el ejercicio de la custodia, debería ser también conjunta la responsabilidad de ambos progenitores, salvo que alguno de los progenitores pruebe su diligencia en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, supuesto problemático es el del menor que realiza el hecho dañoso durante el periodo de tiempo que le corresponde estar con el progenitor no custodio, esto es, el que tiene atribuido el derecho de visitas, pero ante el incumplimiento de este, se halla con el otro y tiene lugar el hecho dañoso. Algun autor entiende que, en este caso debería responder quien se encontrara con el hijo en el momento de la causación del daño, pero con la posibilidad de repetir una parte de la indemnización frente al progenitor infractor, que no puede ser recompensado con la liberalización de su responsabilidad ante el incumplimiento de deberes irrenunciables (134). Sin embargo, para la mayoría de la doctrina dicha afirmación no puede generalizarse, y ello porque, como precisa ATIENZA NAVARRO, «por muy reprochable que pudiera resultar la conducta del progenitor que infringe el derecho de visitas, la responsabilidad civil no está destinada a sancionar comportamientos, sino a reparar el daño causado cuando se cumplen los presupuestos para ello» (135). Así las cosas, solo se podría exigir responsabilidad a este progenitor, si se prueba que el daño está conectado causalmente con la infracción del derecho de visitas, o porque su defecto de vigilancia, cuando debía prestarla, ha contribuido a la producción del resultado dañoso, pero no porque ha incumplido el régimen de visitas (136).

En este contexto, si optásemos por objetivar la responsabilidad de los padres *ex artículo 1903*, en la línea marcada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de las Audiencias, se podría desde la culpa *in educando* como fundamento de la responsabilidad, y en aras de una interpretación flexible y, amplia de guarda, responsabilizar a ambos progenitores, pues, en los términos expuestos,

---

el de la culpa *in educando*, habrá de exigirse la responsabilidad al cónyuge que tiene bajo su guarda al menor.

Por su parte, en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/7860), señala al respecto que «no se puede ignorar el carácter flexible del concepto «bajo su guarda», que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio, pues, en el presente caso dada la edad del menor, de diecisiete años, se la autoriza a acudir y permanecer bajo su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna». En este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 1997 (*AC* 1997/463).

(133) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de octubre de 2004 (*JUR* 2005/58338).

(134) PÁNOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 136, siempre que en base a la teoría del traspaso de la responsabilidad se compruebe que no se ha producido el traspaso real del menor al progenitor que le correspondía el derecho de visitas.

(135) ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, pág. 454.

(136) ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, págs. 454-455.

el conjunto de funciones de relieve personal no son totalmente privativas de la persona a quien se ha atribuido la guarda y custodia, sino que, en parte, deben observarse por el progenitor no custodio (137).

Aunque la regla general sea la cotitularidad y coejercicio de la patria potestad, en los términos señalados, se pueden dar situaciones donde, al padre y/o a la madre se les priven total o parcialmente de su patria potestad, esto es, tanto de la titularidad como del ejercicio, «por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial» (art. 170 del CC). Estas conductas y actuaciones inadecuadas o irresponsables de los padres que constituyen incumplimiento de los deberes inherente a la patria potestad pueden revelarse en un procedimiento penal, o en un procedimiento civil, ya sea *ad hoc*, es decir, tengan por finalidad única y exclusiva la privación de la patria potestad, o en un procedimiento matrimonial de nulidad, separación o divorcio. De acordarse la privación de la patria potestad respecto de ambos progenitores, se procederá al nombramiento de un tutor a cuyo cuidado deberán quedar los hijos menores o incapacitados de ambos (art. 222.1 del CC) y, sobre él, recaerá la eventual responsabilidad por los daños de sus tutelados; de solo alcanzar la privación a uno de los progenitores, la titularidad y el ejercicio corresponderá en exclusiva al otro progenitor, siendo por tanto, este el único responsable *ex artículo 1903 del Código Civil*, pese a corresponder al progenitor privado de la patria potestad respecto de sus hijos, la obligación de alimentos (arts. 154 y 143 del CC), y la obligación de velar por ellos (art. 110 del CC).

Por otra parte, en la línea señalada de cotitularidad y coejercicio, la eventual *separación de hecho* de los padres por razones laborales o profesionales, de salud, incluso ante una eventual crisis matrimonial, y pese a lo dispuesto en el artículo 156.5 del Código Civil, comparto el sentido mayoritario de la doctrina de no eximir al padre no conviviente de sus deberes para con sus hijos y de su responsabilidad frente a terceros perjudicados, pues, atendiendo a la supresión del requisito de la convivencia del artículo 1903 del citado cuerpo legal, y mientras por resolución judicial no se determine la atribución de la guarda, ambos siguen conservando la titularidad y el ejercicio (138).

---

(137) La sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3.<sup>a</sup>, de 4 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/253223), sobre la base que la educación del menor es un hecho trascendente, condena a ambos padres a pesar de estar divorciados y de vivir el menor con la madre a abonar la cantidad de 17.621 euros por los destrozos causados por aquel en actos de violencia callejera (conocida con la *kale borroka*). Se afirma en la sentencia que «el déficit en la educación de los hijos es reprochable por igual a ambos progenitores dado que a los dos incumbe, por igual, el deber de educación que comporta la patria potestad». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3.<sup>a</sup>, de 16 de mayo de 2005 (AC 2005/1370), cuando ante la edad del menor de diecisiete años precisa que «el control del menor por los padres que tienen atribuida la guarda y custodia es cuando menos muy relativo, exigiéndose la imputación a que se refiere el artículo 1903 del Código Civil, a cualquier de los dos».

(138) En este sentido, vid., LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 129-131; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 73-74; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 921; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2159; MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J., «Comentario al artículo 1903 del

En este contexto, los padres pueden *delegar* el ejercicio de la patria potestad en terceros; estos asumen la guarda de los menores, lo que, asimismo, supone un traslado de la responsabilidad por los daños ocasionados por tales menores, y, en consecuencia, la exclusión de la responsabilidad de los padres. Pensemos en la estancia del menor en un centro docente, y, que la producción del daño tiene lugar durante el horario escolar (139); o cuando ante una situación de desamparo del menor acreditada por la entidad pública, se procede a una tutela

---

Código Civil», *op. cit.*, pág. 2057; PEÑA PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores...», *op. cit.*, pág. 130.

(139) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/8538); de 15 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/9421), donde se indica que «mal puede atribuirse, siquiera por referencia, responsabilidad alguna a los padres de la víctima, pues, durante su estancia en el Colegio no ejercían ni podían ejercer reglamentariamente misión alguna de control y vigilancia del menor, lo que correspondía a los empleados escolares encargados de tal cometido, ya que, como dice la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/8910), dichas funciones se entiende que los padres las delegan en el Centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada»; de 10 de octubre de 1995 (*RJ* 1995/7186); de 10 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/8975); y de 29 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9980), en donde se proclama que «no es posible ejercer por parte de los padres las funciones de vigilancia sobre los hijos desde el momento de la entrada de los menores en el Centro escolar hasta su salida al finalizar la jornada escolar, ya que durante este tiempo dichas funciones de vigilancia se traspasan a los cuidadores y profesores del Colegio». Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 1999 (AC 1999/7450), que condena a la Consellería de Educación, titular del Colegio Público, por daños a un menor ocasionados por otro menor con ocasión del regreso a su domicilio en el servicio de transporte escolar, al entender que los progenitores «confian, y ceden la guarda, custodia y vigilancia al Centro Escolar donde reciben educación, respecto del cual el autobús constituye, así una extensión»; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de septiembre de 2001 (AC 2002/337), menores expulsados de una clase a la que asistían saliendo al exterior del centro escolar; de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/178684), el menor se encontraba bajo la custodia del entrenador de rugby durante el desplazamiento para disputar un partido amistoso; de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de septiembre de 2002 (AC 2002/1421), pese a que las lesiones causadas por un menor ocurrieron en el primer día de curso, se condena a los padres porque la jornada lectiva se limitó a la mera formalidad de la presentación del profesorado; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/149656), actividad extraescolar; y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/191319). En las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2004 (AC 2004/2085); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/133131); y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.<sup>a</sup>, de 25 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/284744), se condena además de al centro docente, a los padres, por la labor de coeducación del menor que corresponde a estos.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9667), no consideró responsable al Centro Docente por la imprevisibilidad del evento, al tratarse de juegos desarrollados en el patio y el balón utilizado han de considerarse una actividad normal y que transcurría bajo la vigilancia de una profesora; y el golpe del balón, que no fue intenso y no dejó huella traumática alguna, fue un mero desencadenante circunstancial de un suceso epiléptico entre numerosas crisis anteriores todas ellas superadas sin dificultad; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 1998 (AC 1998/5619) por encontrarse ya finalizada la jornada escolar cuando se produjeron las lesiones al menor por los golpes de otros compañeros.

administrativa (acogimiento residencial, o familiar), con suspensión de la patria potestad (art. 172 del CC) (140); o simplemente se deja al menor bajo la vigilancia de un familiar (141) o de otra persona (142).

En todo caso, conviene aclarar que ante un eventual desamparo del menor, sin asunción por la entidad pública de la tutela, al seguir estando el menor bajo la guarda de sus progenitores, estos responden de los daños que aquel cause. Cuestión distinta, y en eso opera la delegación apuntada, cuando ya se haya hecho efectiva tal tutela automática, y, por consiguiente, la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria (art. 172.1.III del CC), como igualmente, en el caso de la entrega de la guarda temporal a la entidad pública que en cada territorio tiene encomendada la tutela de menores, cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar del menor (art. 172.2 del CC); la guarda viene a asumirla la entidad pública, y, por tanto, la exigencia de responsabilidad ante los daños ocasionados por los menores de edad tutelados corresponde asumirla a tal entidad (sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de febrero de 2005) (143).

---

(140) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2004, en la que se condena a la Junta de Castilla y León al encontrarse el menor acusado bajo la guarda de dicha entidad; de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.<sup>a</sup>, de 10 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/226), responsabilidad de la Diputación Foral de Álava al haber asumido la guarda legal del menor el Instituto Foral de Bienestar Social; y de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/101096), responsabilidad del Instituto de Bienestar Social que asumió la guarda administrativa del menor.

(141) La sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.<sup>a</sup>, de 9 de enero de 1998 (*AC* 1998/2816), hace responsable al tío del menor por los daños acaecidos durante la estancia del menor en la vivienda de aquél, pues, hay «un traspaso del deber de vigilancia y custodia a un familiar (próximo) que pasa a ostentar la guarda de hecho de su sobrino, y sobre quien recae el deber de vigilancia sobre el menor mientras permanece bajo su guarda». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/4643), declara no responsables a los padres del menor que originó el incendio de la casa de los actores, pues, fueron estos lo que se hicieron cargo del menor, y permitieron que se quedaran con otros menores solos en casa, sin ningún tipo de vigilancia, pese a ser los anfitriones y responsables en ese momento de los niños. Los padres del menor Aitor de buena fe «depositaron» a su hijo en casa de los actores, quienes omitieron el deber de vigilancia de los menores saliendo a dar un paseo y dejando solos a los tres menores. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de noviembre de 1999 (*JUR* 2000/34666), al entrar el hijo en el marco de vigilancia del propio empresario en función de su actividad laboral, lo que implica un desplazamiento de la diligencia *in custodiando*. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2008 (*JUR* 2008/174768), se considera responsables a los padres por culpa *in vigilando*, y ausencia de responsabilidad del abuelo por el hecho de recogerlo del colegio.

(142) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/178684), menor bajo la custodia de entrenador de rugby durante el desplazamiento para disputar un partido amistoso; y de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2010 (*JUR* 2010/389119), responsabilidad del novio mayor de edad por incumplir las facultades de vigilancia y custodia del menor.

(143) *JUR* 2005/101096.

C) *La existencia de culpa de los padres en la guarda del hijo*

Los padres, en los términos ya expuestos, responden cuando con su comportamiento han contribuido indirectamente al resultado dañoso del hijo por culpa propia (con mayor frecuencia por culpa *in vigilando* que por culpa *in educando*) (144), quedando, en consecuencia, exonerados de la pretensión resarcitoria, cuando prueben que observaron la diligencia exigible a un buen padre de familia en su comportamiento esto es, cumplieron con sus deberes de vigilancia y control —más atenuados estos en su alcance respecto a los menores maduros— (145); o demuestren la falta de nexo causal entre su conducta y el resultado dañoso; o un supuesto de caso fortuito (146).

Pues, como precisa YZQUIERDO TOLSADA, «naturalmente, si la culpa paterna fuera un verdadero presupuesto de la responsabilidad, seguro que habría que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes, ya sea las atinentes al propio menor (la edad, el carácter, los hábitos, el estado mental, el grado de desarrollo intelectual, la formación recibida...), ya las afectantes a los propios padres (número de hijos menores, recursos económicos...) o las puramente objetivas o de contexto (medio rural o urbano, práctica más o menos extendida de determinados juegos u objetos peligrosos como son las cerillas o los petardos...)» (147).

---

(144) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección única, de 29 de noviembre de 2000 (AC 2000/2417).

(145) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 1993 (RJ 1993/6161); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.<sup>a</sup>, de 1 de febrero de 2001 (AC 2001/254), ausencia de culpa *in vigilando* por parte de la madre; y de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.<sup>a</sup>, de 1 de abril de 2008 (JUR 2008/181166).

(146) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1983 (RJ 1983/3517), define caso fortuito como «aquellos sucesos que no hubieran podido preverse», o en sucesos que «previstos fueran inevitables», ninguna de cuyas aceptaciones se conforma con los hechos que la sentencia recurrida en uso de sus facultades de apreciación de la prueba consideró demostrados; en cuanto que el hecho de lanzar piedras por un niño de once años, hallándose cerca otras personas, permite prever a cualquier observador que puede causar daños a estas personas, y además, se trata de actos que pueden fácilmente evitarse, es decir de circunstancias totalmente contrarias a las notas legales del caso fortuito como causa exonerativa del cumplimiento de la obligación de indemnizar los daños causados por actos ilícitos nocivos para bienes jurídicamente protegidos; y, añade «dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgos, es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quien los crea, y, en este sentido, el padre o cuidador de un menor responde de los daños que este causa a terceros, pues creó el riesgo de una conducta nociva del menor traducida en daño efectivo y real y debe por ello resarcirlos, a menor que pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la ley; y lo que no ocurrió en el caso debatido».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3094), no responsabilizó a los padres de una menor de cinco años por la lesión que la misma causó en el ojo de otra menor al soltar el extremo de la comba cuando saltaba con otras niñas en el recreo del centro escolar, al resultar una actividad lúdica, inocua y, de general práctica entre las niñas de dicha edad, y, añade, además, la sentencia que, si se produjo ese resultado dañoso, fue por un fatal accidente. Igualmente, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección única), de 27 de mayo de 2003 (JUR 2003/167629); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 11 de noviembre de 2003 (JUR 2004/4875). No así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.<sup>a</sup>, de 9 de noviembre de 1999 (AC 1999/7622).

(147) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, págs. 922-923.

#### D) Relación de causalidad

La doctrina que opera sobre la base subjetiva de la responsabilidad y, en consecuencia, de la premisa del criterio de imputación legal para exigir responsabilidad a los padres por los hechos de sus hijos basado en su culpa *in vigilando* o *in educando*, en términos de causalidad jurídica se constata la necesidad, además de la culpa, de la existencia de un nexo causal entre la omisión culposa de los padres y el resultado dañoso causado por el hijo (148). No obstante, tal nexo la mayoría de las veces o no existe o es muy difícil de demostrar, como en el caso que el menor tenga suficiente capacidad de entender y querer, o cuando se pretende imputar a los padres una culpa *in educando* (149). En todo caso, como afirma ROGEL VIDÉ, «solo cuando los daños no han sido causados por el menor, no responde el padre; en todos los demás casos, responde siempre», para concluir el autor que, a efectos prácticos el auténtico nexo causal se debe dar entre la actuación del hijo y el daño ocasionado por el mismo (150).

### 3. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

En situaciones familiares normales, en que ambos progenitores son titulares de la patria potestad, están obligados a responder por igual conforme al artículo 1903 del Código Civil. Su responsabilidad es, por tanto, solidaria o indistinta, sin perjuicio que en la relación interna, este deber de resarcir quede dividido por mitad. Entre otros argumentos esgrimidos por la doctrina está: «1) La tendencia favorable del Tribunal Supremo hacia la solidaridad, cuando son varios los responsables del mismo daño, constituyéndose aquella en la regla general y la mancomunidad en la excepción; 2) El ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 156 del CC); 3) El artículo 1137 del Código Civil impone expresamente el régimen de la mancomunidad, y admite la solidaridad como excepción “cuando la obligación expresamente lo determine”; el artículo 1903 atribuye a los padres indistintamente la obligación de responder, posibilitando a través de esta regulación que el perjudicado pueda dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos o frente a ambos para exigir la reparación del daño; 4) Principio *por damnato*» (151).

---

(148) GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992, pág. 295. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/140095), se ha de probar la relación de causalidad.

(149) PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores...», *op. cit.*, pág. 107.

(150) ROGEL VIDÉ, C., «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)», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXIX, 1976, págs. 1245-1246.

(151) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 179; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 94-95; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 118-119; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, págs. 878-879; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *op. cit.*, pág. 743; PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores...», *op. cit.*, pág. 112. El mismo criterio en el ámbito

Ahora bien, con qué bienes se ha de hacer efectiva la indemnización correspondiente. Tal planteamiento exige determinar, en primer lugar, cuál es el régimen matrimonial existente. En el caso de ser el de sociedad de gananciales, tres son los preceptos en los que se puede basar la responsabilidad del patrimonio ganancial frente al tercero perjudicado; así los artículos 1362.1, 1365.1.<sup>o</sup>, 1366 y 1367 del Código Civil (152). Los dos primeros basan la responsabilidad del patrimonio ganancial en el ejercicio de la potestad doméstica, y se ha de relacionar con lo dispuesto en el artículo 1319.2, precisamente para el supuesto que uno de los cónyuges se considerase no responsable; lo que por el propio tenor del precepto, sin embargo, al final si se le hace responsable, en el caso de que no existan bienes comunes y privativos del cónyuge que haya contraído la deuda, pues responderá el patrimonio del cónyuge exonerado; además, la potestad doméstica viene referida a las necesidades ordinarias de la familia, no a las extraordinarias; por otra parte, el artículo 1366 viene a hacer referencia a las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, pero qué ocurre cuando estas son contraídas por ambos cónyuges, pero aún en el caso de ser asumida por uno solo difícilmente se puede encuadrar el artículo 1903 en el artículo 1366, «actuación en beneficio de la sociedad» (153); sobre tales bases parece que lo más adecuado para justificar la responsabilidad de los bienes gananciales es sustentar la obligación de reparar contraída por ambos cónyuges en el artículo 1367, a cuyo tenor literal, los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente; lo que partiendo de que estamos ante una obligación extracontractual basada en la culpa *ex artículo 1903* del Código Civil, en el que el daño causado por el hijo menor es consecuencia de un inadecuado desempeño de la patria potestad por ambos progenitores que la ejercen conjuntamente, ambos son responsables, de ahí que,

---

del Derecho Comparado, vid., artículo 1834 del Code Civil; artículo 1114 del Código Civil argentino; y parágrafo 840.1 del BGB.

El Tribunal Supremo ha condenado en varias ocasiones a los padres solidariamente. Así, en la sentencia, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1983 (*RJ* 1983/867), aunque en este caso, ante la dificultad de determinar el causante concreto del daño, optó el Tribunal por condenar solidariamente a todos los padres de los menores coautores del acto dañoso; en la sentencia de 13 de septiembre de 1985 (*RJ* 1985/4259), insiste en la condena solidaria a los padres de los menores coautores del acto dañoso; y en la sentencia de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992/149), y de 5 de abril de 1995 (*RJ* 1995/3414), condena, asimismo, a los padres del menor causante del daño de forma solidaria. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002/44482).

(152) LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 502, considera aplicables los artículos 1362.1, 1366 y 1367 del Código Civil. Mientras que DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario del artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1975, opta por la aplicación analógica del artículo 1362 del Código Civil. TORRALBA SORIANO, V., «Comentario al artículo 1366 del Código Civil», en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1696, lo basa, sin embargo, en el artículo 1365 del Código Civil; y PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores...», *op. cit.*, págs. 122-123, en los artículos 1366 y 1367 del Código Civil. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5576) considera que la obligación que deriva del artículo 1903 del Código Civil está comprendida en el artículo 1366 del citado cuerpo legal.

(153) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de diciembre de 1993 (AC 1993/2509), sin embargo, considera de aplicación el artículo 1366 del Código Civil.

se considere común la obligación de reparar y se haga efectiva tal deuda sobre patrimonio ganancial (154).

En este contexto, los bienes gananciales responden por tratarse de una obligación común, y contraída por ambos cónyuges conjuntamente. Cuando de esta sea responsable uno de los cónyuges al haber quedado el otro exonerado o encontrarnos en algunas de las situaciones apuntadas en el otro apartado, como una separación de hecho de los padres, subsistiendo el régimen de gananciales, y donde la guarda del menor se ejerce por el progenitor con quien convive, la obligación de reparar pasa a ser exclusiva de uno solo de los cónyuges, respondiendo su patrimonio personal, y a falta del mismo, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, como establece el artículo 1373 del Código Civil (155).

De ser el régimen pactado el de separación de bienes, y asumida por ambos la obligación de reparar, esta se la considera como una carga del matrimonio, ambos responden solidariamente frente al tercero perjudicado, sin perjuicio de que en las relaciones internas, a falta de convenio, cada uno responda en proporción a sus recursos económicos (art. 1438 del CC). Si excepcionalmente uno de los padres resultare exonerado, existirá un único obligado y por tanto, responsable, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1440.1 del Código Civil (156).

Si el régimen fuera el de participación, se aplican las mismas reglas que en el régimen de separación, por la expresa remisión del artículo 1413, si bien, el artículo 1426 posibilita que el cónyuge que pagó lo que constitúa una obligación de ambos, ostente un crédito contra su consorte, que se computará en los respectivos patrimonios finales al término del régimen.

Por otra parte, nuestro ordenamiento concede un amplio margen de libertad a los cónyuges para que pacten en capitulaciones matrimoniales antes o después de la celebración del matrimonio, todas las disposiciones que estimen pertinentes, si bien, con la limitación prevista en el artículo 1328 del Código Civil, en el que se sanciona con nulidad cualquier estipulación contraria a la ley, las buenas costumbres, o limitativa de la igualdad de derechos de los cónyuges. Así, será nulo el pacto en que uno de los cónyuges se comprometa a responder en exclusiva, con su patrimonio privativo de los daños causados por los hijos comunes; y los terceros perjudicados podrán dirigirse contra ambos progenitores, cuando resulten obligados a tenor del artículo 1903.2, respondiendo frente a aquellos solidariamente y de acuerdo con el régimen económico de su matrimonio. En las relaciones internas, en cambio, son libres los cónyuges de llegar a los acuerdos que estimen pertinentes (art. 1323 del CC). De forma que pueden convenir que

---

(154) Vid., en este mismo sentido, GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 180; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 124. Y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2002.

(155) GÓMEZ CALLE, E., *Últ. Lug. Cit.*; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 124-125; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 99-100; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 925.

(156) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 180; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 126; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 100; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, págs. 925-926.

uno abone el montante íntegro de la indemnización, con o sin exigir el reintegro o contraprestación a cambio al otro progenitor (157).

Ahora bien, de ser el menor, civilmente imputable, y dándose los demás requisitos del artículo 1902 del Código Civil, como hemos señalado, deberá este responder por los daños causados a terceros, además de, en su caso, los padres bajo cuya guarda se encuentran tales menores. En tal caso, al tratarse de varios sujetos responsables del mismo daño, será, igualmente, aplicable la regla de la solidaridad, pudiendo el dañado dirigirse indistintamente contra cualquiera de los responsables (158), sin perjuicio del derecho de repetición contra el otro, por parte del que hubiera satisfecho la deuda de acuerdo con el artículo 1145 del Código Civil. Con ello no sería preciso recurrir a la aplicación del artículo 1904 del Código Civil (159). Si, en cambio, el menor es inimputable civil y penalmente, y las víctimas son también menores, cuando no le es objetivamente imputable

---

(157) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 122, considera que tales pactos «carecen de eficacia frente a terceros»; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 100-101.

(158) En la doctrina ha sido defendida la solidaridad entre padres e hijos, por GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 175; DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, págs. 876-877; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2125; ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.*, págs. 38-39.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo aplica la doctrina de la solidaridad tanto cuando existen varios responsables *ex articulo 1902 del Código Civil*, como cuando concurre el agente directo con quien responde *ex articulo 1903 del Código Civil*, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10559); de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997/2639); y de 8 de marzo de 2002 (*RJ* 2002/1912). También, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.<sup>a</sup>, de 30 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/223270); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2012 (*La Ley* 45749/2012).

(159) Como, asimismo, precisa GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 176, «la aplicación del artículo 1904 no solo es discutible, sino que conduciría a resultados no deseables, ya que consagra un derecho de regreso por todo lo satisfecho, su aplicación en nuestro caso supondría que, de ser ejercitado por los padres, el único responsable final del daño sería el hijo sometido a su guarda, mientras que los mismos padres que han contribuido culposamente a la causación del daño por incumplir sus deberes de guarda para con sus hijos, quedarían indemnes», y añade: «puede que la finalidad del legislador con el artículo 1904 del Código Civil fuera hacer único responsable del daño, en última instancia, a quien directamente lo causó; pero como este resultado parece criticable especialmente referido a menores de edad cuya actuación dañosa se debe en parte a un deficiente ejercicio de la guarda por los padres». Por su parte, ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.*, págs. 35-36 y 48-49, señala ante la imputabilidad civil del menor, en el que se atribuye la responsabilidad directa al menor por los daños originados por ellos mismos (responsabilidad por hecho propio), mientras que los padres responder por hecho ajeno, lo que le permiten repetir conforme a lo dispuesto en el artículo 1904 del Código Civil; sin embargo, cuando se refiere al análisis de la LORPM, considera aplicable el artículo 1145 del Código Civil, disponiendo, asimismo, al respecto que «la facultad de repetición a los padres debería conferirse por el total, cuando resulten condenados al pago, pese a su actuación diligente, mientras que, si media culpa o negligencia por su parte, la repetición procedería en atención al grado de culpa en la producción del evento dañoso». En cambio, consideran aplicable el artículo 1904 del Código Civil a todos los sujetos en situación de dependencia, incluidos los

todo el daño, se puede hablar de concurrencia de culpas en la responsabilidad; y excluir la responsabilidad, si el daño es imputable en exclusiva a la actuación de quien lo padeció.

Si el hijo es civilmente inimputable, no tiene que responder conforme al artículo 1902 del Código Civil, lo que no empece para que los padres respondan conforme al artículo 1903 del Código Civil. Ante la posible insolvencia de los padres se ha planteado por una parte de la doctrina, la posibilidad de aplicar al ámbito del ilícito civil, los artículos relativos a la responsabilidad civil *ex delictum* de los inimputables penales (art. 20.1.<sup>a</sup> II de 1973 del CP), y obtener la reparación del menor cuando este fuera solvente (160). Ni el nuevo Código Penal contiene una norma semejante al antiguo artículo 20.1.<sup>a</sup> II, ni la redacción del actual artículo 118.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal, aunque declara responsables civiles, junto a quienes los tienen bajo su guarda, a los autores de hechos penalmente tipificados en quienes concurren las eximentes de los números 1 y 3 del artículo 20 del Código Penal, resulta de aplicación a los ilícitos civiles. Tampoco en la LORPM existe precepto alguno que permita la aplicación analógica de tal doctrina a ilícitos civiles de los menores civilmente inimputables —de existir, en todo caso, quedaría limitada atendiendo al ámbito subjetivo de aplicación de la ley, a los mayores de catorce años (arts. 1 y 61.3)— (161).

En este contexto, aunque los padres no estén casados entre sí, la patria potestad será, igualmente, ejercitada por ambos progenitores, siempre que respecto de los mismos esté legalmente determinada la filiación, de forma que les resulta aplicable lo expuesto en líneas precedentes. Así, si ambos progenitores tienen bajo su guarda al menor, ambos responden ex artículo 1903 del Código Civil; de ser confiada ante una eventual separación, a uno de ellos, a este únicamente corresponderá tal responsabilidad; y de no mediari resolución judicial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156.5.<sup>o</sup> del Código Civil, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, siendo este, pues, el responsable; sin perjuicio de que el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, puede, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio; de forma que, habrá que atender a lo que disponga el juez, para determinar quien responde ante los actos dañosos de sus hijos menores de edad.

### III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y OTROS GUARDADORES

El artículo 1903.3 exige para que efectivamente se haya constituido la tutela, la convivencia del tutor con el tutelado, sin que la ausencia temporal por motivos laborales o sociales rompa tal convivencia; por su parte, el artículo 269 del Código

---

que ejercen la patria potestad, NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 101-102.

(160) Vid., PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1975, diferencia según se tratase de un menor de edad imputable civilmente o no, para proclamar en el primer caso la responsabilidad directa y no subsidiaria del menor y solidaria con sus progenitores. Vid., igualmente, ASÚA GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Civil*, T. II, Madrid, 2000, pág. 476.

(161) En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 178; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2159.

Civil no incluye entre los deberes del tutor, «tener al tutelado en su compañía», lo que determina que la guarda no implica necesariamente la convivencia, con lo que coincide con la exigencia de responsabilidad de los padres, centrada esencialmente en la guarda (162). Se trata, al igual que la que corresponde a los progenitores, de una responsabilidad por culpa *in vigilando* (163). De ser nombrados más de un tutor, habrá que atender a si se diferencia entre tutela de persona o de patrimonio, de ser así, la eventual responsabilidad por los actos dañinos de sus tutelados recaerá sobre quien ejerce la tutela de la persona; si no existe tal reparto de funciones, a todos ellos les es exigible la responsabilidad (responsabilidad solidaria, si cada uno puede actuar sin necesidad de deliberar con los demás, o responsabilidad mancomunada, si todos tienen que actuar de forma conjunta) (164). Cabe tutela ejercitada por persona física como jurídica (arts. 172, 239 y 242 del CC), en este último caso, no parece que exista inconveniente en que la persona jurídica —a través de la persona física en quien delegue—, o el director del centro que tiene encomendada la guarda de los menores respondan si se dan las circunstancias del artículo 1903 del Código Civil (165). La responsabilidad establecida para el tutor no es aplicable en general al curador, pues solo actúa para completar la capacidad del curatelado en determinados actos y negocios jurídicos, salvo que la sentencia de incapacitación haya extendido las funciones del curador al ámbito personal —lo que puede abonar el terreno a una eventual responsabilidad civil del curador por daños causados por el sometido a esta forma de guarda— (166), ni tampoco al defensor judicial, cuyo nombramiento temporal es simplemente para resolver conflictos entre un sujeto y sus representantes legales o curador, o para los casos en los que por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñen sus funciones, supuesto este en el cual el nombramiento estará limitado al tiempo que dure la causa determinante o se

---

(162) Recordemos que el requisito de la convivencia con el pupilo se precisa para dar lugar a la responsabilidad del tutor en el artículo 120.1 del Código Penal, pero no en el artículo 118.1.<sup>a</sup> (inimputables penales), ni en el artículo 61.3 de la LORPM (mayores de catorce años y menores de dieciocho autores de actos penalmente típicos).

(163) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/54284).

(164) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañinos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, pág. 828; PEÑA FERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2159; PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, pág. 5956; MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2058.

(165) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañinos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, pág. 830; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 960, precisa que en los casos de tutela de persona jurídica, el régimen común de responsabilidad del tutor se solapa con el de responsabilidad del empresario (art. 1903.4); por lo que se comprende la eventual acción de regreso que este puede tener contra la persona física que ejerció negligientemente el cargo y dio con ello lugar a la producción del daño por el incapacitado. Si se trata de tutelas atribuidas a una entidad pública será preciso tener en cuenta la regulación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1995; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 17 de enero de 2000; y de Zaragoza, Sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de diciembre de 2000.

(166) En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 964.

designe otra persona para desempeñar el cargo (art. 299.1 y 2 del CC) (167). No obstante lo expuesto, podría sostenerse la responsabilidad civil del defensor en los casos en que actué para sustituir al tutor, pues, estaría actuando como un auténtico tutor (168). Sí, en cambio, podría trasladarse al guardador de hecho, pues, la doctrina señala que *de facto* regiría para ella las normas de la tutela en general, por tanto, sería responsable cuando su actuación fáctica fuera equiparable a la del tutor (169); en todo caso, como señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, cabe, en algunos casos, la acumulación de responsabilidad del guardador con la del padre o tutor, lo que eventualmente conduciría a una condena solidaria, o si quien de hecho se ocupa del menor o incapaz hubiera sido contratado por los padres, puede darse la posibilidad de que, siendo el guardador realmente culpable del hecho del menor, el padre pueda ser llamado a reparar por la vía del artículo 1903.4, en calidad de «empresario» del guardador (170).

Finalmente, es dudoso que sobre la base del artículo 229 del Código Civil, alcance también a los parientes que deben constituir la tutela la responsabilidad *ex artículo 1903* del citado cuerpo legal, pues, sería difícil de demostrar la conexión entre la culpa derivada del incumplimiento de constituir la tutela y el daño; aunque también es cierto que, podría utilizarse como vía de escape para evitar una eventual responsabilidad en relación con ciertos actos de los menores que afectan a terceros (171).

---

(167) PEÑA FERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2126; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, págs. 832-833, quien, no obstante, considera aplicable el artículo 1903 al curador de un incapacitado con amplias facultades de actuación, y al defensor, en el caso contemplado en el número 2 del artículo 299; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 964.

(168) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 965.

(169) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, pág. 834; PEÑA FERNÁNDEZ, F., *Últ. Lug. Cit.*; MARTÍNEZ AGUIRRE y ALGAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1984, pág. 507, nota 15. En contra, ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, pág. 135, al considerar que el artículo 1903 contiene una lista cerrada.

(170) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 141.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4568); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 2005 (*AC* 2005/516), señalan que hay que considerar que la enumeración de los casos que comprende el artículo 1903 del Código Civil no es cerrada o exhaustiva, sino simplemente enunciativa; no obstante, añaden, no puede extenderse la enumeración más allá de aquellos casos en que existe la obligación de responder por hecho ajeno.

(171) PEÑA FERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2160; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.*, págs. 828-829. En la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 1984 (*RJ* 1984/4296), se condenó a la reparación de los daños causados por un mayor de edad, enajenado, a su madre y hermanos, ejercientes de la guarda de hecho, por no haber promovido la constitución de la tutela.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L., y GUILÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 567, nos recuerdan simplemente la existencia de ese deber legal que pesa sobre determinadas personas.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J. M.: «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, núm. 675, enero-febrero de 2003.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, 14.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L.: «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañinos de sus hijos menores de edad», en *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coordinador: José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general*, 9.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- GÓMEZ CALLE, E.: *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992.
- «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. III, *Parte Especial. Segunda*, coordinador: L. Fernando REGLERO CAMPOS, 4.<sup>a</sup> ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al.: *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, *Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*, 4.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2009.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, 15.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2011.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson. Madrid, 2001.
- MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J.: «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- NAVARRO MICHEL, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998.
- PAÑOS PÉREZ, A.: *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, 2010.
- PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á., «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Curso de Derecho Civil*, vol. II, *Derecho de Obligaciones*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 3.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2011.

---

Para DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2012, sin embargo, deben responder, a falta de tutor, las personas que tienen la obligación de promover la constitución de la tutela, si no lo hubieran hecho. Ahora bien, añade, que, al igual que para el mero guardador de hecho, tendrán su fundamento en el artículo 1902 del Código Civil, que en el artículo 1903.

MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2058, señalan que nada impide considerar responsables a estas personas conforme al régimen general del artículo 1902 del Código Civil, ni tampoco de considerarlas responsables solidarias a causa del incumplimiento de la obligación de promover la constitución de la tutela, conforme al artículo 229 del Código Civil.

- ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ROGEL VIDE, C.: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1977.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- «La responsabilidad civil de los padres, tutores y guardadores por daños a terceros», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, *Las relaciones paternofiliales (II). La protección penal de la familia*, directores: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 (*RJ* 1979/919).
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 (*RJ* 1980/2409).
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1983 (*RJ* 1983/3517).
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1984 (*RJ* 1984/2396).
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 1991 (*RJ* 1991/304).
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1151).
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 1992 (*RJ* 1992/149).
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5272).
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5547).
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1520).
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 2002 (*RJ* 2002/1912).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2006 (*RJ* 2006/615).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/7170).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1628).
- STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de enero de 1999 (*RJ* 1999/1051).
- SAP de Teruel, de 17 de enero de 1992 (AC 1992/153).
- SAP de Vizcaya, de 4 de febrero de 1993 (AC 1993/132).
- SAP de Zaragoza, de 27 de diciembre de 1994 (AC 1994/2138).
- SAP de Valladolid, de 17 de marzo de 1995 (AC 1995/431).
- SAP de Cuenca, de 20 de octubre de 1998 (AC 1998/7922).
- SAP de La Rioja, de 10 de enero de 2000 (AC 2000/716).
- SAP de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, de 16 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/213642).
- SAP de Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 25 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/163086).
- SAP de Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 5 de abril de 2003 (*JUR* 2003/171110).
- SAP de Madrid, Sección 14.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/249408).
- SAP de Murcia, Sección 2.<sup>a</sup>, de 20 de julio de 2005 (*JUR* 2006/4605).
- SAP de Jaén, Sección 1.<sup>a</sup>, de 12 de enero de 2006 (AC 2006/733).
- SAP de Madrid, Sección 13.<sup>a</sup>, de 13 de abril de 2007 (*JUR* 2007/201961).
- SAP de Vizcaya, Sección 5.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2008 (*JUR* 2008/174768).
- SAP de Alicante, Sección 8.<sup>a</sup>, de 10 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/117452).
- SAP de Sevilla, Sección 8.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2009 (*JUR* 2010/143118).
- SAP de Cantabria, Sección 4.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2010 (*JUR* 2010/359084).
- SAP de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/313819).
- SAP de Pontevedra, Sección 6.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2012 (*La Ley* 45749/2012).

RESUMEN

PATRIA POTESTAD  
MENORES DE EDAD  
REPRESENTACIÓN  
CAPACIDAD

*Los padres, como representantes legales de sus hijos menores de edad, responden ante las actuaciones ilícitas civiles y penales de estos, con independencia de su edad, del reconocimiento de cierto ámbito de autonomía y de una capacidad de obrar progresiva —más amplia cuanto más se acerca a la mayoría de edad— no exenta de control paterno. Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis del alcance de la responsabilidad paterna ante los actos ilícitos civiles realizados por sus hijos menores de edad, sugiriendo la necesidad de una adaptación de tal responsabilidad a la nueva realidad social en la que el legislador estatal y autonómico va dotando de una mayor autonomía de actuación a los menores, sin acompañarlo de una flexibilización en la responsabilidad de los padres, sino al contrario se tiende a objetivizarla.*

SUMMARY

PARENTS  
MINORS  
LEGAL REPRESENTATION  
CAPACITY

*The parents like legal representatives of his children minors answer before the illicit civil and penal actions of these, with independence of his age, of the recognition of certain area of autonomy and of an aptitude to act progressive — more wide when more it approaches the majority of age — it does not exempt of paternal control. On such bases the present study is going to centre on the analysis of the scope of the paternal responsibility before the illicit acts civilians realized by his children minors, suggesting the need of an adjustment of such a responsibility to the new social reality in which the state and autonomous legislator is providing with a major autonomy of action the minors, without accompanying it of a minor flexibility in the responsibility of the parents, but on the contrary it is stretched to make her severer.*

**LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO  
DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora Contratada Doctora  
Derecho Civil. UCM*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.—III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CÓNYUGE MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN FREnte A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.—IV. ATRIBUCIÓN DEL USO A LA ESPOSA MIENTRAS DURE LA INCAPACITACIÓN DEL HIJO MAYOR DE EDAD.—V. LA NO VINCULACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.—VI. LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO ARAGONÉS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE