

RESPONSABILIDAD EN RESIDENCIAS

Raimundo Prado Bernabéu

Magistrado Sala Contencioso TSJ
Extremadura. Profesor asociado Facultad
Derecho Cáceres UEX

Patricia Gutierrez Escobero

Juez delegada de discapacidad del TSJ de
Extremadura



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica

INTRODUCCIÓN-FINALIDAD

Este breve trabajo, no posee como finalidad ser un tratado o manual. Tampoco un compendio exhaustivo acerca de la responsabilidad patrimonial, extracontractual o contractual en el ámbito de las residencias de mayores. Ni mucho menos se encamina a examinar el régimen jurídico de las citadas residencias desde un punto de vista estrictamente organizativo ni tampoco desde el concesional. Este modesto análisis se encamina “prima facie” a examinar de manera somera, pero por ello no menos rigurosa, un tema que segura y desgraciadamente se va a plantear tanto en sede administrativa como judicial. Se trata de la posible responsabilidad en la que hayan recaído aquellos centros geriátricos, residencias de mayores, etc. (La terminología no es ahora tan trascendente) por los residentes fallecidos en esos centros durante la pandemia que asola a los países del mundo y en especial en España. Asimismo, dada la amplia problemática competencial que se plantea y teniendo en consideración la similitud en las propias competencias estatutarias asumidas por las CCAA, así como en su normativa de desarrollo, vamos a centrar la cuestión en la medida de lo posible en el ámbito de la Comunidad extremeña. El diario “El Mundo” en su edición de 10 de abril de 2020 indicaba que 9.000.000 de personas en España poseen más de 65 años y más de tres millones son mayores de 80 años. Afecta a una proporción muy elevada de personas que se hallan en geriátricos. En el periódico El país reseñó que la consejería de Políticas Sociales ha informado de que 4.953 personas han muerto en 710 residencias de servicios sociales. De ellas, 475 son residencias de mayores, pero por el momento se desconoce la cifra específica solo en estos centros. Solo ha trascendido hasta la fecha la cifra que este martes ofreció en la Asamblea de Madrid el consejero de Sanidad, Enrique Ruiz Escudero (Partido Popular): 2.820 fallecimientos en estos centros desde que comenzó la crisis. A Madrid le sigue en número de casos Cataluña, que el lunes reportó 1.898 muertos en residencias de ancianos, una cifra que facilitan los propios centros y que incluye no solo los casos confirmados con test, también a quienes fallecieron con síntomas compatibles con la enfermedad. Castilla y León contabilizan 827 fallecimientos confirmados por covid-19 en 1.214 centros residenciales (de ellos, 698 son centros de mayores). Además, informa de 1.039 personas que murieron con síntomas compatibles. Castilla-La Mancha informa de 621 fallecidos por coronavirus solo en centros de mayores. En el periódico el Mundo del 24 de abril indica que en Extremadura el 89% de víctimas se concentra en estas residencias

Según datos del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, correspondientes a 2018, en España hay unas 381.000 plazas en más de 5.400 residencias de mayores. Aunque nos centraremos en el ámbito extremeño, en realidad y por la similitud legal, con las modificaciones mínimas, la cuestión puede aplicarse a cualquier autonomía.

Expuesto lo anterior, reseñar que nuestra idea evidentemente es ajena a cualquier cuestión de gestión política o ideológica, tratamos únicamente de examinar las normas y llegar a unas determinadas conclusiones, correspondiendo a interesados y operadores jurídicos tener en consideración lo que aquí se expone. Este trabajo se desdobra en dos ámbitos, el primero referido a responsabilidad patrimonial y la segunda parte a responsabilidad civil en sus dos vertientes contractual y extracontractual. En realidad, lo que pretendemos es intentar clarificar las múltiples normas que convergen, detectar los posibles problemas y las posibles soluciones cuyo final como corresponde y en caso de discrepancia deberá ser resuelto por los Tribunales.

PROBLEMÁTICA

El artículo en cuestión se topa con varios problemas que vamos a intentar abordar. En primer lugar, el competencial. Decimos lo anterior porque como sabemos, desde la aprobación de la Constitución de 1978 la misma contiene una serie de preceptos, en especial los arts. 148 y 149 que atribuyen una serie de competencias a las comunidades y al Estado que en ocasiones son compartidas a veces concurrentes y no siempre exclusivas. A lo anterior y en aras del concepto “autonomía local” que preconiza el art 137 y las leyes básicas que la enmarcan, en especial la LBRL, los ayuntamientos y otros entes locales asumen igualmente responsabilidades competenciales que inciden en la cuestión a tratar. A ese escollo que debe ser resuelto de acuerdo con los principios de prevalencia, supletoriedad y el propio de competencia desarrollados de acuerdo con la doctrina del TC, debe añadirse una circunstancia legal muy especial y es la adopción del Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, Decreto que en realidad es Ley como veremos más tarde y que permite adoptar diversas medidas restrictivas de derechos. Las circunstancias de este particular y agresivo virus que de manera progresiva, rápida y tenaz ha invadido cuerpos de seres humanos de cualquier nacionalidad, creencia o clase social cebándose de manera “inmisericorde” según las estadísticas en las personas más mayores determina la necesidad de examinarlo no sólo desde un punto de vista asistencial, humanitario y sanitario sino también legal.

En la gestión y responsabilidad en la prestación de servicios geriátricos en el concreto ámbito sanitario, convergen varias materias. Salud, servicios sociales, prestaciones asistenciales, etc., lo que complica más la cuestión a la hora de incardinar de manera específica las diversas responsabilidades en cada caso si es que las ha habido o si puede llegar a entenderse que hipotéticamente concurren las provenientes de las diversas administraciones. Por último y a la luz de los requisitos legales y jurisprudenciales de la denominada responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y en especial una de las circunstancias que las exime, cual es la “fuerza mayor” intentare llegar a unas conclusiones sobre los supuestos que pueden plantearse con carácter general.

MARCO JURÍDICO- COMPETENCIA

Con carácter general indicar que el actual Estatuto de Autonomía de Extremadura, aprobado por Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, recoge entre las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en su artículo 9.1.27. la de «Acción social. En particular, la promoción y protección de los mayores y la prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por cualquier tipo de discapacidad, dependencia o cualesquiera otras circunstancias determinantes de exclusión social. Prestaciones económicas de asistencia social diferentes de las de seguridad social», correspondiendo a la actual Consejería de Sanidad y Políticas Sociales, en materia de acción social, la promoción y protección de los mayores y atención de los colectivos afectados por cualquier tipo de discapacidad o dependencia, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 265/2015, de 7 de agosto por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y Políticas Sociales y se aprueban los Es-

tatutos del Servicio Extremeño de Promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia (SEPAD) . Por su parte en el ámbito sanitario la Constitución, en el artículo 149.1.17.a, reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Y en el artículo 149.1.16.a se reconoce también al Estado la competencia en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. Como es sabido, la Constitución establece un listado de materias de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1 CE) a partir del cual las Comunidades podrán incorporar a sus Estatutos la competencia sobre lo que no esté reservado al Estado en la Constitución. El artículo 150.2 de la Constitución española establece que el Estado podrá transferir o delegar a las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a una materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. De acuerdo con la doctrina constitucional, este precepto implica una decisión formalmente unilateral por parte del Estado, por el que la Ley orgánica estatal cumple una función atributiva de competencias (Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, fundamento jurídico 5) (Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1986, de 20 de febrero). Esta vía de la transferencia o delegación de competencias del artículo 150.2 de la Constitución implica la asunción de un amplio abanico de potestades y responsabilidades incluyendo potestades normativas así como el correspondiente traspaso de recursos materiales, personales y financieros. Por Real Decreto 1477/2001, de 27 de diciembre, se traspasaron a la Comunidad Autónoma de Extremadura las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, así como los bienes, derechos y obligaciones, el personal y los créditos presupuestarios adscritos a los mismos que resultan del propio Acuerdo. No obstante, el Estado se reservó competencias, servicios y funciones, en concreto:

a) Las actuaciones que se establecen en el artículo 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

b) El ejercicio de la alta inspección, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

c) La coordinación general sanitaria, de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en los términos establecidos en el capítulo IV, del Título III, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Igualmente, en el citado Real Decreto se establece que se desarrollarán coordinadamente entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura, las siguientes funciones: El intercambio de información en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como el asesoramiento y cooperación con carácter permanente.

Por tanto y en lo que nos interesa, reseñar que la comunidad extremeña posee competencia exclusiva en lo tocante a protección de los mayores y transferida en gestión sanitaria, salvo algunas de carácter sanitario global a las que nos acabamos de referir que continúan siendo de titularidad y ejercicio estatal. No debe olvidarse tampoco que los artículos 25 a 27 de la LBRL, atribuyen asimismo responsabilidades competenciales a los Ayuntamientos, debiéndose destacar el art 27 cuando nos indica que: “ con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar,

siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias:.. Prestación de los servicios sociales...”

Expuesto lo anterior, como sucede asimismo en otros ámbitos la dispersión y variedad legislativa es asombrosa y “puzleriana”. Tanto en relación con la materia como con las funciones converge una múltiple y dispar normativa, no sólo desde el punto de vista horizontal sino también desde el jerárquico, normativa que se entrecruza de manera palmaria y que asusta no sólo a profanos sino también a profesionales del Derecho. Lejos quedaron los tiempos de legislaciones sencillas, escuetas y comprensibles. Pasemos a enumerarla.

LEGISLACIÓN

Con independencia de la ya resaltada en párrafos anteriores y haciendo el inciso que cada Comunidad posee una legislación que, aunque diferente es homogénea en el fondo, entendemos que para poseer una visión certera es necesario citar la siguiente:

1º) LEY 16/2003.- COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA DE SALUD. El objeto de esta ley es establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud.

Lo dispuesto en esta ley será de aplicación a los servicios sanitarios de financiación pública y a los privados en los términos previstos en el artículo 6 y en las disposiciones adicionales tercera y cuarta. En concreto citamos los siguientes preceptos:

Artículo 53. Sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

1. El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá un sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre las Administraciones sanitarias. Para ello en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se acordarán los objetivos y contenidos de la información.

El objetivo general del sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud será responder a las necesidades de los siguientes colectivos, con la finalidad que en cada caso se indica:

a) Autoridades sanitarias: la información favorecerá el desarrollo de políticas y la toma de decisiones, dándoles información actualizada y comparativa de la situación y evolución del Sistema Nacional de Salud.

Artículo 65. Actuaciones coordinadas en salud pública y en seguridad alimentaria.

1. La declaración de actuaciones coordinadas en salud pública corresponderá al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas, salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se le informará de manera inmediata de las medidas adoptadas.

2. La declaración de actuaciones coordinadas obliga a todas las partes incluidas en ella y deberán encuadrarse en alguno de los supuestos siguientes:

1.º Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública.

2.º Dar cumplimiento a acuerdos internacionales, así como a programas derivados de las exigencias de la normativa emanada de la Unión Europea, cuando su cumplimiento y desarrollo deba ser homogéneo en todo el Estado.

Para la realización de las actuaciones coordinadas podrá acudir, entre otros, a los siguientes mecanismos:

- a) Utilización común de instrumentos técnicos.
- b) Configuración de una Red de Laboratorios de Salud Pública.
- c) Definición de estándares mínimos en el análisis e intervención sobre problemas de salud.
- d) Coordinación de sistemas de información epidemiológica y de programas de promoción, protección de la salud, prevención y control de las enfermedades más prevalentes, cuando sus efectos trasciendan el ámbito autonómico.

3. La declaración de actuaciones coordinadas en materia de seguridad alimentaria corresponderá a la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/2001, de 5 de julio.

2º) LA LEY 14/1986, DE 25 DE ABRIL, GENERAL DE SANIDAD.

3º) LA LEY ORGÁNICA 3/1986, DE 14 DE ABRIL, DE MEDIDAS ESPECIALES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA (LOMESP)

4º) LA LEY 33/2011, DE 4 DE OCTUBRE, GENERAL DE SALUD PÚBLICA

5º) LEY 2/1994, DE 28 DE ABRIL, DE ASISTENCIA SOCIAL GERIÁTRICA. DECRETO 4/1996, de 23 de enero, por el que se regulan los establecimientos de asistencia social geriátrica. La Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y sistemas de protección de la población anciana en la Comunidad Autónoma de Extremadura, de las condiciones básicas a que deben someterse centros y establecimientos residenciales para mayores situados en el territorio de la Comunidad Autónoma y, por último, las normas de organización de los mismos. Art 14.- A los efectos de lo previsto en la presente Ley, se entiende por establecimiento residencial o centro dedicado a la atención de personas mayores, el conjunto de inmuebles y servicios destinados al alojamiento sea transitorio o permanente, a la atención alimenticia y a todas aquellas atenciones asistenciales dirigidas a diez o más personas de las comprendidas en el artículo 1.2. de la presente Ley.

2. Todos los establecimientos y centros residenciales, públicos o privados, destinados a los beneficiarios de la presente Ley, quedarán sujetos a lo dispuesto en la misma y a las disposiciones que se dicten en su desarrollo, siempre que sus actuaciones se realicen en el marco geográfico de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

6º) LEY 14/2015 DE 9 ABR. CA EXTREMADURA (SERVICIOS SOCIALES). -

7º) DECRETO 298/2015.- REGLAMENTO DE AUTORIZACIÓN, ACREDITACIÓN Y REGISTRO DE CENTROS DE ATENCIÓN A PERSONAS MAYORES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA.

8ª) ORDEN de 22 de abril de 2016 por la que se establece la relación de enfermedades de declaración obligatoria y su declaración a la Red de Vigilancia Epidemiológica de Extremadura que en su Artículo único establece que tendrán la consideración de enfermedades de declaración obligatoria las indicadas en el Anexo de esta orden. Asimismo, tendrán la consideración de enfermedad de declaración obligatoria:

- a) Los brotes epidémicos de cualquier etiología, incluso la no transmisible.
- b) Las situaciones de potencial impacto para la salud pública.

9º) RESOLUCIÓN DE 30 DE MARZO DE 2020, DEL VICEPRESIDENTE SEGUNDO Y CONSEJERO, POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EXCEPCIONALES DE INTERVENCIÓN SANITARIA MIENTRAS SE PROLONGUE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA PARA GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN MATERIA SANITARIA EN LOS CENTROS DE MAYORES DE CARÁCTER RESIDENCIAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA.

10º) LA ORDEN SND/265/2020, DE 19 DE MARZO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS RELATIVAS A LAS RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES Y CENTROS SOCIOSANITARIOS, ANTE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19; CON FECHA 24 DE MARZO FUE PUBLICADA LA ORDEN SND/275/2020 DE 23 DE MARZO, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE CARÁCTER ORGANIZATIVO. Se faculta al Servicio Extremeño de Salud, a través de sus órganos competentes, para adoptarlas medidas de intervención sanitaria previstas en las Órdenes Ministeriales mencionadas en el artículo anterior en los supuestos de sospecha de contagio por COVID-19 que se produzcan en los centros residenciales objeto de esta resolución. Esta intervención, que deberá atender a principios de necesidad y proporcionalidad y dirigirse a garantizar los máximos niveles de protección para residentes y trabajadores, podrá suponer, entre otras, la adopción de las siguientes actuaciones:

- Asunción de la dirección de los centros residenciales de mayores públicos y privados.
- Reubicación y aislamiento de pacientes.
- Selección y disposición de medios humanos y su vinculación asistencial al Área de Salud correspondiente sin perjuicio de su movilidad en función de las necesidades.
- Determinación del uso de los centros y sus medios materiales.
- Designación del empleado público a que se refiere el artículo Tercero. c) de la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo.

11º) LEY 41/2002 DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA.

ESTADO DE ALARMA

Existe una normativa dispersa para hacer frente a las crisis sanitarias: la ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP); el art. 26 de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS); y el art. 54 de la ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública.

Como señala Velasco Caballero “El poder público en situación de alarma se ejerce a través de la Constitución, no al margen de ella. Así lo recuerda expresamente el art. 1.4 LOEAES cuando dice que “la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes del Estado”. Y ya se ha dicho antes que entre los “poderes del Estado” hay que incluir tanto a los poderes autonómicos como a los locales. En este

sentido, los títulos competenciales autonómicos y locales no quedan directamente alterados por la situación de alarma, si bien el ejercicio ordinario de esas competencias queda parcialmente afectado. En principio, las medidas del Gobierno durante el estado de alarma pueden referirse a cualquier materia. Incluso cuando la materia en cuestión esté ordinariamente atribuida a una Comunidad Autónoma o las entidades locales. Pero esta incidencia estatal sobre las materias competenciales autonómicas no significa que durante el estado de alarma haya quedado en suspenso el orden constitucional de competencias. Significa, más simplemente, que con la declaración de alarma se ha activado una competencia potencialmente extensa del Estado, directamente derivada del art. 116 C.” Es importante destacar que el decreto de alarma del Gobierno, su prórroga, la autorización del estado de excepción o la adopción del Estado de sitio “son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley” (ATC 7/2012, FJ 9.º). Este valor de ley lo tiene también el Decreto de estado de alarma del Gobierno antes de su ratificación. La sola declaración de alarma por el Gobierno aún sin intervención del Congreso en su prórroga: es “una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración” (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10.º). Por tanto, el Derecho de excepción constitucional queda integrado por la Constitución, Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio que le dan cobertura y por las decisiones normativas con valor de ley de Gobierno (Decreto de alarma) y Congreso (art. 116 CE).

La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública es una ley genérica, tanto por los presupuestos “razones sanitarias de urgencia o necesidad” (art.1) como al regular las medidas a las que habilita. Al amparo de esta ley, si hay un “peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta” se pueden “adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control” (art. 2). Ya respecto de enfermedades transmisibles (art. 3) se habilita a “adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos” y, también con carácter genérico, “así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Hay que señalar que bajo la cobertura orgánica de esta Ley Orgánica 3/1986 se ubica el artículo 26 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que es básica (art. 2). Así, bajo el presupuesto “de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud”, su artículo 26. 1.º habilita a las autoridades sanitarias a adoptar resoluciones motivadas que impliquen medidas como “la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. En cada caso se fijará la duración de las medidas que pueden ser prorrogadas mientras se dé el presupuesto “de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó” (art. 26. 2.º).

De modo similar el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública habilita en general para “adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley” (art. 54. 1.º). Se dispone en concreto: “b) La intervención de medios materiales o personales; c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; d) La suspensión del ejercicio de actividades” y, con carácter general, “f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones” sanitarias de la ley. Se dispone que las medidas bajo el principio de proporcionalidad serán por “resolución motivada”, “previa audiencia de los inte-

resados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población” y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó.

Como señala el mismo autor en su publicación : “ La activación de la competencia estatal extraordinaria, derivada del art. 116 CE, puede dar lugar a decisiones que concurren con otras legítimamente adoptadas, antes o después del estado de alarma, por las Comunidades Autónomas o las entidades locales, no se puede hablar aquí de hipotéticos conflictos competenciales, sino de dos o más competencias legítimas que, cuando dan lugar a decisiones incompatibles, se articulan mediante el principio constitucional de prevalencia, cada Comunidad Autónoma, provincia, territorio histórico, isla, municipio o comarca puede seguir ejerciendo sus competencias ordinarias, aunque ahora ponderando necesariamente el nuevo fin constitucional de superación de la situación de emergencia (art. 116 CE). Cualquiera de esas decisiones, de cualquier entidad territorial y con cualquier forma (ley, reglamento, instrucción, resolución administrativa), y tanto anteriores como posteriores a la declaración del estado de alarma, quedan ipso facto en suspenso, cuando sean contrarias a cualquier medida o decisión concreta acordada por el Gobierno...” Ahora bien, con anterioridad al Decreto en algunas localidades, el órgano autonómico adoptó medidas excepcionales. En Extremadura, por ejemplo, el Diario Oficial de 13 de marzo recoge separadamente una serie resoluciones de las consejerías por las que se trasladan los Acuerdos del Consejo de gobierno, entre las que hay medidas de confinamiento específicas para el ayuntamiento de Arroyo de la Luz.

NATURALEZA JURÍDICA RESIDENCIAS DE MAYORES

Como indicábamos al inicio, no es objeto de este trabajo realizar un estudio histórico de la asistencia geriátrica o de la protección de los mayores, baste decir que el Estado comenzó a preocuparse de la cuestión esencialmente ya desde la Ley de Beneficencia de 1822, con posterioridad la de 1849, el RD de 11 de marzo de 1919 o la Ley de Bases de la Seguridad Social. Lógicamente y como debe ser, el Estado ha mostrado cierta preocupación por los “mayores” sobre todo en atención a su vulnerabilidad. Al aprobarse la Constitución, encontramos diversos preceptos que inciden en la materia no sólo a nivel de atribución de competencias como hemos observado con anterioridad sino también preceptos específicos como lo puede ser el art 41 o el 50. Realizado este preámbulo y como manifiesta el catedrático José María Rodríguez Santiago en su obra “Derechos fundamentales en residencia de mayores” aludiendo al comportamiento en las residencias de este tipo y los Derechos de los usuarios de las mismas, efectúa una referencia a Alemania y nos dice que...-la «Carta de los derechos de las personas necesitadas de asistencia» (Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen; en adelante, se citará como la Charta que, sin la cobertura de ninguna forma jurídica, sino como simple folleto informativo, fue aprobada en Alemania por una mesa redonda de expertos procedentes de todos los ámbitos en los que se trabaja en la dependencia (Ministerios Federales de familia, mayores, mujeres y juventud y de la salud, representantes de los Länder y de las entidades locales, organizaciones privadas y científicos, etc.)

El contenido de la Charta fija recomendaciones manejables por el personal y comprensibles por todos; y se gana notablemente, con ello, en seguridad jurídica.

El uso de sujeciones, para quien puede moverse y no da su consentimiento, tanto físicas como farmacológicas constituye una intensa limitación de la libertad personal (art. 17.1 CE), en cuanto concreta restricción coactiva de la libertad física o de movimientos (así se deduce de la doctrina contenida en la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11). El uso, en las mismas circunstancias, de sujeciones farmacológicas, como intervención médica no consentida en el propio cuerpo, afecta también a la integridad física del artículo 15 CE (STC 120/1990, FJ 8). En condiciones normales, no obstante, el uso de ambos tipos de sujeciones no constituirá un «trato inhumano y degradante» (art. 15 CE), si no se da el elemento de la vejación, la humillación o el envilecimiento, ni la intención de doblegar la voluntad del interno (STC 120/1990, FJ 9).

Parece evidente que la regulación de esta materia cae bajo el ámbito de la reserva de ley, al menos, del artículo 53.1 CE. Solo las leyes de servicios sociales de algunas Comunidades Autónomas, sin embargo, contienen una regulación expresa de estos supuestos. La norma que podría calificarse como estándar dispone que el uso de estas sujeciones requiere de prescripción y supervisión facultativa, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física del interno o de terceras personas. La adopción de estas medidas limitativas de la libertad puede ser, en parte, sustituida por adecuadas medidas alternativas: desde la «protección a través de la información» ...

Con independencia de la audiencia o del consentimiento de esa «persona de referencia», las decisiones que más intensamente afectan a derechos fundamentales —según se ha expuesto más atrás— deben estar sometidas a autorización judicial”.

La finalidad de las Residencias es garantizar la atención básica para el desarrollo de las actividades de la vida diaria y facilitar el mantenimiento de la autonomía de la persona mayor. No obstante, si el deterioro de sus capacidades es tan grave que se produce, junto a la pérdida de la independencia funcional, la falta de la autonomía para tomar decisiones, el objetivo será en todo caso atender a la persona mayor con las máximas garantías de respeto y dignidad. Por tanto, debe convenirse que la situación de ancianos en geriátricos choca en ocasiones o provoca que en su beneficio o en “pro” de la salvaguarda de Derechos superiores, otros derechos fundamentales deban ser restringidos momentáneamente, aunque ello no signifique claro está, vaciarlos de contenido. Esto que ahora se avanza, tendrá importancia para las conclusiones que luego formularemos. Por otra parte, examinadas las diversas prestaciones de las residencias geriátricas en diversas comunidades y sin necesidad de determinar las particularidades de cada una de ellas, si podemos establecer un elenco de obligaciones de la red de centros y en contraposición derechos de los usuarios que a las mismas pertenecen. Así prestar cuidados sociosanitarios y de rehabilitación mediante una atención integral personalizada, ofreciendo un trato digno y respetando la voluntad de las personas usuarias y, en su caso, teniendo en consideración la aportación de sus familiares.

En todo caso, con independencia de la titularidad de los centros o del tipo de gestión de los mismos, todos están sujetos a la normativa vigente en materia de servicios sociales que define el régimen jurídico del funcionamiento y las autorizaciones para la prestación de los servicios, de acuerdo con las condiciones mínimas o básicas que se exigen en las

correspondientes disposiciones legales. Además, en el caso de los centros residenciales incluidos en la red pública regional, también se ven afectados por las prescripciones técnicas y las estipulaciones específicas que se suscriben en los correspondientes contratos, conciertos o convenios con las respectivas entidades. Se incluye servicios y programas para la promoción,

la prevención, el mantenimiento y la asistencia a la salud de cada persona usuaria del centro, así como su adaptación a los cambios y situaciones de urgencia.

Llegados a este punto y habiendo examinado globalmente las competencias de las comunidades autónomas en la materia, el siguiente paso es diferenciar si a los posibles efectos de responsabilidad que analizamos es importante que el centro sea privado o público. Inicialmente puede parecerlo ya que en principio la relación entre un usuario y una entidad privada se rige por el derecho privado e incluso aunque la misma sea de titularidad administrativa, también sucedería pues como sabemos las entidades públicas pueden actuar bajo determinados condicionantes como personas jurídicas privadas. En Extremadura el SEPAD, realiza una diferenciación entre Residencias gestión directa, plazas sociosanitarias, plazas residenciales, centros de día, centros privados acreditados. Residencias gestión directas, plazas sociosanitarias,

T3 (Plazas Sociosanitarias T3), T4 (Plazas residenciales T4), CDG.D.(Centros de Día Gestión Directa), PVS

(Plazas Vinculadas al Servicio en Centros Privados Acreditados).

A efectos procesales y como en conclusiones veremos, entendemos que por mor de la normativa administrativa contractual, estas relaciones están fuera de la órbita de la LCSP y lo están ya que el art 11 LCSP 2017 manifiesta que .- Se excluyen, asimismo, de la presente Ley las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general...6.- Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. No está de más tampoco adelantar que de conformidad al art 1 LJCA. - Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo. Por su parte el art 2 indica que .. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con...

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Podemos adelantar asimismo que a efectos de competencia para el enjuiciamiento de estas cuestiones y en nuestra opinión, será la jurisdicción contenciosa la competente ya que como veremos más adelante, no se está dirimiendo una estricta cuestión contractual o extracontractual civil, sino que en la responsabilidad dañosa que ha podido provocarse por una negligente gestión del COVID-19, la intervención de las autoridades administrativas se torna como elemento determinante.

ELEMENTOS RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Recientemente Gabriel Doménech en la Revista: “El Cronista” efectúa en un artículo una serie de consideraciones acerca del tema de la responsabilidad patrimonial y la situación provocada por el Covid 19, indica que en relación a las normas generales, contenidas en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), y en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF), conviene tener en cuenta algunos factores. El primero es que tales normas generales son enormemente abiertas, ambiguas y poco precisas, lo que en la materia entraña inconvenientes y una ventaja. El inconveniente es que no dan una respuesta específica ni clara a las cuestiones que plantea una crisis tan insólita como la que estamos experimentando, pues no han sido pensadas para semejantes situaciones. Problema que se acentúa precisamente por el hecho de que esta crisis y las medidas adoptadas para hacerle frente son tan extraordinarias que resulta sumamente complicado encontrar en la jurisprudencia de nuestros Tribunales. La ventaja es la flexibilidad que le permite adaptarlas a las extraordinarias circunstancias padecidas. La interpretación dominante de las disposiciones que en España regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ha girado alrededor de dos grandes ejes. El primero es el carácter objetivo de esa responsabilidad. El segundo es el concepto de «lesión» o «daño antijurídico». La clave para determinar si el Estado ha de responder por un daño no es la corrección o incorrección de la conducta que lo ha causado, sino la antijuridicidad del resultado dañoso en sí. El Estado responde siempre que –y solo cuando– haya ocasionado un daño antijurídico, que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Manifiesta el autor que así lo vienen repitiendo a coro, desde hace más de medio siglo, la abrumadora mayoría de los autores y prácticamente todos los órganos jurisdiccionales. El penúltimo hito de esta doctrina viene representado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 112/2018, de 17 de octubre, y 79/2019, de 5 de junio, en las cuales se afirma, nada menos, que aquella índole objetiva viene ya impuesta por el artículo 106.2 de la Constitución española y, por lo tanto, vincula tanto al legislador como a los órganos encargados de aplicar las leyes (vid. la crítica de Rodríguez Fernández, 2018). Por lo que respecta al daño nos dice que el artículo 32.2 de la LRJSP dispone que el daño alegado, para dar lugar a indemnización, ha de ser «individualizado con relación a una persona o grupo de personas». La justificación de este requisito salta a la vista. Pero llegado a este punto, el autor manifiesta algo que comparto y es que continúa diciendo....No creemos que pueda excluirse a priori la posibilidad de que las Administraciones públicas, con ocasión de la crisis, hayan causado a determinadas personas o grupos de personas daños individualizados en el sentido del artículo 32.2 de la LRJSP. Por tales hay que entender los perjuicios especiales, singularmente Los daños sufridos por los ciudadanos con ocasión de la crisis del COVID-19 que las Administraciones hubieran podido prevenir adoptando ciertas medidas de precaución solo serán indemnizables si la omisión de estas puede considerarse culposa por suponer una infracción del deber de llevar el cuidado exigible (sobre la determinación del alcance de este deber, Doménech Pascual, 2019). Hace falta, además, que la ilegalidad sea el fruto de una negligencia, de la infracción del deber de llevar el cuidado exigible habida cuenta de las –difíciles– circunstancias concurrentes [vid. Doménech Pascual (2010); en contra, Medina Alcoz (2005) y Fernández Rodríguez (2018)]. En relación con lo que reseña este autor, debe traerse a colación a título de ejemplo la STS 30 octubre 2012 cuando determina que la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabili-

dad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración. (Ss. 14-10-2003, 13-11-1997). Esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003) Con ello queremos poner de relieve, que si pese a la existencia del daño sufrido por la paciente, ello es consecuencia de un deber de soportar, decaería la responsabilidad.

En relación a los requisitos con carácter general y por su completo estudio la de 10 dic.-2008. Al indicar que una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTs -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -"en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 , al interpretar que:

"El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)"). Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo."

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.

b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”. En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997.

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

Criterios de distribución de la carga de la prueba. Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación de la

remisión normativa establecida en los artículos 74.4 y Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956 (artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 217 LEC, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (“semper necesitas probandi incumbit illi qui agit”) así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (“ei incumbit probatio qui dicit non qui negat”) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (“notoria non egent probatione”) y los hechos negativos (“negativa non sunt probanda”).

En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

En materia de la información y en el ámbito de pacientes, la de 8 mayo 2013, cuando expone que se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que “El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.../...Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)”.

FUERZA MAYOR

El artículo 32.1 de la LRJSP excluye la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos en los casos de fuerza mayor.

Por fuerza mayor podemos entender, con arreglo la jurisprudencia, un suceso imprevisible o irresistible, provocado por una causa que escapa de la esfera de actuación del agente en cuestión (vid., con abundantes citas, Sánchez Sáez (2009) y Conde Antequera (2015)]. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993), este concepto «se define por dos notas fundamentales cuales son el ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus propios riesgos, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista». En sentido similar, el artículo 34.1 in fine de la LRJSP dispone que «no serán indemnizables los daños que se deriven

de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Esta exclusión de responsabilidad se justificaría por la razón de que, en tales escenarios, puede considerarse que los daños no han sido causados realmente por el funcionamiento de los servicios públicos, sino por el evento constitutivo de fuerza mayor. Carece de sentido hacer responder a las Administraciones públicas por daños que no podían haber evitado adoptando las debidas precauciones.

También suele aludirse a los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad.- La imprevisibilidad se ha definido como la cualidad que ostenta un acontecimiento para sorprendernos cuando tenemos en cuenta lo que normalmente ocurre y las consecuencias que ordinariamente acarrearán los sucesos habituales, de modo que la observación de la realidad no nos permita anticipar que ese suceso acaecerá y acarreará unas consecuencias de tal magnitud (Castilla Barea).

Por su parte la inevitabilidad puede definirse como la incapacidad para impedir o bien que el acontecimiento en sí mismo se produzca o bien que se materialicen sus consecuencias dañosas.

En cualquier caso ni la imprevisibilidad ni la evitabilidad parece que puedan exigirse con carácter absoluto y rigorista, sino que habrá que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. se ha sostenido que el caso fortuito es el acontecimiento caracterizado por su imprevisibilidad pero que de haber sido previsto podría haberse evitado, mientras que la fuerza mayor está dominada por su irresistibilidad o su inevitabilidad. En el ámbito contractual civil, cabe citar lo manifestado por algunos tribunales y así, la Audiencia Provincial de Madrid, en relación con un brote de SARS (Síndrome Respiratorio Agudo Severo) acaecido en la ciudad de Toronto, que generó una alarma de tal entidad que tanto la OMS como las autoridades españolas consideraron la situación como una alerta sanitaria mundial, condenó a una línea aérea a devolver el importe de los billetes de avión adquiridos por una agencia de viaje por entender que la cancelación de los billetes en tales circunstancias estaba plenamente justificada al tratarse de un situación anormal, imprevisible e inevitable no imputable a la agencia de viajes que realizó la reserva de los billetes (vid. Sentencia núm. 169/2006 de fecha 2 de noviembre de 2006).

Por su parte, la Audiencia Provincial de Sevilla, en relación con un caso de alerta sanitaria por gripe porcina en México que motivó la cancelación de un vuelo por decisión de la compañía aérea, señaló que al no existir órdenes de las autoridades competentes que obligaran a los extranjeros a abandonar el país o peligro para la vida de los demandantes, no estaba justificada la decisión de la compañía aérea de cancelar el vuelo, incluso aunque la cancelación fuera, según indica la Audiencia Provincial, aconsejable, conveniente y hasta prudente (vid. Sentencia núm. 325/2011, de 6 de julio de 2011)..... A tenor de la jurisprudencia existente sobre la materia, parece que el único supuesto en el que podría considerarse que la cancelación está justificada por razones de fuerza mayor es en el caso de que existan prohibiciones gubernamentales o recomendaciones de reconocidas organizaciones sanitarias como la OMS que declaren y justifiquen la alerta sanitaria.

Indica Doménech que la aparición del COVID-19 encaja en esa definición de fuerza mayor, en la medida en que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos españoles y, además, ha generado daños que ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles se hubieran podido evitar. Así lo indica también el precedente sentado por la Audiencia Nacional en relación con los daños causados por la huelga de controladores aéreos y la reacción posterior del Gobierno, que decretó el estado de alarma y cerró el espacio aéreo en diciembre de 2010 (vid. las Sentencias 15 de abril de 2013, rec. 108/2012; 10 de julio de 2013, rec. 35/2013; 18 de septiembre de 2013, rec. 55/2013, y 7 de marzo de 2014, rec. 17/2013). La Audiencia consideró que los hechos constituían un supuesto de fuerza mayor y, por consiguiente, los daños no eran imputables a la Administración. Llegados a este punto, adelanto y comparto lo que manifiesta al señalar que: “Ahora bien, no creemos que la concurrencia de fuerza mayor permita excluir totalmente la posibilidad de que las Administraciones públicas respondan patrimonialmente por los daños sufridos por los ciudadanos en el marco de esta crisis. Los perjuicios provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables hasta cierto punto, pero las Administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos o mitigarlos. El diferente impacto que esta pandemia ha tenido en países similares, en función de las distintas precauciones adoptadas por sus respectivas autoridades, así lo indica. La exclusión de responsabilidad que implica la fuerza mayor no alcanza a los daños que se podían haber evitado o mitigado si hubieran tomado las debidas medidas de precaución. La razón es sencilla. En la medida en que una Administración pudo impedir la producción de perjuicios adicionales adoptando la diligencia debida, cabe entender que sí existe la relación de causalidad –entre el funcionamiento de los servicios públicos y aquellos– requerida para que surja la obligación de indemnizar.

El problema que puede plantearse en la práctica es el de precisar y probar si un determinado daño –v. gr., la muerte de cierta persona– era «evitable» o «inevitable», es decir, el de identificar qué concretos perjuicios hubieran podido prevenirse si las Administraciones implicadas hubieran actuado diligentemente”.

En el ámbito de Centros de mayores, la de Valencia 4 junio 2003, resuelve en realidad un tema de concurrencia de responsabilidad al decirnos que si el presente litigio concierne a la responsabilidad patrimonial de la Consellería de Bienestar Social, es decir, a una petición ciudadana de indemnización por los daños sufridos como consecuencia del deficiente funcionamiento de un servicio público (residencia de la tercera edad) de titularidad autonómica, resulta incongruente y contrario a Derecho derivar una responsabilidad patrimonial directa, atribuida por los arts. 139 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya derogada y 106.2 de la Constitución Española, al adjudicatario de un contrato administrativo, desplazando indebidamente la relación jurídica ciudadano-Administración autonómica a ciudadano-contratista, en clara vulneración de las normas referidas.

En consecuencia, si la resolución de 30-3-2000 de la Consellería de Bienestar Social reconoce la existencia de una conducta negligente en la gestión de un servicio público, si reconoce la existencia de unos daños antijurídicos y económicamente resarcibles, si acepta que existe un nexo causal entre los daños y el funcionamiento anormal de un servicio público, tan sólo procede declarar la responsabilidad de dicha Administración y su consiguiente obligación de indemnizar a los perjudicados, en la cuantía y forma aceptada en la resolución impugnada”.



En nuestra opinión, si bien puede hablarse inicialmente y cuando el virus se halla en sus primeros estadios de fuerza mayor, es a raíz de las comunicaciones sanitarias mundiales cuando ello deja de serlo en determinadas circunstancias, al acreditarse que, pese a ser una situación imprevisible es posible evitarla con una serie de cuidados, cuestión probatoria diferente es que se demuestre que no podían obtenerse los medios que evitaran la propagación. No obstante, prueba evidente de esa evitabilidad, es la situación de confinamiento que supone que las personas no contagiadas, no se contagien y que las infectadas, no transmitan la infección.

Expuesto lo anterior con carácter enunciativo (no preclusivo), se debe recordar que i) el 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la emergencia internacional provocada por el COVID-19, ii) que el 11 de febrero la OMS alertó, nuevamente, sobre los efectos de esta pandemia, iii) que el 2 de marzo, el Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades advirtió de la rápida propagación del virus, recomendando que se limitaran las concentraciones masivas de gente, etc.... Por último un reciente estudio universidad Oviedo sobre qué habría pasado de decretar las medidas el 7 de marzo y en cuanto a Extremadura, el trabajo señala que la comunidad no llegaría a los 2.047 casos registrados el 4 de abril, fecha de finalización del estudio, sino que se habría quedado en 737. Esto supone una reducción de casi el 64%, incluso por encima de la media del resto de provincias peninsulares.

Por territorios, la implantación de las medidas el 7 de marzo habría beneficiado especialmente a la provincia de Badajoz. En lugar de 672 casos notificados el 4 de abril, habría llegado a 121, lo que hubiese supuesto una reducción del 82,1%.

Por su parte, la rebaja no sería tan grande en Cáceres, que se ve más expuesta por su posición en el mapa. En vez de 1.375 positivos, habría bajado a 616 casos confirmados, una reducción del 55,3%.

SUPUESTOS Y CONCLUSIONES

Llegados a este punto y examinada la materia de manera objetiva desde diversos ámbitos y cuestiones que inciden de manera directa o indirecta en el tema que “a priori” nos propusimos, vamos a enumerar unos “hipotéticos supuestos-tipo” que pueden someterse al examen de los Tribunales o con carácter previo, de la propia Administración pues como sabemos el Art 67 de ley 39/2015 regula el procedimiento previo de reclamación administrativa estableciendo como plazo un año desde el conocimiento del daño y además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante. Por otra parte, ya adelantamos que el Art 33 ley 40/2015 determina que cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competen-

cia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

Por último, antes de entrar en las diversas hipótesis, el Art 34, de importancia especial en este caso reseña que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Estamos por tanto en posibilidad de traer a colación diversos supuestos que pueden darse y que segura y desgraciadamente ya se han producido. En todo caso nos movemos en hipótesis, recalcando que rigen las normas probatorias expuestas con anterioridad, así como los títulos competenciales y las normas procedimentales y legales definidas en los apartados anteriores y que ahora intentaremos aplicar.

1º) Centro asistencial de mayores donde se produjeron ya contagios antes del Decreto del Estado de alarma.

Periodo de incubación de dos a 14 días siendo la media de 5-11.

En este supuesto, habrá que diferenciar si a los responsables del centro se les comunicó de manera oficial o directa, las circunstancias conocidas y los peligros potenciales del COVID-19 o si, por el contrario, ello no fue así. Asimismo, en este caso deberá determinarse si los responsables del Centro poseían algún tipo esencial de conocimiento o no.

Pues bien, aunque se trata de una cuestión de prueba, el 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la emergencia internacional provocada por el COVID-19, ii) que el 11 de febrero la OMS alertó, nuevamente, sobre los efectos de esta pandemia, iii) que el 2 de marzo, el Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades advirtió de la rápida propagación del virus, recomendando que se limitaran las concentraciones masivas de gente, por lo que es de entender de acuerdo a la prueba presuntiva y de conformidad a la legislación expuesta “ ut supra” que entre el Estado como competente y las Comunidades autónomas como encargadas de la protección en este ámbito, deberían haberse comunicado a las residencias esta situación y la forma previsible de atajarla. Si ello no sucedió entendemos que puede existir responsabilidad conjunta de la administración estatal y la autonómica por no adoptar o comunicar la situación y exponer las medidas de prevención que como sabemos son simples. Distancia, mascarillas, lavado de manos. Si se llega a demostrar que la dirección del Centro pese a conocer la existencia de la pandemia, los peligros y la forma de evitar el contagio, no adoptó medidas especiales, también responderá de manera solidaria proporcional junto a las otras dos administraciones. De hecho, se ha demostrado que determinadas residencias de mayores y antes de que se exigiera por las comunidades autónomas competentes, procedieron a cerrar la comunicación con esas residencias lo que ha evitado el contagio y los fallecimientos.

2º) Centro asistencial de mayores donde se produjeron contagios a partir del Decreto del Estado de alarma. En este supuesto, es más dudosa la responsabilidad del Estado e incluso de la Administración autonómica que en todo caso podría responder por “culpa in vigilando”, salvo que esos contagios tuvieran su inicio en una fase anterior. Aquí parece más claro que el título de imputación deberá ser a la dirección del Centro, pues conociendo la situación y el sistema de propagación no adoptó los medios oportunos, le corresponderá la prueba que pese a poner todos los medios a su alcance se provocó un contagio o que pese a requerir de los

mismos no se le suministraron en cuyo caso renacería la responsabilidad de la administración suministradora obligada.

3º) Centro asistencial de mayores donde se produjeron contagios a partir de los 14 días contados desde la declaración primera del Estado de alarma. En esta situación aún es más evidente la responsabilidad del Centro, pues de manera objetiva sólo cabe imputarlos al mismo centro, salvo claro está y como hemos reseñado en el supuesto anterior, se demuestre que se usaron todas las medidas y la diligencia debida, lo que se torna harto difícil de probar precisamente por el dato objetivo del contagio.

No vamos a entrar a dilucidar las cuantías indemnizables ya que ello excede de este comentario jurídico, pero es conocido que aunque el “baremo de tráfico” no es vinculante para Juzgados y Tribunales de lo Contencioso Administrativo a la hora de establecer indemnizaciones, suele ser acogido como criterio objetivo. (Artículo 49 de la LRCSCVM, para la actualización de las cuantías se toma como base el índice de revalorización de las pensiones que este año será del mencionado 0,90% según el Real Decreto-ley 1/2020, de 14 de enero).

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES

Finalmente, nos disponemos al estudio, con las precisiones ya formuladas en el encabezamiento de este trabajo, y con la mayor cautela ante la gravedad de la situación que nos azota y que especialmente ha castigado de forma atroz a los usuarios o residentes de las Residencias de Personas Mayores y por extensión a los profesionales de las diferentes ramas que trabajan en las mismas, de la responsabilidad civil (ya sea contractual, ya sea extracontractual) en la que en su caso pueden incurrir las Residencias de Personas Mayores de titularidad privada.

Partimos de la base de que, en la situación excepcional en la que nos vemos inmersos, en la mayoría de casos, y en todos los conocidos personalmente, por parte de los citados profesionales se ha desarrollado un trabajo que merece ser calificado de excepcional, adoptando múltiples medidas de adaptación para garantizar, en la medida de lo posible, la seguridad de sus residentes, adelantándose a decisiones institucionales, y haciendo un tremendo sobreesfuerzo profesional, económico y en definitiva, humano, para ello; pero no por eso podemos concluir que dicho celo y diligencia haya existido en todos los casos, por lo que se hace necesario el estudio, de forma genérica y abstracta, de la posible responsabilidad civil de las mismas.

-CONTRATO DE INGRESO EN UNA RESIDENCIA DE PERSONAS MAYORES

La relación jurídica que ampara el ingreso de una persona mayor de edad en un centro asistencial, en este caso en una Residencia de Personas Mayores, se trata de un contrato atípico, el cual no encuentra regulación expresa ni en nuestro Código Civil, ni en ley especial alguna, mas que en todo caso se encuentra amparado por el principio de libertad contractual o de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 del Código Civil (“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no

sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”). Se trata además de un contrato que puede ser calificado de complejo, ya que a través del mismo surge para una de las partes una obligación contractual que se compone de la prestación de múltiples y diversos servicios, véase a título de ejemplo el alojamiento, el suministro de alimentos, la dispensación de medicamentos, servicios de enfermería, asistencia médica, servicios de fisioterapia, servicios de terapia ocupacional, asistencia personal al usuario en su higiene diaria y vestido, limpieza, celebración de actividades de entretenimiento, excursiones o actividades programadas en el exterior del Centro Residencial; pudiendo concluir que este contrato en todo caso incluye el alojamiento del residente, así como la asistencia al mismo, asistencia que tendrá un mayor o menor grado de intensidad, y que alcanzará una, varias o todas las esferas del desarrollo de la vida de la persona en el Centro, ello según las circunstancias personales de cada usuario, circunstancias que, como es lógico, en muchas ocasiones no permanecerán estancas, pudiendo variar la necesidad de asistencia durante la estancia en el Centro y, por tanto, durante la vigencia del contrato, siendo necesaria por ello la adaptación constante.

Contrato el anterior que puede ser celebrado directamente por la persona que va a pasar a ser la usuaria o residente del Centro, ello en el caso de que se trate de una persona con plena capacidad contractual; que puede ser concertado en nombre de la anterior por su tutor, si se trata de una persona con capacidad modificada judicialmente y sometida a un régimen de tutela; o bien que puede ser concertado en su nombre por un familiar, en el caso de que se advierta que la persona no se encuentra en condiciones de decidir por sí misma su ingreso, debiendo dicho ingreso ser autorizado de forma previa al mismo, o bien posteriormente, por la autoridad judicial y conforme a lo estipulado en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

-RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA RESIDENCIA

En el caso de que un residente o usuario sufra un daño, en este caso estamos pensando en el daño personal de mayor entidad, en el fatal desenlace del fallecimiento de la persona como consecuencia de las patologías causadas por el COVID-19, cabría la posibilidad de accionar contra la Residencia para exigir a la misma responsabilidad, y ello si se entiende que dicho daño ha sido causado como consecuencia de la incurrancia en dolo o en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (responsabilidad contractual), o bien si se entiende que dicho daño es consecuencia de una acción u omisión culposa o negligente del titular de la Residencia o de los empleados de la misma (responsabilidad extracontractual por acción u omisión culposa o negligente del titular de la Residencia o de los empleados de la misma y ajena al contenido del contrato).

1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL: Para apreciar una posible responsabilidad civil contractual tendremos que atender al contenido del concreto contrato que haya sido concertado en cada caso, al objeto del mismo, y a los deberes y derechos estipulados para cada una de las partes. Ahora bien, no solo del clausulado del contrato y de lo especificado

en el mismo se derivan las obligaciones de la parte contractual, en este caso de las Residencias de Personas Mayores, ello así teniendo en cuenta que según el art. 1258 del Código Civil “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo



al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Por lo que partiendo del contenido que es habitual en este tipo de contratos, así como de lo establecido en el citado precepto, podemos concluir, siendo ello de capital importancia para los supuestos que nos ocupan, como hace la Audiencia Provincial de Cáceres en Sentencia de fecha 17 de julio de 2003, que desde que una persona ingresa en una Residencia esta última tiene la obligación contractual de proveer el acogimiento, el cuidado, y la atención que la persona concreta requiera en cada momento y según sus circunstancias, ello en condiciones tales que impidan que la persona se vea expuesta a peligros o situaciones perjudiciales que sean evitables, así como la obligación de utilizar los medios humanos y materiales necesarios para ello.

Responsabilidad contractual que podrá ser reclamada invocando el art. 1101 del Código Civil (“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”), siendo en este punto de especial importancia lo establecido en el art. 1104 respecto a cuál es la diligencia exigible al obligado contractual (“aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y de lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”), y que en todo caso debe relacionarse con lo dispuesto en el art. 1105 del mismo Cuerpo Legal en cuanto a la ausencia de responsabilidad cuando nos encontremos ante un suceso que no ha podido preverse, o ante un suceso que aunque previsto sea inevitable, es decir ante un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor (recordando en este punto que para parte de la doctrina caso fortuito y fuerza mayor son términos que hacen referencia a una misma realidad; mientras que otra parte de la doctrina identifica el caso fortuito como el hecho no previsible y evitable en caso de serlo, y la fuerza mayor como el hecho inevitable con independencia de su previsibilidad). Relación entre estos dos últimos preceptos que es puesta de manifiesto, entre otras, por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 1999, en la cual se establece que deberá valorarse en instancia si la previsibilidad y/o evitación del suceso (art. 1105) sería posible con la adopción de una diligencia media y adecuada a la naturaleza de la obligación (art. 1104); así como por Sentencia de 22 de diciembre de 1986, la cual al conocer del caso concreto aprecia la existencia de responsabilidad en base a la exigencia a la parte contractual de agotar toda la diligencia debida, lo cual concluye no ha acontecido, apreciando que las garantías adoptadas por la parte no han sido las suficientes (conforme a las exigencias de la diligencia debida) para evitar el daño, daño que concluye que en el caso de haberse adoptado la diligencia exigida habría sido previsto y evitado.

Por tanto, y como conclusión, los legitimados, es decir en el caso del fatal desenlace de la muerte, los parientes de la persona fallecida, podrán accionar en virtud del art. 1101 y 1104 del Código Civil para exigir responsabilidad contractual al titular de la Residencia, alegando que el daño sufrido es consecuencia de un cumplimiento negligente de sus obligaciones contractuales para con el residente, al haber omitido la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación que le constriñe, al no haber empleado los medios humanos y/o materiales necesarios, y/o al no haber otorgado una atención adecuada a las circunstancias de las personas y del momento, todo ello para evitar que la misma se vea expuesto a un peligro, en este caso al contagio del COVID-19; diligencia debida que en este tipo de contratos y ante el hecho

previsible de que la misma no haya sido expresada en el título obligacional, será la correspondiente a un buen padre de familia, y que teniendo en cuenta las circunstancias y naturaleza de la obligación contractual que sujeta a la Residencia, y la afectación directa a personas que en muchas ocasiones, aunque no siempre, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, debe entenderse reforzada. Siendo conveniente precisar que recae sobre la parte actora, de conformidad con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba sobre el hecho de que ha sido la no observancia de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación contractual del demandado el que ha ocasionado el resultado dañoso

Pudiendo alegar la parte pasiva o demandada como base de su oposición a la acción ejercitada de contrario, y en aras a lograr un pronunciamiento de exoneración de responsabilidad, el cumplimiento total y correcto de sus obligaciones contractuales, sin haber incurrido en negligencia alguna, así como la adopción u observancia en dicho cumplimiento de la diligencia que le es exigida por la propia naturaleza de la relación contractual. Atribuyendo el daño a un caso fortuito o a fuerza mayor, es decir a un suceso que ha sido imprevisible, o a un suceso que, imprevisible o no, en todo caso era inevitable.

Véase, a título de ejemplo la Residencia que alegue haber adoptado y seguido un protocolo de actuación ante el COVID, y un plan de contingencia para el caso de que un residente presente síntomas compatibles con el COVID-19 y tenga que ser aislado o para el caso de que se tenga certeza de su infección, siendo en este punto primordial para valorar dicha actuación como diligente o no, el conocimiento del contenido de dicho protocolo, la fecha de adopción del mismo, la fecha de comienzo de aplicación, así como el desarrollo de la ejecución del mismo. Protocolos que contienen por regla general medidas de diversa índole, habiendo tenido acceso a varios de los adoptados en Centros de la provincia de Cáceres, en los cuales se contienen, entre otras, directrices similares a las siguientes: “se prohíben las visitas de cualquier tipo al Centro, se permite la entrada de proveedores a los cuales no se le ayudará a descargar la mercancía, únicamente se firmarán albaranes con guantes y se procederá inmediatamente a la desinfección de manos”, “queda totalmente prohibido el uso de anillos, pulseras, pendientes y tener las uñas largas. Se recomienda evitar el uso de maquillaje y llevar el pelo suelto”, “se recomienda no salir de los domicilios al finalizar el turno de trabajo”, “todos los trabajadores se tomarán la temperatura al llegar y antes de empezar a desarrollar sus funciones, se la volverán a tomar a mitad del servicio, y antes de irse”, “se mantendrán informados a los familiares, se contactará con ellos de forma diaria si es posible, se realizarán videollamadas para que el residente y sus familiares puedan verse”, “todos los uniformes se lavarán en el centro a una temperatura mayor a 60 grados. Una vez que acabemos la jornada, meteremos el uniforme en una lavadora pequeña para que en el turno siguiente se ponga a lavar”, “nos cambiamos de guantes cada vez que atendemos a un residente diferente”, “tomar la temperatura de todos los residentes, mínimo en todos los turnos, y siempre que se les vea con malestar”, “en caso de visita al hospital no relacionada con el coronavirus: la persona que realice el acompañamiento tendrá que cambiarse de ropa para salir del Centro, al llegar al Centro la persona que ha realizado el acompañamiento se duchará y aseará concienzudamente en la ducha del vestuario de personal. Otro trabajador acompañará al usuario a ducharse concienzudamente y cambiarse de ropa”, “en caso de que un usuario presente síntomas compatibles con el coronavirus, se le aislará de forma inmediata en la habitación habilitada al efecto, Se entrará en la habitación dos veces en turno de mañana y dos veces en turno de tarde (si es necesario, se hará más veces,

dependerá del nivel de asistencia del residente), coincidentes con los horarios de comidas y se aprovechará para hacer aseo, controles y limpieza de la habitación. Entrará sólo una persona, que trabajará con las manos, no con el cuerpo. Esta persona deberá ser la misma en el turno de mañana y la misma en el turno de tarde, no realizará otra función en el Centro en ese turno. Para ponerse y quitarse el EPI, lo hará delante de otro compañero. El orden del EPI ES: Con nuestro uniforme debajo y un par de guantes limpios, nos ponemos el mono abrochando la cremallera hasta arriba. Colocamos mandil de plástico encima, anudado en la espalda. Colocamos botas de agua. Colocamos mascarilla desechable. Colocamos gafas. Nos ponemos un nuevo par de guantes encima de los anteriores.”

Precisando en este punto que, como no puede ser de otra manera, habrá que valorar caso por caso, así como que puede acontecer que en la valoración de la actuación no se advierta como suficiente haber cumplido con lo especificado en la correspondiente normativa administrativa, ya que lo procedente es una actuación adecuada a cada momento, a las circunstancias de cada Residencia y de cada usuario de la misma.

Siendo esta, es decir, la responsabilidad de naturaleza contractual, la que a priori consideramos que es aquella en la que puede incurrir la Residencia de Personas Mayores, y en cuya virtud accionar los legitimados para ello. Ya que entendemos, en base a lo ya explicitado, que desde que una persona ingresa en una Residencia esta última tiene la obligación contractual de proveer el acogimiento, el cuidado, y la atención que la persona concreta requiera en cada momento y según sus circunstancias, ello en condiciones tales que impidan que la persona se vea expuesta a peligros o situaciones perjudiciales que sean evitables, así como la obligación de utilizar los medios humanos y materiales necesarios para ello, y que, por tanto, en caso de no hacerlo, o de no hacerlo con la diligencia exigida, nos encontraríamos ante un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso por falta de diligencia que generaría una responsabilidad contractual.

Es necesario hacer igualmente referencia a la responsabilidad extracontractual, aunque por ello de forma más resumida, por si, siguiendo otro criterio, se considerase la misma como más adecuada. Y en todo caso con la precisión que, finalmente, se hará en relación a la teoría de la unidad de culpa civil.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: Para apreciar una posible responsabilidad civil extracontractual tendremos que atender a la acción u omisión culposa o negligente del titular de la Residencia o de los empleados de la misma, y la cual no implique un cumplimiento negligente de sus obligaciones contractuales, o lo que es lo mismo, que se trate de una acción u omisión (culposa o negligente) ajena al contenido del contrato. Siendo de aplicación las reglas generales de la responsabilidad de dicha naturaleza y contenidas en el art. 1902 y siguientes del Código Civil.

Por tanto, la pretensión de los legitimados para ello de que sean resarcidos los daños personales causados por la acción, u omisión, del titular o trabajadores de la Residencia de Personas Mayores, en su caso podría ser estimada, si de la valoración del resultado de la prueba practicada al efecto se concluye la concurrencia de los requisitos establecidos es el art. 1902 del Código Civil, el cual establece lo siguiente: “El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Es decir, en base a

dicho precepto, para que se aprecie responsabilidad de la parte pasiva, será necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: de un lado acción u omisión, de otro culpa o negligencia que desemboque en un resultado dañoso, y finalmente una relación de causalidad entre ambos elementos.

Por ello, y como conclusión, los legitimados, es decir en el caso del fatal desenlace de la muerte, los parientes de la persona fallecida, podrán accionar en virtud del art. 1902 del Código Civil para exigir responsabilidad extracontractual al titular de la Residencia, alegando que el daño sufrido es consecuencia de una acción u omisión atribuible al mismo o a los trabajadores de la Residencia (véase que según el art. 1903 del mismo Cuerpo Legal: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se deba responder...Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleado, o con ocasión de sus funciones”). Acción u omisión culposa o negligente, que en el tipo de casos que son objeto de estudio probablemente se concrete en la alegación de una omisión negligente, por no haberse desplegado la diligencia exigible a cualquier ciudadano medio y haberse dejado de actuar, de adoptar las medidas de organización, de control, de limpieza, etc.. necesarias para evitar el contagio del usuario de la residencia, causando con ello el daño, es decir, el fallecimiento del usuario a causa de las patologías causadas por el COVID-19.

Pudiendo por su parte alegar la parte pasiva que no existe dicha acción u omisión negligente, alegando que se ha desplegado por su parte toda la diligencia exigible al ciudadano medio, debiéndose el hecho dañoso a un caso fortuito o a fuerza mayor, y que por tanto no se cumplen los requisitos exigidos en el Código Civil para la apreciación de responsabilidad extracontractual (acción u omisión culposa o negligente, y nexo de causalidad entre la anterior y los daños sufridos). Haciendo referencia en este punto a lo ya argumentado al respecto al tratar de la responsabilidad contractual y en cuanto a las posibles alegaciones de la parte pasiva sobre su actuar diligente, las cuales entendemos serían también las alegables en el caso de responsabilidad civil extracontractual.

3.CONCLUSIÓN FINAL. UNIDAD DE LA CULPA CIVIL: Cómo se especificaba con anterioridad nos descantamos por apreciar que la responsabilidad civil en la que puede incurrir la Residencia de Personas Mayores por el fatal desenlace del fallecimiento de un residente como consecuencia de las patologías causadas por el COVID-19, es de naturaleza contractual. Y ello partiendo de la base, como ya adelantábamos, que, desde que una persona ingresa en una Residencia, esta última tiene la obligación contractual de proveer el acogimiento, el cuidado, y la atención que la persona concreta requiera en cada momento y según sus circunstancias, ello en condiciones tales que impidan que la persona se vea expuesta a peligros o situaciones perjudiciales que sean evitables, así como la obligación de utilizar los medios humanos y materiales necesarios para ello, y que por tanto en caso de no hacerlo, o de no hacerlo con la diligencia exigida, nos encontraríamos ante un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso por falta de diligencia que generaría una responsabilidad contractual.

Ahora bien, se trata de una interpretación que puede no ser compartida por otros autores, entendiendo que dicha discrepancia no tendría mayor transcendencia si finalmente se acciona judicialmente en base a una u otra. Y ello así en atención a la teoría de la unidad de culpa

civil, véase Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de abril de 1999, según la cual, para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, lo único vinculante son los hechos contenidos en la demanda, y no así el encuadramiento hecho por la actora de la conducta de la demandada, bien en la culpa contractual, bien en la culpa extracontractual; siendo facultad y potestad del juzgador determinar y aplicar la norma pertinente, como reflejo del principio *iura novit curia*.

RAIMUNDO PRADO BERNABÉU.- Magistrado Sala Contencioso TSJ Extremadura. Profesor asociado Facultad Derecho Cáceres UEX

PATRICIA GUTIERREZ ESCOBERO.- JUEZ delegada de discapacidad del TSJ de Extremadura



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica