



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 124/2008

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de abril de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización, formulada por A.I.R.P. y E.J.F.N., por el hurto sufrido por su hija A.F.R. y los hechos posteriores al mismo durante la realización del Curso de Idiomas en Familias en Peterborough, correspondiente a la Campaña de Verano 2007 (EXP. 104/2008 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 29 de febrero de 2008 y entrada en este Consejo el 5 de marzo, la Jefa del Servicio Administrativo de Juventud, Educación y Mujer traslada a este Consejo escrito de la Presidencia del Cabildo Insular de Tenerife, de 29 de febrero, por el que se interesa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario en relación con la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de A.I.R.P. y E.J.F.N., en nombre y representación legal de su hija menor, A.F.R., por la alegada sustracción de objetos personales de que ésta fue objeto en el domicilio familiar de la ciudad inglesa en el que residía, durante su participación en un Curso de verano para el aprendizaje y perfeccionamiento del inglés, organizado por el Cabildo Insular de Tenerife y prestado por la empresa F.S.L., a quien le fuera adjudicado el correspondiente contrato de prestación del servicio.

Los daños causados, según dicen, se plasmaron en el valor de una cámara digital y su cargador sustraídos, aportándose a las actuaciones factura de 4 de enero de

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

2007 por importe de 450 €, como precio de adquisición de la misma, y de 240 libras en metálico, aproximadamente (“en la denuncia policial consta la cantidad exacta”).

2. Los reclamantes se encuentran legitimados para comparecer en el procedimiento en representación legal de su hija menor, legitimada directa en cuanto que fue quien sufrió los daños causados por el funcionamiento del servicio público [arts. 31.1.a) y 32.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC, y art. 6.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo RPAPRP], obrando en las actuaciones la documentación que acredita la situación en la que tal representación legal se asienta y que es la inscripción de la filiación en el Registro Civil.

La reclamación ha sido interpuesta en el plazo de un año que a tal efecto contempla el art. 4.2 RPAPRP, pues si los hechos acontecieron el 20 de julio de 2007, el escrito inicial de reclamación tuvo entrada en el Cabildo Insular el 25 de julio de 2007.

No se abrió trámite probatorio (arts. 6 y 9 RPAPRP), ni se realizaron todos los actos de instrucción necesarios para el conocimiento de los hechos, en los términos que se verán (art. 7 RPAPRP). En este sentido, no se llamó al procedimiento a la monitora P., a la representante en el lugar de la empresa prestadora o a la familia que habitaba en la casa donde ocurrieron los hechos, aunque dicha empresa informara al respecto. Y tampoco se han traído las actuaciones las diligencias policiales o judiciales incoadas, desconociéndose su estado o resultado, en su caso.

Consta, no obstante, el preceptivo informe del Servicio involucrado en los hechos, que es el Servicio de Juventud, Educación y Mujer (art. 10 RPAPRP), aunque no resulta muy explícito; y, asimismo, la apertura del trámite de preceptiva audiencia de la parte (art. 11 RPAPRP), sin que se hubieran formulado alegaciones, aunque sí se compareció al mismo.

II

Antes de entrar a analizar el grado de adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, debemos efectuar un relato de los hechos e incidencias más significativos a la vista de las actuaciones.

Con arreglo al escrito inicial presentado por los padres de la menor, ésta se encontraba el día de los hechos, el 20 de julio de 2007, participando en un Curso de

perfeccionamiento del idioma inglés en la ciudad de B. durante los días 9 a 30 de julio de 2007, que, como se adelantó, en efecto había organizado el Cabildo Insular y que, en cumplimiento de contrato adjudicado el 11 de abril de 2007 y firmado el 25 de junio de ese año, ejecutaba la empresa F.S.L., estando al efecto alojada en la casa de una familia de esa ciudad.

El día 20 de julio de 2007 la menor advirtió la desaparición en su habitación de 240 libras, sospechando que le habían sido sustraídas por alguien de la casa, concretamente el hijo menor de la familia que allí habitaba, pues no había salido en toda la tarde del domicilio. La propia menor llama a la Policía, quien le manifiesta que al día siguiente se personará en el domicilio para las pesquisas oportunas. Y también comunica los hechos a la monitora, quien le responde que busque bien entre sus pertenencias porque "puede tratarse de una broma de mal gusto" y que "llame a sus padres y les pida consejo" sobre los pasos que debe seguir. Al volver a su cuarto, se percata de que asimismo le han sustraído su "cámara de fotos digital y el bono del autobús", decidiendo buscar al hijo menor de la familia para pedirle explicaciones; lo que no aconseja la madre del mismo por la peligrosidad de que salgan de noche solas por el barrio. En ese momento, las 23:45 horas, decide llamar a sus padres.

Ante la ausencia de noticias, los padres llaman al día siguiente a la casa donde su hija residía y hablan con la dueña, pero, ante las dificultades de comunicación por razón del idioma, deciden utilizar el teléfono de emergencias facilitado en su momento por la organización, pero éste no era sino "un contestador en inglés", por lo que se ponen en contacto con la sede de la organización en Madrid, siendo atendidos y tranquilizados en el sentido de que se les informaría y se les daría las noticias pertinentes; cosa que no ocurrió.

A la mañana siguiente, en la que había programada una visita a Londres, hablan con su hija, quien les calma al decirles que, según la monitora y la responsable, todo había sido una broma de mal gusto hecha por el adolescente de la familia acogedora, entendiendo los padres, erróneamente, que dicha monitora se personaría en la casa antes de salir la excursión y que les informaría; pero no fue así.

Al regresar de Londres, la familia de acogida declina tener la menor responsabilidad sobre lo sucedido, sin que hubiera alguien de la organización ayudando a la menor, quien, a través de un servicio de traducción por internet, intentó sola convencer a la familia de que su hijo devolviera lo sustraído sin intervención de la Policía. Esa noche, sin embargo, ésta no comparece y, al

despertarse a la mañana siguiente, la menor descubre que, mientras dormía, “le habían sustraído el cargador de la cámara y el adaptador de corriente”. Ante la situación, la madre de la familia de acogida le ofrece cumplimentar un formulario policial, a lo que la menor se niega hasta que acuda alguien de la organización, contactando con la monitora a tal efecto y diciéndole ésta que acudiría.

En ese momento y mientras la madre y su hijo discuten, llega la Policía y éste se da a la fuga, siendo perseguido por aquélla, que le detiene. Luego, los agentes tratan de interrogar a la menor, pero ésta se niega al no estar presente un representante de la organización, aunque finalmente y mediando un traductor vía telefónica proporcionado por la propia Policía aquélla hace una declaración.

Sobre las 11:00 horas, los padres llaman a la monitora y a la organización en Madrid, pero no consiguen ponerse en contacto. Sin embargo, a las 13:00 horas, les llaman desde dicha organización en Madrid y les informan que la “situación estaba totalmente resuelta”, efectuando los padres una queja sobre la forma en que su hija tuvo que hacer frente a los hechos. Asimismo, les llama la monitora, diciendo que su hija está con ella; que para la Policía no hay sospechosos; y que, si no había pasado antes a ver a su hija, fue porque tenía que esperar a que la “representante inglesa” la recogiera y la acompañase. Finalmente, la monitora informa a los padres que la declaración de la menor había sido incompleta debido a cómo transcurrió, siendo autorizada a que se hiciese una nueva declaración, con las gestiones procedentes.

Por todo ello, los padres solicitan la devolución de lo sustraído, la depuración de responsabilidades de las personas encargadas de la actividad y la explicación del abandono de que fue objeto su hija, especialmente en cuanto se le obligó a seguir en la casa, donde fue objeto de un segundo hurto.

III

1. Nos encontramos ante una contratación administrativa especial [art. 5.2.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TR-LCAP], que se rige “por sus propias normas con carácter preferente” (art. 7.1 TR-LCAP).

Así, mediante esta contratación administrativa, como se dijo, el Cabildo adjudicó por concurso, entre otros, la ejecución y desarrollo del lote 9 ofertado, denominado “Cursos de idiomas. 2 Curso inglés menores”.

En definitiva, sin perjuicio de que los usuarios intervengan en la financiación, en parte, del servicio prestado, abonando determinada tarifa por ello, la Administración

adjudicó un contrato *de prestación de servicios* por el contratista, distinguiéndose, en todo caso, la relación contractual entre Administración y la contrata de la relación de servicio entre aquella y los usuarios de éste. Consecuentemente, la Administración ha de responder frente a los mismos, directamente, por daños que se les irroguen en su prestación, siempre que no tengan el deber de soportarlos y no sean causados por su propia actuación o de un tercero, sin perjuicio de concausa, aunque, en su caso, si tales daños derivasen de la ejecución del contrato, finalmente responderá por ellos, pero posteriormente y en otro procedimiento distinto al de responsabilidad, la parte del contrato a quien corresponda según las normas contractuales aplicables.

Por todo ello, procede que la reclamación se califique de administrativa, tramitándose mediante el procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, por lo que se entiende defectuosa gestión del servicio público prestado a cuyo funcionamiento se le imputa la causación del daño.

2. De la documentación que obra en las actuaciones resulta que la empresa contratista debía constituir póliza de responsabilidad civil y de accidentes (cláusula tercera. 3 del contrato), con una cobertura que no alcanzaba el robo o el hurto en el lugar del curso, tampoco en la ampliación que se hizo en el apartado 10 de su oferta, como "mejoras en la póliza de seguro", que se limitaba al "daño, pérdida o robo del equipaje [150 € como máximo (...)], gastos de asistencia jurídica [(...) y] asalto" en los términos que se detallan "en el apartado 6", sin efectos en el presente caso. También consta la obligación del contratista de indemnizar "todos los daños y perjuicios que se causen por sí o por el personal o medios dependientes del mismo a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato" (cláusula particular 22 y cláusula tercera. 4 del contrato).

Ahora bien, como antes se anticipara, debe distinguirse entre el incumplimiento eventual del contrato suscrito entre la Administración y la empresa adjudicataria y los daños y perjuicios que se causaran a una de las personas asistentes al Curso, cuya celebración era el objeto del mencionado contrato y por cuya correcta ejecución debe velar la Administración, cabiendo al respecto la exigencia de responsabilidad patrimonial, aunque debiendo los daños ser efectivos, evaluables e individualizados para que puedan ser indemnizados.

En este sentido, si el daño viene constituido por la sustracción de objetos, habrá que determinar si esa sustracción es imputable a la actuación, activa u omisiva, del

personal que estaba a cargo de la menor, sea de forma directa o indirecta, así como el grado de diligencia de las personas que intervinieron en los hechos y sus consecuencias, tanto de forma voluntaria como involuntaria. Y, en esta línea, analizar la eventual producción de daño moral en relación con la situación de inasistencia material a la menor durante los hechos y, subsiguientemente, su ansiedad y la angustia por deber afrontar sola la situación, máxime estando en el extranjero y debiendo afrontar diligencias policiales sin ayuda o colaboración.

En relación con lo expuesto, la Propuesta de Resolución concluye en:

“Reconocer la responsabilidad del Cabildo Insular (...) por los siguientes hechos: 1. Falta de cobertura y respuesta inmediata por parte de la empresa organizadora del curso ante los hechos denunciados. 2. Ausencia de responsables de la organización durante la declaración policial de la menor. 3. Permanencia de la menor en el domicilio tras haber sufrido el primer hurto. 4. Dificultades de comunicación telefónica con los responsables de la organización”. Hechos por los que se reconoce una indemnización de “400 € (...) incrementados según IPC e interés legal del dinero a la fecha de terminación del procedimiento”. Y en:

“No reconocer la responsabilidad del Cabildo Insular (...) toda vez que se trata de una cuestión de índole penal, en tanto no recaiga pronunciamiento judicial firme, (por el) hurto sufrido por A.F.R. en el domicilio de acogida”.

IV

1. En resumidas cuentas, la Administración y el Instructor del procedimiento reconocen la responsabilidad patrimonial administrativa por daño moral a la afectada, valorándolo en los 400 € que se determinan como indemnización, aunque aquél derive de hechos que, a su vez, pueden suponer el incumplimiento por la empresa de obligaciones contractuales frente a la Administración, consistentes en determinada inasistencia para con la menor que ha producido tal daño moral, plasmado en graves molestias, profundo desasosiego y seria indefensión de la menor por los hechos y ante las actuaciones producidas.

Cabría incluso, sin perjuicio de lo que luego se dirá, extender este efecto a la “permanencia de la menor en el domicilio tras haber sufrido el primer hurto”, pues, aun no pudiéndose asegurar que fuese motivo o coadyuvante del segundo hurto, sin duda potenció la difícil situación de la menor afectada; sobre todo dadas sus difíciles relaciones con la acogente y su hijo menor.

2. Naturalmente, ha de tenerse en cuenta que la versión de los hechos es distinta en el informe emitido por la contrata, pese a que, visto su contenido, pueda cuestionarse respecto a la corrección de sus actuaciones, partiéndose de que se reconoce la denuncia de los hurtos por la menor. Así, no puede eliminarse la eventualidad de una actuación inadecuada con ésta de la monitora y la representante de la organización en el lugar, pues parece que no se le asistió a la menor tanto en relación con la familia de acogida, como con la Policía que intervino.

Y algo similar cabe observar sobre la actuación de la oficina central de la empresa no sólo porque no se prueba su debida atención a los padres de la menor, sino, como mínimo, por tener un teléfono de emergencias que funcionaba con un contestador en inglés.

En este sentido, puede ser significativo, si efectivamente así ocurrió, que la declaración de la menor debiera hacerse mediante un servicio de traducción telefónica o por internet, sin tener aquella dominio del idioma y sin la presencia de los responsables de la organización.

Por otro lado, no obra en las actuaciones protocolo alguno sobre la relación de los menores acogidos con las familias anfitrionas, pero, dadas las circunstancias, es dudoso que el proceder de la monitora y de la representante de la organización fuese correcto, tal como aparece ahora mismo en las actuaciones.

Desde luego, la tardanza en el retorno de los escolares de su excursión a Londres, que estuviera lloviendo torrencialmente, o que se retrasara la diligencia policial requerida, que del día previsto pasó al siguiente, no puede servir de excusa alguna ante circunstancias tan graves.

3. Sin embargo, es fundamental en este asunto el argumento que ha permitido a la Propuesta de Resolución no asumir responsabilidades en relación con los denunciados hurtos, el primero de dinero y ciertos objetos o el segundo de otros objetos, al menos temporalmente, pues tales hechos están sometidos a diligencias judiciales, tras intervenir la Policía y realizar las suyas.

La consecuencia es, por una parte, que ha de considerarse que el daño alegado no es, en parte, actualmente efectivo, pero también, por la otra, que de las diligencias tramitadas pudiera resultar que los hurtos no existieron o que se hubieran hecho por personal ajeno a la organización del Curso. Así, mientras haya diligencias abiertas, cualquier pronunciamiento es prematuro, pues, a los efectos de exigirse

responsabilidad administrativa y proceder a la consiguiente indemnización, lo relevante es la desaparición de los objetos de la menor y la subsiguiente producción de la inasistencia y sus consecuencias ya expuestas.

A este fin, debe tenerse en cuenta que no es indemnizable el daño consistente en la sustracción de un objeto "causado por persona ajena a la Administración, que no venía obligada a la prestación de vigilancia específica" (STSJ de Valencia 1177/2000, de 26 de julio, RJCA 2000/1985); que sí procede cuando la sustracción de objetos lo fue en lugar donde se hallaban depositados en lugar habilitado para ello (taquillas con llave en piscina pública), TSJ de Galicia 1152/2002, de 26 de junio, JUR 2003/5475; y que no procede la responsabilidad por sustracción en caso de "ausencia de constatación de su efectiva situación en orden a precisar la realidad de la sustracción" (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2001, JUR 2002/10001).

Cabe añadir que la menor pudo haber dejado sus objetos sin especial diligencia de guarda, desconociéndose si se habían impartido instrucciones por la empresa o la monitora al respecto o aun se habían proporcionado medios para guardarlos, sin olvidar que también se denunció otra sustracción por una menor distinta a la interesada, pero residente en la misma casa.

Por consiguiente, existen ciertos indicios de que se produjeron hurtos o, al menos, la desaparición de objetos de la afectada, cabiendo la implicación del hijo de la familia de acogida en los hechos, como son las denuncias en sí mismas, pero también al efectuarse éstas estando las menores acogidas y la familia acogente en casa, la conexión entre el segundo episodio y el primero, al afectar aquél al cargador de la cámara concernida en el primero, o la huida del menor al llegar la Policía al lugar de los hechos. Pero, a todos los efectos, es necesario que se resuelva previamente las diligencias judiciales tramitadas, pues es fundamental para determinar los hechos acontecidos y, por ende, las responsabilidades a asumir, incluida la patrimonial de la Administración prestadora del servicio.

Y ello, tanto en relación con los objetos supuestamente desaparecidos, cuya presunta sustracción se denunció, como con los hechos ocurridos tras las dos denuncias, de los que puede derivarse daño moral, siendo indispensable al efecto determinar todo ello, primero a través del procedimiento incoado y, luego, a su término, mediante el de responsabilidad patrimonial.

En este sentido, éste ha de tramitarse debidamente, con todos sus trámites, en especial los de prueba y de informes, proporcionándose la debida información por el

Servicio, con inclusión de datos a proporcionar por la monitora y la representante de la organización, pero también por la familia de acogida, directamente o a través de aquella.

Desde luego, como mínimo ha de aclararse si los objetos cuya desaparición se denunció existían, todos o no, si su eventual hurto tiene relación con otros menores acogidos o con la familia acogente y, a partir de ello, si la actuación de la empresa debió ser más adecuada, incluso preventivamente, o hay motivos para aducir que no generó, al menos no totalmente, daño moral a la menor de no haber sido la exigible.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiéndose proceder en la forma expuesto en el Fundamento IV, punto 3, tramitándose el procedimiento de responsabilidad patrimonial, a los fines allí indicados con los trámites debidos, tras resolverse las diligencias judiciales en trámite.