



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 0 3 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 2 de octubre de 2009.

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 parte de veintitrés interesados y de oficio por acuerdo del Pleno del Gobierno insular respecto de otros nueve interesados, por daños ocasionados como consecuencia de las condiciones de impartición de un curso de perfeccionamiento de inglés en la Campaña de Verano 2008 (EXP. 511/2009 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 19 de agosto de 2009, la Presidencia del Cabildo de Tenerife remite escrito mediante el que interesa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 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 la tramitación de diversos procedimientos de responsabilidad, a instancia de parte (23 interesados) y de oficio (por acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 9 de marzo de 2009, respecto de otros 9 interesados, aunque finalmente 5 desistieron), incoados a resultas de los daños y perjuicios sufridos por los hijos de los reclamantes a consecuencia de las condiciones de impartición de un curso de perfeccionamiento de inglés -lote 8 de la Campaña de Verano 2008, del Cabildo Insular de Tenerife, en residencia, para alumnos de 4º ESO, del 6 de julio al 27 de julio de 2008, siendo el precio unitario de 2.286, 97 euros y un total de 68.609, 10 euros- por parte de la entidad mercantil F.F., S.L. (el contratista), a quien se le adjudicó la ejecución del citado lote.

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

2. Los hechos que motivaron la presentación de tales reclamaciones se concretan básicamente en los siguientes: recogida irregular de los participantes en el aeropuerto; deficiente calidad de los menús y, en ocasiones, ausencia de los mismos; cambio de residencia inicial con disminución de prestaciones y servicios (mayor distancia del núcleo urbano, ausencia de comedor, deficiente servicio de cocina); bajo nivel de enseñanza de inglés; incumplimiento del programa de actividades y excursiones y deficiencias técnicas en el transporte.

Las reclamaciones se concretan en las siguientes reparaciones: sin concreción (1); compensación (1); repetición de viaje (1); y repetición de viaje + devolución del precio público satisfecho + indemnización de extras, comida y gasto telefónico (20).

II

1. En cuanto a la concurrencia de los requisitos y trámites constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previstos en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP-PAC), se observa lo siguiente:

Los reclamantes actúan en representación de sus hijos, menores de edad, titulares de la acción indemnizatoria de un interés legítimo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 31.1 LRJAP-PAC, el cual les atribuye la legitimación activa en el procedimiento incoado, pudiendo reclamar, en virtud de su relación de parentesco con quién ha sufrido los daños derivados del hecho lesivo, acreditándose suficientemente dicha representación (art. 32 LRJAP-PAC).

La competencia para tramitar y resolver la reclamación le corresponde al Cabildo Insular de Tenerife, como Administración gestora del servicio prestado, siendo el órgano competente para resolver el Consejo de Gobierno Insular.

En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que la reclamación se presenta dentro del plazo de un año posterior a los hechos, tal y como exige el art. 142.5 LRJAP-PAC. Las reclamaciones a instancia de parte fueron presentadas entre los días 12 de agosto y 17 de septiembre de 2008 y la incoación de oficio tuvo lugar el 9 de marzo de 2009. Como el curso acabó el 27 de julio de 2008, las reclamaciones e incoación de oficio tuvieron lugar en plazo.

Obra en las actuaciones el preceptivo informe del Servicio [art. 10 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Decreto 429/19934, de 26 de

marzo] en cuyo ámbito de gestión, presuntamente, se produjo el daño por el que se reclama.

Por la instructora del procedimiento, en diferentes oficios del mes de marzo de 2009, se procedió a comunicar la incoación del procedimiento, a acumular las reclamaciones y a conceder un plazo de 10 días hábiles de prueba, en base al art. 80.2 LRJAP-PAC y 7 y 9 RPAPRP, para que los interesados aporten documentación suficiente justificativa de la indemnización de 170 € por gastos extras y 190 € de gastos de móviles.

Por otra parte, el Consejo de Gobierno Insular, por acuerdo de 9 de marzo de 2009, resolvió incoar de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial para los participantes que no habían planteado reclamación y les concedió un plazo para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen convenientes a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo.

Al no poderse realizar la notificación personal a algunos de los interesados se publicó, en el Boletín Oficial de la Provincia número 74 de 21 de abril de 2009, un anuncio de la apertura de la fase probatoria.

En la tramitación del procedimiento hubo interesados que expresamente propusieron pruebas concretas para la determinación del daño. Así, en las actuaciones existen varios documentos firmados por 13 de los interesados, tras requerimiento administrativo de acreditación de los gastos por los que se reclama, en los que, además de alegar la imposibilidad de acreditar gastos de comida y de teléfono -comportamiento que se califica como de mala fe- proponen "como prueba testifical [a (...)] los propios chicos en presencia de sus padres, en el caso de los menores, y también de la monitora, que fue la tutora que les acompañó y a la que se entregaron por parte de nuestros hijos todas las hojas de reclamaciones hechas en Londres para ser entregadas en el Cabildo y que en lógica deben constar en el expediente".

En base al art. 9 del RPAPRP en la Propuesta de Resolución se rechaza la prueba testifical propuesta pues los propios interesados no pueden tener la consideración de testigos y han señalado que se trata de cantidades estimadas y por considerar que la monitora no puede ir más allá de señalar que los participantes hicieron llamadas y gastaron dinero, pero no así de las cantidades exactas gastadas por cada uno de ellos por estos conceptos.

Se ha realizado el preceptivo trámite de audiencia a los interesados, habiéndose presentado diversos escritos en los que algunos de los interesados solicitan la devolución de los 300 euros, en concepto de precio público satisfecho, y otros 300 en concepto de gastos, comida y teléfono; otros alegaron la imposibilidad material de entregar, transcurridos más de 6 meses de producido el viaje, prueba alguna de los gastos de los que, por su propia naturaleza, consumo en establecimientos de comida rápida, no guardaron constancia. Pero hubo un interesado, M.C.V.F., que reiterando la anterior petición de apertura probatoria formulada por varios de los padres, cuestiona que se abra el trámite de audiencia sin que se hubiera verificado el citado trámite probatorio; omisión que, manifiesta, es determinante de indefensión de parte.

2. En el presente supuesto nos encontramos, en cualquier caso, ante una contratación administrativa mediante la que el Cabildo -en cumplimiento del Decreto 155/1994, de 21 de julio, de transferencia de funciones de la Administración Pública de la Comunidad, que transfirió a los Cabildos Insulares funciones y servicios en materia de ocio y tiempo libre- adjudicó a una empresa por concurso el contrato de impartición en el Reino Unido de actividades académicas de idioma nativo y lúdicas mediante un régimen jurídico próximo a la gestión interesada o incluso al concierto de servicios públicos, pues el costo de la prestación del *servicio* se distribuye entre el Cabildo y los interesados y la modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tengan análogo contenido al del respectivo servicio.

La Administración adjudica un contrato *de prestación de servicios* para que el contratista preste un servicio mediante un régimen cofinanciado entre la Administración y los interesados, en el que existen para todas las partes (Administración, contratista e interesados) derechos y obligaciones recíprocas. Aunque una cosa es la contratación administrativa y otra la relación *que une* a los interesados con el contratista prestatario del servicio, en la que la posición de aquéllos es próxima a la de un consumidor o usuario.

La adjudicación del contrato no convierte a la relación entre contratista e interesados en relación contractual y privada, sino que es pública mediante la adhesión a las condiciones y requisitos aprobados por la Administración insular, teniendo el órgano de contratación las competencias que como tal le corresponden.

Justamente por ello, la reclamación instada por los reclamantes es administrativa y de responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, por lo que se entiende defectuosa gestión del servicio público prestado, que se produjo de forma deficiente o anormal, como incluso admite, en parte, la misma Corporación Insular. Sin perjuicio, claro está, de las relaciones contractuales que unen a Administración y contratista -y que a resultados del procedimiento contractual puedan ser convenientemente depuradas- y de las estrictamente privadas que unen al contratista con los terceros que en el Reino Unido ponen a disposición de aquél las instalaciones en las que prestar alojamiento (estancia) y servicios (clases) y que, obvio es, deben quedar ajenas a este procedimiento, aunque interfieran en el curso de los hechos.

III

1. La Propuesta de Resolución reconoce la responsabilidad administrativa por daño moral causado a los interesados, al estar probada la recogida irregular de los participantes en el aeropuerto, el cambio de residencia inicial con disminución de prestaciones y servicios (mayor distancia del núcleo urbano, ausencia de comedor, deficiente servicio de cocina) y deficiencias técnicas en el transporte, por lo que se reconoce a cada interesado una indemnización de 300 euros, actualizados a la fecha de terminación del procedimiento; y a la interesada Y.P.G., además, 183,75 euros en concepto de gasto de teléfono. Expresamente se desestiman las reclamaciones en concepto de "gastos generales, de teléfonos y comidas del resto de los reclamantes por no haberse justificado debidamente". También se desestima la pretensión indemnizatoria de "repetición de viaje por tratarse la campaña de verano de un procedimiento de concurrencia competitiva y no de la adjudicación de plaza objeto de pacto o convenio". Asimismo, se archivan las actuaciones respecto a cinco interesados, por no haberse personado en el procedimiento iniciado de oficio. La responsabilidad, finalmente, se imputa a la empresa concesionaria del servicio contra la que se acuerda proceder la repetición de 7.683,75 euros, que es el importe total de la indemnización que se propone abonar a los interesados.

2. En orden a la determinación de la responsabilidad de la Corporación insular han de tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

A. Las condiciones del viaje, transporte, lugar de estancia, actividades complementarias y servicio de aprendizaje de idiomas, figuraban en la documentación del expediente denominado Campaña de Verano Juvenil 2008. Estas

condiciones fueron objeto de contratación y conocidas por los interesados que al efecto, al menos, tuvieron una reunión informativa el 27 de junio en dependencias del propio Cabildo.

B. No obstante, pocos días antes del inicio del viaje se comunica que la inicial estancia en la ciudad de Wimbledon, Residencia W., debía ser sustituida por otra ciudad, Reading, y Residencia, R., por "reparaciones de urgencia" a realizar en la primera de las citadas. El cambio mejoraba, al parecer, las condiciones de la primera: estaba más cerca de Londres; en una ciudad y no en el campo; sólo se indica el inconveniente de que el transporte de la residencia al centro educativo pasaba de 15 a 30 minutos. Estos extremos fueron comunicados expresamente al Cabildo y a los padres, quienes aceptaron, en esas condiciones, el cambio.

C. A partir de ahí comenzaron una serie de hechos que según sea la fuente adquieren distinta dimensión. Para los alumnos, por boca de sus padres, fue una experiencia traumatizante: tras la llegada al aeropuerto, al ser muy tarde no fueron trasladados a la residencia en el autobús contratado, sino en taxis a hostales de pésima categoría a pasar la noche; la comida era escasa y de baja calidad; mayor distancia del núcleo urbano; bajo nivel de enseñanza del inglés; incumplimiento del programa de actividades y excursiones y deficiencias técnicas del transporte.

D. Tras el regreso, hubo una reunión en el Cabildo entre todas las partes, con presencia de la Consejera competente, que pidió disculpas y asumió la responsabilidad por los hechos.

E. Respecto a los informes y alegaciones formuladas se señala lo siguiente:

a. El Servicio de Juventud, Educación y Mujer informa de los extremos administrativos del viaje y de las quejas recibidas de los padres. El cambio de residencia se asumió y los padres consintieron; los problemas de logística fueron solventados por el propio contratista que se personó en el lugar para resolverlos, aunque la distancia entre Residencia y Colegio no baja de 90 minutos; que el contratista ha comentado con los jóvenes la posibilidad de retornar a Tenerife, a lo que se niegan; los padres tampoco barajan esa posibilidad. El 13 de julio un Técnico del Servicio viajó a supervisar las actividades, entrevistándose con el Director de la Escuela, el cual manifestó que los alumnos eran muy "protestotes" y que no tenían razón en sus quejas. Tras reunirse con los jóvenes constató que su mayor reclamación estaba en "la distancia" que tenían que recorrer dos veces al día; la logística fue mala los tres primeros días, pero luego mejoró; y en cuanto al nivel lectivo, había opiniones variadas. El informe fue favorable "pese que no se ha ejecutado a plena

satisfacción: incumplimiento de la calidad de la residencia y de la manutención" condicionando el pago a "la penalización por los dos incumplimientos señalados".

b. El contratista alega que el cambio de ubicación no dependió de ella y que se le dijo, en su momento, que la distancia entre la nueva Residencia y el Colegio era de 20 minutos, cuando en realidad era de "hora y media". Además de las disculpas, ofrece de forma gratuita a los padres un "curso de dos semanas en el centro de formación (...) en Tenerife, durante el mes de agosto, con transporte incluido".

En fase de alegaciones, el contratista señaló que los alumnos fueron recogidos en el aeropuerto por responsables de la Escuela y pernoctaron en el lugar por ser ya muy tarde.

Los problemas culinarios derivaban de las diferencias culturales, pero se cumplió lo pactado al respecto. No es cierto que no hubiera comedor ni personal de cocina que los atendiera; de hecho tenían una cocina-comedor en exclusiva para ellos.

La distancia pasó de los iniciales 20 minutos a 50 minutos, lo que en su momento fue aprobado por la Corporación. Que la demora en la salida hacia la Escuela fuera de 90 a 120 minutos diarios se debía a los propios alumnos que habían trasnochado, recibiendo la monitora (S.G.-A.R.) las quejas de los responsables de la Residencia; el programa de inglés se impartió conforme lo acordado y pactado. El resultado fue satisfactorio, sin que se pueda ser responsable "del aprovechamiento personal de cada uno de los alumnos", alguno de los cuales, "al no estar de acuerdo con el contenido o las actividades a realizar, se ausentaban sin explicación alguna de las clases". Tras las quejas iniciales, se amplió el programa previsto de actividades y excursiones.

Se asumen las deficiencias del transporte (autobús con menos capacidad que alumnos), lo que obligó a que en ocasiones los alumnos viajaran en el pasillo, sentados. Problemas que se solucionaron con la contratación de un segundo autobús.

c. Finalmente, la monitora, S.G.-A.R., emite informe del que resulta que "la mayor parte de las alegaciones son reales". El transporte identificado en el programa es "inexistente"; las condiciones del hostel de la primera noche son "pésimas"; y la capacidad del transporte no es "suficiente". Pero, había comida suficiente y todos los días, sin perjuicio de que algunos, por razones culturales, prefirieran renunciar a la misma y comprarla fuera; la queja de que dormían poco era porque se iban a la cama tarde, de "1:30 a 2:30 horas de la mañana"; en "múltiples ocasiones los

alumnos no acudían a las clases”; “tomaron la ley en sus manos cuando no estaban de acuerdo con algo, faltando a sus horas lectivas y desplazándose fuera de las instalaciones sin permiso previo”; no aprovecharon las actividades “debidamente”; no se interesaron por la “cultura e historia (...) y su principal objetivo era comprar en tiendas”. Su comentario final es que si el principio fue “algo turbulento”, la situación “se dramatizó y se exageró en multitud de ocasiones sin razones aparentes, dificultando la posibilidad de conocer un país y las diversas formas de vida que se le estaban ofreciendo”

3. En suma, a la vista de lo expuesto se estima que existe relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado, estimándose conforme a Derecho la Propuesta de Resolución. No obstante, se realizan las siguientes consideraciones:

A. No consta en la documentación remitida el documento concerniente a las obligaciones de los alumnos, cuya forma de proceder podría haber incidido en algunos de los hechos determinantes de la reclamación, en función de su comportamiento.

B. Los alumnos, al margen de las deficiencias, estuvieron siempre acompañados por la Monitora, por lo que no puede considerarse la situación como de abandono. Cuando el responsable de la empresa contratista se personó en el lugar las condiciones mejoraron, aunque no todas. De hecho se ofreció la posibilidad de retornar y los alumnos declinaron y los padres también.

C. Se trata de una actividad realizada en país extranjero, en la que se presta atención tanto a los aspectos académicos, como a los lúdicos y a la experiencia que supone conocer e integrarse en otra cultura o modos de vida. Esta experiencia, para algunos adolescentes, puede ser dura y difícil, por lo que supone de quiebra del entorno familiar habitual y su sustitución temporal por otros hábitos y costumbres distintas. Pero el choque cultural forma parte de la propia experiencia, que no sólo es lectiva, sino educativa en sentido lato.

No obstante, queda probado que, aparte de la recogida irregular de los participantes, con el cambio de residencia hubo una disminución de prestaciones y servicios, especialmente en los tres primeros días. En el informe del Técnico de la Unidad se considera que ha habido “incumplimiento en la calidad de la residencia y de la manutención”.

D. Los problemas con el transporte -un autobús insuficiente para trasladar a todos los alumnos y la distancia entre la residencia y las clases- están, asimismo, probados.

4. Cuestión distinta es lo concerniente a los fallos de organización del contratista, que si bien no constituyen hechos determinantes de responsabilidad extracontractual, sí pueden ser constitutivos de responsabilidad contractual, de conformidad con lo que establezcan los Pliegos. Tal responsabilidad deberá depurarse, en su caso, entre Cabildo y contratista en función de la relación contractual existente entre ellos.

5. En resumen, los alumnos sufrieron contratiempos, que, dentro del tipo de viaje, no se consideran como un daño moral grave, y, por otra parte, se estima que no recibieron adecuadamente las prestaciones contratadas, debiendo pagar algunos gastos a su costa (comida) y ponerse en contacto con sus familiares para comunicarles los hechos (gasto telefónico). La cuantía de la indemnización propuesta conceder se considera adecuada para resarcir tanto los daños morales, como los mayores gastos habidos, es decir, por todos los conceptos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, existiendo nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, si bien, en lo que se refiere a la indemnización, el Cabildo de Tenerife debe fijarla de conformidad con lo expuesto en el Fundamento III.5.