

LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A GRAVES INCUMPLIMIENTOS DE GUARDERÍAS INFANTILES¹

*Miguel Fernández Benavides
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

HECHOS

Los hechos que dan lugar a la presente consulta, y que han sido puestos en conocimiento del Centro de Estudios de Consumo de la UCLM por la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Torrelodones, son los siguientes:

Unos padres contrataron los servicios ofrecidos por una empresa, cuyo establecimiento se encuentra ubicado en un centro comercial, y cuya actividad consiste en prestar el servicio de guarda infantil con actividades lúdicas. De esta forma, a cambio de una cantidad dineraria que el usuario ha de abonar por tramos de tiempo, el personal del establecimiento se encarga de la guarda y atención de los niños, pudiendo los padres realizar cómodamente las compras sin la compañía de sus hijos de corta edad. Así las cosas, los padres regresaron al establecimiento poco tiempo después de haber dejado a su hija de tres años, descubriendo que la niña no se encontraba y que el personal a cuyo cuidado había quedado no podía dar razón de su paradero. Finalmente, tras la búsqueda de los padres por todo el centro comercial, la niña terminó apareciendo junto a las escaleras mecánicas, sola y desorientada.

CONSULTA

En vista de los hechos descritos, la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Torrelodones formula al Centro de Estudios de Consumo de la UCLM la siguiente consulta: ¿qué tipo de contrato une a las partes?; ¿debe estimarse que existe una relación de consumo entre los padres y la empresa encargada de la guarda de menores?; ¿qué normativa resultaría aplicable en este supuesto?; ¿qué infracciones ha podido cometer la empresa?;

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.



www.uclm.es/centro/cesco

¿cabe resolución contractual y devolución del precio?; ¿cabría exigir a la empresa el pago de una indemnización?

RESPUESTA

Naturaleza del contrato

La primera cuestión que hemos de valorar en la resolución de la presente consulta, no es otra que la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre los padres de la menor y el centro dedicado a prestar servicios de guarda infantil. En este sentido, la prestación de servicios por precio, que constituye el objeto del artículo 1544 del Código Civil, admite en su amplio abanico la de la actividad desenvuelta en el seno de guarderías infantiles (STS 1103/1999, de 20 de diciembre, RJ 1999/9356). Así pues, nos encontramos ante un contrato civil de arrendamiento de servicios, en el que una de las partes se obliga frente a la otra a prestarle un servicio a cambio de un precio cierto. En cuanto a la naturaleza jurídica de la relación, hemos de señalar que el arrendamiento de servicios se configura como un contrato consensual, bilateral y oneroso (existen obligaciones recíprocas y remuneración o precio en favor del arrendatario) y esencialmente temporal. Así mismo, nos encontramos ante un contrato del que dimana una obligación de hacer, es decir, de prestación de servicio o de mera actividad. En el caso que nos ocupa, dicha actividad a desarrollar por el arrendatario consistiría en la guarda y cuidado de los menores (así como la realización de actividades lúdicas para el entretenimiento de los mismos), determinándose a cambio un precio en función de la duración del servicio, a cuyo pago se obliga el arrendador a modo de contraprestación.

Existencia de relación de consumo

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 3 TRLGDCU, son consumidores y usuarios “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Por su parte, el artículo 4 de la norma señalada, define al empresario como “toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada. Por lo que se refiere a los padres, no cabe duda de su condición de usuarios, pues no han contratado el servicio en el ámbito de ninguna actividad empresarial o profesional. En cuanto a la noción de empresario, son tres los elementos que se contienen en la definición ofrecida por la norma: ha de tratarse de una persona física o jurídica, que puede tener una naturaleza pública o privada, y que desarrolla una actividad empresarial o profesional. Así, en el supuesto que nos ocupa, el establecimiento (de naturaleza privada) ofrece al público un servicio de guarda y atención de los niños, así como de realización con estos de actividades

lúdicas. Dicha prestación constituye su actividad empresarial o profesional, a cambio de la cual recibe un precio determinado en función de la duración de la prestación (Cabe recordar que la guardería seguiría considerándose empresario a efectos de aplicar el normativa de consumo, aún en el caso de no existir ánimo de lucro, como ocurriría en el supuesto de que se tratase de una guardería pública. Véase, en este sentido: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2011/19-2011-5.pdf>).

Regulación aplicable

En vista de lo expuesto hasta el momento, ya podemos advertir que normas resultan de aplicación al supuesto que nos ocupa. En primer lugar, dado que nos encontramos ante una relación de consumo, hemos de tener en cuenta lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), así como la normativa autonómica en materia de consumo (fundamentalmente, la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección del Consumidor de Madrid). Especialmente, por lo que respecta a la mencionada normativa, habremos de valorar las conductas prohibidas y las sanciones previstas en lo relativo a eventuales vulneraciones de los derechos de los consumidores y usuarios.

En cuanto a la relación privada existente entre las partes, hemos de acudir a lo dispuesto en el Código Civil (*vid.* art. 1544), si bien es verdad que el contrato de arrendamiento de servicios está pobremente contemplado en los artículos 1583 a 1587. Así pues, debemos prestar especial atención a lo pactado por las partes vía autonomía de la voluntad (arts. 1255 y 1258 CC), si bien es verdad que los hechos no nos aportan demasiada información (más allá de lo esencial) acerca del contenido obligacional de contrato celebrado por las partes. En todo caso, y por lo que aquí nos interesa, resultan de aplicación igualmente las disposiciones relativas al régimen de responsabilidad contractual previsto en los artículos 1101 y ss. del Código Civil, y, singularmente, el artículo 1124 relativo a la resolución contractual por incumplimiento.

Posibles infracciones cometidas por la empresa

En virtud del artículo 8 TRLGDCU, se reconoce a los consumidores y usuarios el derecho a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad. Por su parte, el artículo 11 establece que los servicios puestos en el mercado deben ser seguros, considerando como tal, aquellos que, “en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles (...) no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas”. Por lo que respecta a la normativa autonómica en materia

de consumo, la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección del Consumidor de Madrid, establece en su artículo 5.1 que “los productos, bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, ya sea a título oneroso o gratuito, deberán ser seguros”. En cuanto a los supuestos de posible vulneración del mencionado derecho a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad, la norma señalada establece un régimen sancionador en sus artículos 46 y ss. Así, las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid, que ostentan la potestad sancionadora en materia de Consumo, habrán de vigilar y castigar, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, aquellas conductas que constituyan alguna de las infracciones previstas en la normativa, y que tengan lugar en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En este sentido, habida cuenta de los hechos que dan lugar a la presente consulta, entendemos que resulta aplicación el artículo 47.2 de la Ley 11/1998, en virtud del cual constituyen infracción en materia de Protección de la salud y seguridad de los consumidores, “las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud o seguridad de los consumidores, ya sea en forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate”. Por lo que respecta a la calificación de las infracciones, establece la norma que habrán de ser consideradas leves, graves o muy graves en función de la concurrencia de diversos criterios (art. 52.1), entre los que podemos destacar los siguientes: el daño o riesgo para la salud o seguridad de los consumidores, la negligencia grave o dolo, y la afectación directa a un colectivo especialmente protegido (entre los que se encuentra la infancia *ex* artículo 4.2.a).

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la corta edad de la niña dejada al cuidado del empresario (tres años), y las demás circunstancias mencionadas en los hechos (que la menor se hallaba sola y desorientada fuera del establecimiento y que los cuidadores desconocían completamente su paradero) parece que se ha producido un efectivo riesgo para la salud o seguridad de la niña (art. 47.2). Por otra parte, el empresario habría actuado concurriendo negligencia grave, en atención al evidente incumplimiento del especial deber de cuidado que le correspondía en la realización de una actividad como la guarda y cuidado de menor. En efecto, dicho incumplimiento quedaría constatado a la vista del resultado producido, pues únicamente habiendo desatendido por completo el cuidado y vigilancia de una niña de 3 años, podría explicarse que aquella apareciese sola fuera del establecimiento y que los cuidadores ni se hubieran percatado de su desaparición. Así pues, nos hallamos ante la infracción prevista en el artículo 47.2, que ha de ser calificada como grave al haber concurrido un comportamiento gravemente negligente por parte del empresario (art. 51.1).

Por lo que se refiere a los demás criterios de modulación de la sanción señalados anteriormente (el daño o riesgo para la salud o seguridad de los consumidores y la

afectación directa a un colectivo especialmente protegido), consideramos que no han de ser aplicados en este supuesto. Así, respecto del primero, cabe señalar que resultaría ilógico y arbitrario considerar nuevamente el criterio del “riesgo para la salud o seguridad” *ex* Art 51.1 (en tanto que elemento de agravación de la sanción), cuando dicho criterio ya se hallaba comprendido en la propia conducta constitutiva de la infracción en materia de Protección de la salud y seguridad de los consumidores prevista en el artículo 47.2. En cuanto al criterio de la “afectación de un colectivo especialmente protegido”, entendemos que la expresión utilizada por el precepto parece referirse a la infancia en tanto que colectivo, y no a la afectación aislada en un supuesto concreto. Asimismo, habríamos de añadir que la propia distribución del contenido del artículo 52 (justo después de la “generalización de la infracción en cuanto al número de destinatarios afectados”), excluiría la aplicación del criterio de acuerdo con una interpretación sistemática de la norma (art. 3 CC).

En conclusión, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 52.3 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección del Consumidor de Madrid, nos encontramos ante una infracción grave, que habrá de ser castigada mediante la imposición a la empresa responsable de una sanción, consistente en multa de hasta 2.500.000 pesetas (15.025,30 euros).

Resolución por incumplimiento

Como habíamos señalado anteriormente, resulta de aplicación en este supuesto el artículo 1124 del Código Civil, en virtud del cual “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”. Así, la resolución por incumplimiento que contempla el precepto mencionado prevé el caso de que, en obligaciones sinalagmáticas, como las derivadas del contrato de arrendamiento de servicios, la parte que ha cumplido pueda resolver si la otra parte no cumple. En este sentido, la jurisprudencia ha venido considerando que para estimar la existencia de incumplimiento, basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa no imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (Por todas: STSS 3 de marzo de 2005, RJ 2005/4731, y 26 de noviembre de 2007, RJ 2008/28).

En el caso que da lugar a la presente consulta, no cabe duda de que se ha producido un incumplimiento por parte del arrendatario de su obligación esencial, que no era otra que la de desarrollar diligentemente la actividad consistente en la guarda y cuidado de los menores dejados a su cargo. En este sentido, no cabe duda de que la actividad desenvuelta en el seno de guarderías infantiles, requiere (como mínimo) del efectivo cuidado de los menores según las exigencias de su corta edad. Para ello, es

imprescindible ofrecer un entorno seguro en el que los niños puedan desenvolverse, pero también se requiere su cuidado personal permanente, estando siempre en su compañía y presencia para velar por su bienestar y seguridad. Así las cosas, el hecho de que la niña apareciese sola fuera del establecimiento y que los cuidadores no supiesen nada de su paradero, es objetivamente suficiente para constatar que se ha producido un verdadero incumplimiento contractual. Por lo tanto, en aplicación del mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1124 CC, la parte incumplidora ha de restituir las prestaciones efectuadas por la parte que sí ha cumplido lo que le incumbía, de tal forma que el titular del establecimiento habrá de proceder a efectuar la devolución íntegra del precio abonado por los padres.

¿Existe obligación de indemnizar a los padres?

Junto con resolución de la obligación prevista en el artículo 1124 CC, hemos de recordar que el precepto ofrece igualmente al perjudicado la posibilidad de exigir a la contraparte el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento. En este sentido, en caso de haberse producido daños personales (físicos) como consecuencia del incumplimiento por parte del establecimiento de guarda infantil (Ej.: la niña sufre una lesión mientras se encuentra desatendida lejos del establecimiento) habría resultado relativamente sencillo acreditar y cuantificar el daño sufrido, en aras a exigir la indemnización correspondiente a la contraparte. Sin embargo, no constando en los hechos que se produjera daño alguno de dicha naturaleza, cabe recordar la dificultad que ha encontrado nuestra jurisprudencia a la hora de admitir la consideración del daño moral en la cuantificación de la indemnización debida por incumplimiento de contrato. En efecto, la causación de un daño moral puede definirse como la “alteración del equilibrio psicológico de la víctima causado por la emoción o impresión que produce en ella la frustración de una expectativa”, y con su apreciación se “pretende reparar el equilibrio personal injustamente alterado. Esto es lo que, con una fórmula sumamente expresiva, nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina relacionó con la alegría de vivir” (RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Daño Moral*, BIB 1998/717, Aranzadi Civil-Mercantil, 1998).

Respecto de los hechos que dan lugar a la presente consulta, parece, en principio, que puede existir un daño moral indemnizable. En efecto, no cabe duda del considerable impacto emocional que debió suponer para los padres descubrir que su hija no se hallaba en el establecimiento de guardería donde la habían dejado. Asimismo, tampoco dudamos de la difícil situación emocional que debió sufrir la menor, de tan solo tres años de edad, al hallarse sola y desorientada en medio de un centro comercial. Sin embargo son varios los posibles elementos de juicio que no constan en los hechos, y que podrían servir en la labor de acreditar la existencia de un daño indemnizable. Por

una parte, desconocemos si la alteración del equilibrio psicológico pudo prolongarse en el tiempo más allá del incidente. En este sentido, por ejemplo, podría ocurrir que como consecuencia del percance surgiera en la niña (o incluso en los padres) un sentimiento de terror o fobia respecto de la utilización de servicios de guardería o cualesquiera otras situaciones que supusiesen dejarla bajo el cuidado de terceros. Así, la realización de una acción cotidiana, como dejar a los hijos en la guardería habitual, podría tornarse imposible como consecuencia de la producción de un miedo intenso y desproporcionado respecto de dicha situación concreta. Por lo tanto, si los padres llegasen a acreditar debidamente la existencia de traumas posteriores en los términos expuestos (Ej. mediante el oportuno informe forense), y que dichos traumas son consecuencia del incidente, no cabe duda de que podría estimarse finalmente la existencia de un daño moral indemnizable. Por otra parte, desconocemos durante cuánto tiempo se prolongó la desaparición de la niña. En este sentido, más allá de la angustia generalizada y de los posibles traumas posteriores sufridos por la niña o los padres, cabría plantear qué ocurre con la pérdida de tiempo de ocio sufrida por los padres. Así, por ejemplo, si acudían al centro comercial para pasar una tarde o mañana de compras y ocio, es indudable que un incidente como el ocurrido (sobre todo si la búsqueda se prolongase en el tiempo), frustraría las legítimas expectativas iniciales de los padres, al acabar con la amenidad que buscaban. En este caso, estaríamos hablando de un daño moral por pérdida de tiempo de ocio, cuya procedencia ha admitido la jurisprudencia en otros ámbitos [tales como: el retraso o cancelación de vuelos (*Vid.* SAP Las Palmas núm. 84/2011 de 4 de marzo, AC 2011/1887, SAP Pontevedra núm. 342/2006 de 7 de junio JUR 2006/25340), o en materia de viajes combinados (SAP Barcelona núm. 161/2010 de 4 de marzo, AC 2010/945)], y que podría estimarse en el supuesto que nos ocupa, previa acreditación de los elementos señalados anteriormente.

En vista de lo anterior, son varias las conclusiones a señalar. En primer lugar, parece evidente que la situación de incertidumbre y miedo que seguramente vivieron, tanto los padres como la hija, supuso un incuestionable impacto emocional, como lo habría supuesto para cualquier “sujeto medio” colocado en su misma situación. En segundo lugar, también parece que pudo producirse una pérdida de tiempo de ocio para los padres durante el tiempo de búsqueda de la niña. Sin embargo, dado que no contamos con la información mínima necesaria sobre los dos extremos expuestos (Ej. no sabemos si existen traumas posteriores como consecuencia del incidente, o durante cuánto tiempo se prolongó la búsqueda de la niña), no podemos pronunciarnos sobre cuál sería la resolución más ajustada a Derecho en el presente supuesto, sino tan solo apuntar algunas posibles hipótesis. En todo caso, lo que si hemos de constatar es la importante dificultad probatoria que pesaría sobre los padres, en caso de que decidiesen reclamar en vía judicial una compensación pecuniaria de los daños morales sufridos. En resumen, si finalmente se interpusiese la correspondiente demanda, entendemos que

podría exigirse la reparación del daño moral por dos conceptos (en caso de que se concudiesen efectivamente las respectivas circunstancias): en primer lugar, por la pérdida de amenidades de la tarde de ocio, consecuencia de la búsqueda de la niña y la posterior ansiedad derivada del incidente, y, en segundo lugar, por las eventuales secuelas psicológicas (tanto de la niña como de los propios padres) resultantes del impacto emocional sufrido en aquellos momentos dramáticos.

CONCLUSIONES

Primera: Que las partes se encuentran vinculadas por un contrato de arrendamiento de servicios de acuerdo con el artículo 1544 del Código Civil, en virtud del cual una de las partes se obliga frente a la otra a prestarle un servicio a cambio de un precio cierto.

Segunda: Que de la misma forma, nos hallamos ante una relación de consumo de acuerdo con el concepto consumidor y usuario recogido en el 3 TRLGDCU, y de empresario previsto en el artículo 4 de la misma norma.

Tercera: Que en vista de lo expuesto en las dos primeras conclusiones, resultarán de aplicación dos cuerpos normativos. De una parte, habremos de atender a lo dispuesto en el TRLGDCU, así como a en la normativa autonómica en materia de consumo (Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección del Consumidor de Madrid). Por otra parte, en lo que respecta a la relación privada existente entre las partes, resultarán de aplicación las disposiciones previstas en el Código Civil (arts. 1544, 1583 a 1587, 1255, 1258 y 1101 y ss.).

Cuarta: Que de acuerdo con el régimen sancionador que prevé la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección del Consumidor de Madrid, podrá la Administración competente imponer al empresario una sanción de hasta 15.025,30 al considerar que nos hallamos ante una infracción grave (arts. 5.1, 46, 47.2, 52 y 53 Ley 11/1998, en relación con arts. 8 y 11 TRLGDCU).

Quinta: Que habiéndose producido un incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, procede resolver el contrato conforme al artículo 1124 CC, de tal forma que el titular del establecimiento (arrendatario) habrá de devolver el precio íntegro abonado por los arrendadores.

Sexta: Que no habiendo sufrido daño físico o material alguno la menor extraviada y tampoco los padres, resultaría ciertamente difícil acreditar el eventual daño moral infligido a los perjudicados. En principio, atendiendo a los escasos datos con que contamos, no podemos afirmar que el padecimiento sufrido (generador de eventuales secuelas) o la pérdida de tiempo de ocio, sean de la suficiente entidad como para generar una obligación indemnizatoria a cargo de la parte incumplidora del contrato.