

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y CIVIL POR CONTAGIOS DEL SARS-COV-2 EN RESIDENCIAS DE MAYORES: NEXO CAUSAL Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN*

M^a Carmen
González Carrasco**

Catedrática de Derecho Civil

SUMARIO

1. Los centros residenciales de mayores ante la pandemia. 2. Aspectos competenciales. 3. Modalidades residenciales y normativa COVID-19. 3.1. Modalidades. 3.2. normativa residencial específica de emergencia COVID-19. 3.3. Tipos de daños e imputación causal. **4. Conclusiones en torno a la responsabilidad del Estado, las CCAA y los entes privados.** 4.1. Responsabilidad por daños en residencias públicas y en gestión indirecta privada. 4.2. Responsabilidad por daños en residencias de mayores de titularidad privada. 4.3. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas. **5. COVID-19 en residencias de mayores: ¿fuerza mayor o circunstancia extraordinaria?** **6. Referencias Bibliográficas. 7. Documentos Técnicos.**

RESUMEN

Los efectos de la propagación pandémica del SARS-COV-2 se han dejado sentir de forma especialmente cruenta entre los residentes de los centros asistenciales de mayores. En este trabajo se analizan las posibles causas del elevado número de fallecimientos y contagios producidos entre residentes, así como los títulos de imputación jurídica que conciernen a los entes públicos y privados con competencias normativas o de gestión de los servicios asistenciales durante el estado de emergencia sanitaria.

PALABRAS CLAVE

Residencias de mayores. Fallecimientos por contagios por Covid-19. Responsabilidad.

ABSTRACT

The effects of the pandemic spread of SARS-COV-2 have been felt particularly virulent among residents in the nursing homes. This work analyzes the possible causes of the high number of deaths and infections affecting residents, as well as the legal imputation titles that concern public and private entities with regulatory or management powers of health care services during the state of health emergency.

KEYWORDS

Nursing homes. Deaths from covid-19 infections. Liability.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social".

** orcid.org/0000-0002-6452-2911

1. LOS CENTROS RESIDENCIALES DE MAYORES ANTE LA PANDEMIA

Las personas mayores que viven en los centros residenciales de carácter asistencial han sufrido las consecuencias de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2 de forma especialmente dura. A fecha 17 de junio de 2020, el Gobierno aún no había publicado los datos que le vienen remitiendo las Comunidades Autónomas¹ sobre las personas que han fallecido a causa del coronavirus en residencias y otros centros sociosanitarios. Pero, aunque lo hubiera hecho, nunca podremos llegar a conocer la cifra real de fallecimientos por covid-19, por impedirlo la actual legislación reguladora del Registro civil² y por la indefinición de la causa del fallecimiento en muchos de los certificados de defunción emitidos sin disponibilidad de pruebas de detección del virus. En cualquier caso, como ya aventuraba el Director General del Inmerso apenas dos semanas después de declararse el estado de alarma por Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, *las cifras cuando se gane la batalla al coronavirus serán demoledoras para ese grupo de población*³.

Los terribles resultados comunicados por las CCAA no pueden achacarse únicamente a la avanzada edad y a la especial vulnerabilidad debida a las enfermedades preexistentes de los usuarios del servicio residencial. Tampoco es posible centrar el punto de mira exclusivamente sobre la actividad desplegada por los entes públicos o privados responsables de la gestión ordinaria de los centros residenciales. Es preciso construir un relato alternativo que analice también la adecuación de las respuestas de la normativa ministerial sanitaria de emergencia frente a la previsible propagación del virus, en atención a la diversa tipología de los centros residenciales existentes.

1 Desde el 8 de abril, cada martes y viernes, en virtud de la Orden SND/322/2020, de 3 de abril -BOE de 4 de abril-, por la que se modifica la Orden SDN 275/2020, de 23 de marzo. Las CCAA han comunicado 19.506 residentes fallecidos a fecha de 17 de junio de 2020. Los fallecidos en residencias de mayores equivaldrían a un 71,9 % del total notificado oficialmente por el Ministerio de Sanidad, según afirma RTVE (Disponible en la URL: <https://www.rtve.es/noticias/20200617/radiografia-del-coronavirus-residencias-espaa/2011609.shtml>. Con acceso el 17 de junio).

2 El art. 2.7 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, modificó el art. 66 de la Ley 2011, de 21 de julio -en vigor según su DT Segunda-, añadiendo un segundo párrafo según el cual las circunstancias y causas del fallecimiento del certificado no son incorporadas a la inscripción de defunción ni son objeto del régimen de publicidad del Registro civil.

3 Disponible en la URL: <https://www.rtve.es/noticias/20200327/director-del-imserso-admite-residencias-mayores-estan-limite-coronavirus/2010942.shtml> (con acceso el 1 de mayo de 2020).

Un recorrido por las normas, órdenes y recomendaciones que se han dictado desde el Ministerio de Sanidad en relación con las residencias de mayores desde la declaración del Estado de Alarma declarado por Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, resulta esencial para determinar la causa jurídicamente “eficiente” de los contagios y fallecimientos producidos en su interior durante la pandemia y proceder a su calificación jurídica en orden a la responsabilidad civil y patrimonial derivada de los mismos.

2. ASPECTOS COMPETENCIALES

La atención residencial a la tercera edad es un mandato constitucional recogido en el artículo 50 CE, a cuyo tenor “*Los poderes públicos deben promover el bienestar de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*”.

Las competencias en materia de asistencia social se han asumido por las Comunidades Autónomas en sus distintos Estatutos de Autonomía, bajo la previsión del art. 148.1, 20º CE, en el marco del art. 11 de la Ley estatal básica 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Las diversas normas autonómicas sobre asistencia social extienden su aplicación tanto a residencias de titularidad pública como de titularidad privada, así como a modelos mixtos de servicio público gestionado privadamente. Esto último, bien conforme a la nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos que resulta de la LCSP 2017 (concesión con transferencia del riesgo operacional al concesionario, contrato de servicios residenciales sin transferencia del riesgo operacional al contratista, o gestión no contractual consistente en concierto social, gestión delegada u otras modalidades reguladas en la legislación autonómica⁴); o bien de acuerdo a las modalidades previstas en el régimen transitoriamente subsistente de la LCAP anterior, conforme a la DT segunda LCSP 2017. Las plazas en residencias gestionadas por entidades privadas en todas las modalidades, representan el 72,8% de las plazas ofertadas en España⁵.

4 “*Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.*” Disp. Adic. Cuadragésimo novena LCSP/2017.

5 ABELLÁN GARCÍA, Antonio; ACEITUNO NIETO, María del Pilar; RAMIRO FARIÑAS, Diego (2019). “Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas

Por otra parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su art. 27.3 c), permite también delegar competencias en materia de servicios sociales a las entidades locales.

A este complejo régimen competencial debe sumarse la recentralización temporal en favor del Estado central que trae causa de la aprobación del Real 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-19⁶. Dicha norma, ha supuesto la recentralización temporal de todos los recursos sanitarios del territorio nacional bajo la dirección del Ministro de Sanidad, habilitado desde su aprobación para impartir las órdenes necesarias a todas las autoridades sanitarias del país y a todo el personal a su servicio “para la protección de personas, bienes y lugares”, así como para la imposición a estas personas de “servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza” y permite “la determinación por el Ministro de Sanidad de la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria”. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 4.3 del RD 463/2020 dispone que “Los actos, disposiciones y medidas a que se refiere el párrafo anterior podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, (...) y deberán prestar atención a las personas vulnerables. Y dispone asimismo que “...para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno”.

Y si bien es cierto que el artículo 6 del RD 463/2020 prevé que, “en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente, cada Administración conserva las competencias que le atribuye la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, ello se establece “sin perjuicio de lo establecido en sus artículos 4 y 5”, parcialmente reproducidos⁷.

residenciales por provincia. Datos de abril de 2019”. Madrid, Informes Envejecimiento en red n.º. 24. Informe “Envejecimiento en red” del CSIC. Disponible en la URL: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-estadisticasresidencias2019.pdf> (con acceso el 16 de mayo de 2020).

6 Vid. VELASCO CABALLERO, Francisco. “Estado de alarma y distribución territorial el poder” (*El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Núms. 86-87 marzo abril 2020. pp. 787-88).

7 En virtud de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, las CCAA se habían adelantado con medidas de cierre de establecimientos docentes y otras que se consideraron adecuadas a la magnitud de la emergencia que ya se anunciaba en la reunión del Consejo Interterritorial celebrado el 9 de marzo. Prueba de la recentralización posteriormente producida es la DA Primera del RD 463/2020,

3. MODALIDADES RESIDENCIALES Y NORMATIVA COVID-19

3.1. Modalidades

En España hay 5.457 centros residenciales colectivos para personas mayores bajo diferentes modelos⁸ (residencias, incluidas las miniresidencias; viviendas o pisos tutelados; centros psicogerítricos -o secciones dentro de esos centros-; centros sociosanitarios con sección de mayores diferenciada; conjuntos residenciales de apartamentos de uso privativo con servicios comunes, de titularidad pública, así como otros centros colectivos para mayores). De ellos, 3.844 son privados, y 1.543 son públicos. Todo ello hace un total de 372.985 plazas -, de los que 2.609 (el 48,7%) son centros de menos de 50 residentes⁹ en las que viven 72.573 personas (el 19,5%) y donde el aislamiento de residente en unidades diferenciadas es, de facto, imposible. Así lo aseguraba la Declaración de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología SEGG COVID-19, premonitoriamente titulado “Las residencias y centros sociosanitarios son el recurso más vulnerable ante el coronavirus y requieren nuestro apoyo y acciones urgentes de protección”¹⁰, que dicha sociedad científica ya puso en conocimiento del Ministerio de Sanidad el día 24 de marzo de 2020.

Lo primero que llama la atención en la normativa derivada del estado de alarma dictada en el

en virtud de la cual, “Quedan ratificadas todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con este real decreto”.

8 Resumen del Informe de estadística en residencias, de Envejecimiento en Red del CSIC, de octubre 2019, elaborados con datos de abril de 2019, que puede consultarse en la URL cit.: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-estadisticasresidencias2019.pdf>. Con acceso el 16 de mayo de 2020.

9 V.gr., la Orden de 04/06/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se modifica la Orden de 21/05/2001, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se regulan las condiciones mínimas de los centros destinados a las personas mayores en Castilla-La Mancha (DOCM de 12 de junio de 2013), que establece la categoría de miniresidencia en las que ofertan un máximo de 45 plazas.

10 Disponible en la URL: <https://www.segg.es/media/descargas/residencias-centros-sanitarios-vulnerables-covid-19.pdf> (con acceso el 18 de mayo de 2020). Son interesantes las propuestas de un nuevo modelo de residencias recogido en el informe de PINAZO, Sacramento: “La atención en residencias. recomendaciones para avanzar hacia un cambio de modelo y una nueva estrategia de cuidados”. Sociedad Valenciana de Geriatria y Gerontología. Universitat de València e Instituto Interuniversitario de Desarrollo Local (IIDL). Disponible en la URL: https://prospectv2030.com/wp-content/uploads/2020/05/Informe_residencias.pdf. Publicado el 28 de abril de 2020. Con acceso el 3 de abril de 2020.

ámbito que nos ocupa es que se considere dirigida a “residencias de mayores y otros centros sociosanitarios”. La mayoría de las residencias de mayores no son centros sanitarios ni sociosanitarios. Los criterios comunes sobre acreditación¹¹ de centros y las normas autonómicas sobre requisitos necesarios para su funcionamiento establecen que las residencias, tanto públicas como privadas, cuenten con una atención “social y sanitaria adecuadas”. Esta atención sanitaria se concreta en un servicio médico y farmacológico básico interno, pero no se contempla que, de forma obligatoria, se trate de residencias “medicalizadas”. No están obligados a tener servicios de urgencias¹², ni medios de diagnóstico y tratamiento (pues las normas autonómicas suelen prever consultas al servicio médico bajo petición y en función de los horarios establecidos en cada centro, así como un control sobre la evolución y revisiones periódicas, y de la derivación al centro facultativo correspondiente) y, por lo tanto, no pueden adoptar con eficacia muchas de las medidas ministeriales adoptadas durante la pandemia, que presuponen la existencia de medios humanos y materiales de los que estos centros, en su mayoría, carecen.

Lo segundo que llama la atención de la normativa sanitaria de emergencia dirigida a residencias de mayores durante la recentralización competencial aludida es su profusión. Un documento de recomendaciones oficiales y cuatro órdenes ministeriales sucesivas antes del tardío art. 10 del RD-Ley 21/2020, de 9 de junio, que no han logrado detener los contagios entre residentes y trabajadores y que, precisamente por ello, hacen necesaria una narración inteligible de lo sucedido, a fin de localizar la causa de su fracaso sin demonizar o criminalizar, pero sin aceptar tan fácilmente la fatalidad¹³.

11 Según el artículo 34.2 de la Ley de Dependencia, “sin perjuicio de las competencias de cada una de las Comunidades Autónomas y de la Administración General del Estado, se establecerán, en el ámbito del Consejo Territorial, la fijación de criterios comunes de acreditación de centros”. El Consejo Territorial logró aprobar el Acuerdo sobre Criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), de 27 de noviembre de 2008. Allí se afirma que estos criterios deben ser entendidos como mínimos, debiendo las respectivas Administraciones Públicas Autonómicas realizar la legislación, reglamentación y ejecución que proceda, dentro de su ámbito competencia.

12 De hecho, el Imsero tiene un protocolo publicado desde el año 2015 para los casos de derivación a urgencias de los usuarios de sus residencias. Puede consultarse en la URL: https://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/im_089260.pdf con acceso el 31 de mayo de 2020).

13 DOMINGO MORATALLA, Agustín. “Responsabilidad y culpabilidad: claves para afrontar el desgobierno”. *Filosofía en la cuarentena*. Disponible en la URL: <https://www.filosofiaenlacuarentena.com/2020/04/responsabilidad-y-culpabilidad-claves.html>. Con acceso el 30 de mayo de 2020.

3.2. Normativa residencial específica de emergencia COVID-19

La primera publicación gubernamental sobre residencias de personas mayores en el contexto de la crisis, de fecha 5 de marzo de 2020¹⁴, fue titulada “*Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19*”. En ella se equiparó el COVID la gripe en cuanto a las estrategias de detección y prevención, pese a lo cual se estableció un deber concreto a cargo de los centros: éstos deberían elaborar *planes de actuación* dirigidos a la eventual aparición de brotes adaptados a las características de cada centro. En este plan se incluirían únicamente las necesidades de equipos de protección en estas situaciones, la provisión de jabón, papel y soluciones desinfectantes y plan de continuidad de la actividad ante una previsible baja de personal.

La segunda, ya con rango normativo obligatorio, fue el **Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 se establecieron medidas de carácter financiero reforzar las plantillas de centros de Servicios Sociales y centros residenciales, adquisición de medios de prevención (EPI), así como otras medidas que las Comunidades Autónomas, en colaboración con los Servicios Sociales de las entidades locales, consideren imprescindibles y urgentes para atender a personas especialmente vulnerables con motivo de esta crisis, y sean debidamente justificadas.**

El tercer documento relevante, el primero de carácter normativo específicamente dirigido a las residencias de mayores, fue la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, (BOE 20 de marzo), de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios.

En su preámbulo ya se constata que la propagación del COVID-19 en las residencias viene motivada, entre otros factores, *por su estrecho contacto con otras personas, como son sus cuidadores y otros convivientes*”. En su articulado se ordenan las medidas necesarias para evitar contagios, de las cuales interesa destacar especialmente dos. La primera es la referida a la ubicación de residentes y aislamiento de pacientes COVID-19, con separación en cuatro grupos¹⁵, en función de su contacto previo o no con

14 Disponible en la URL: <https://www.segg.es/media/descargas/Residencias-y-Centros-sociosanitarios.pdf>. Con acceso el 5 de abril de 2020.

15 **Segundo.** *Medidas relativas a la ubicación y aislamiento de pacientes COVID-19 en las residencias de mayores y*

infectados, su sintomatología y la confirmación del diagnóstico. La segunda, la que prevé la coordinación para el diagnóstico, seguimiento y derivación COVID-19 entre residencias de mayores y otros centros sociosanitarios, y el SNS, incluso con posibilidad de reasignar recursos humanos sanitarios de la residencia, pública o privada a los centros hospitalarios y viceversa, según las necesidades que se presentasen.

A fin de determinar las posibles responsabilidades derivadas de la falta de seguimiento de esta norma, resulta de especial interés la concreción de las medidas de coordinación dirigidas al diagnóstico, seguimiento y derivación de residentes. Pues, como se afirmó acertadamente al inicio de la pandemia¹⁶, el paso previo para la clasificación de residentes en función de su potencialidad para desarrollar o transmitir el virus, debería haber sido realización de pruebas de detección y confirmación del virus. Así lo había exigido la Sociedad de Gerontología en su comunicado oficial de 24 de marzo¹⁷.

Sin embargo, la propia Orden 265/2020 la circunscribe a determinados casos -síntomas de infección respiratoria aguda-, y la supeditó a la *disponibilidad* de unas pruebas de detección cuya adquisición estaba centralizada (apartado quinto). Para la prueba, el personal de la residencia debería ponerse en contacto con el centro de Atención Primaria asignado, que actuaría de forma coordinada con el médico de la residencia, “si se cuenta con este recurso”. Tras una primera valoración del caso y *si presenta síntomas leves, el paciente permanecerá en aislamiento en la residencia* garantizando que se realiza seguimiento del caso. No obstante, *si se cumplen criterios de derivación a un centro sanitario, se activará el procedimiento establecido para tal efecto*; procedimiento para el seguimiento y atención que la norma encomienda a las autoridades sanitarias competentes”. Esto es, a las CCAA que conservan la gestión. Pero ello sin perjuicio de los

otros centros sociosanitarios.

1. Los residentes de los centros en los que resulta de aplicación esta orden deben clasificarse en:

- a) Residentes sin síntomas y sin contacto estrecho con caso posible o confirmado de COVID-19.
- b) Residentes sin síntomas, en aislamiento preventivo por contacto estrecho con caso posible o confirmado de COVID-19.
- c) Residentes con síntomas compatibles con el COVID-19.
- d) Casos confirmados de COVID-19.

Esta clasificación debe realizarse en cada centro con carácter urgente, y a más tardar en el plazo de un día desde que se publique esta orden.

16 MARTÍN LORENZO, B. “Medidas de protección a las personas mayores durante la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19”; *Revista Gabilax* (JCCLM), núm. 21 extraordinario 2020. pp. 287 ss.

17 Disponible en la URL: <https://www.segg.es/media/descargas/residencias-centros-sanitarios-vulnerables-covid-19.pdf>. Con acceso el 6 de abril de 2020.

arts. 4 y 5 del RD 463/2010, que como se recordará, establecen que recentralización decisoria en materia de sanitaria en el Ministerio de Sanidad.

En cuanto a los trabajadores de residencias con contacto con casos COVID-19, la medida adoptada fue todavía más peligrosa, tanto para ellos, como para las personas especialmente vulnerables con las que la norma les obligaba a seguir en contacto directo, pues omitió toda referencia al test y se limitó a exigirle la continuación de su actividad normal: “2. Si el personal sanitario médico, de enfermería u de otro tipo, ha tenido contacto estrecho con un caso posible o confirmado de COVID-19 y no presenta síntomas, seguirá realizando su actividad normal así como la vigilancia de síntomas¹⁸”.

La siguiente norma dirigida a residencias en el contexto del COVID-19 (la tercera vinculante de las cuatro publicaciones gubernamentales en apenas veinte días), es la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo (BOE 24 de marzo), por la que se establecieron medidas complementarias a las previstas en la Orden 265/2020.

El aspecto más relevante de esta Orden es el que habilita a la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma para designar a un empleado público para dirigir y coordinar la actividad asistencial de los centros con pacientes clasificados en los grupos b), c) y d) del apartado segundo.1 de la Orden SND/265/2020, y se establece que cuando concurra alguna de las situaciones excepcionales de imposibilidad de cumplimiento de las medidas de aislamiento adoptadas por la Orden 265/2020, o acumulación de cadáveres, o cualquiera que ponga en peligro el mantenimiento del servicio, se dé conocimiento inmediato a las correspondientes Consejerías de Servicios Sociales y de Sanidad de la comunidad autónoma, así como a la Delegación o Subdelegación de Gobierno que corresponda¹⁹, a fin de recabar el auxilio urgente disponible para dar respuesta a la situación concreta. Tras ello, “2. Las autoridades

18 Criterio expresado igualmente en la Guía ministerial para la prevención y control frente al COVID19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial posteriormente publicada el 24 de marzo.

Disponible en la URL: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Residencias_y_centros_sociosanitarios_COVID-19.pdf. Con acceso el 6 de abril de 2020.

Llama la atención que tres días antes se hubiera publicado ya el informe de la OMS sobre prevención del COVID-19 en residencias de mayores, en el que la solución para este caso es aplicar al trabajador la herramienta de evaluación de riesgos de la OMS (disponible en URL: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331508/WHO-2019-nCoV-IPC_long_term_care-2020.1-eng.pdf. p.2. Con acceso el 2 de junio de 2020).

19 Es significativo que la competencia de la Subdelegación del Gobierno desaparezca en la modificación a esta Orden operada por la 322/2020 de 3 de abril.

competentes valorarán la situación, y auxiliarán la misma de forma coordinada activando todos los medios ordinarios y excepcionales disponibles en su territorio”.

Esta medida, en ningún momento vino acompañada de una orden clara de derivación y hospitalización de residentes. Más bien ocurrió todo lo contrario, pues el mismo día 24.3.2020, coincidiendo con la publicación de la Orden 275/2020 y el manifiesto de la Sociedad de Geriatria y Gerontología, se publicó la Guía del Ministerio de Sanidad de prevención y control frente al COVID-19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial²⁰, en la cual puede leerse poco afortunada, por equívoca: “En el escenario actual, se deben suspender todas las salidas de la residencia”.

Posteriormente, la Orden SND/295/2020, publicada en el BOE de 28 de marzo, se limitó a atajar el problema derivado de la falta de personal en centros públicos y privados acreditados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES), concretado en el RD 463/2020, que prevé que el Ministro de Sanidad pueda imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de la crisis sanitaria (arts. 8.2 y 13.c).

De forma ya tardía, la Orden SND/322/2020, de 3 de abril (BOE de 4 de abril), reaccionó ante la situación crítica existente en las residencias de mayores y, con expresa modificación del apartado tercero de la Orden 275/2020, dispuso²¹:

a) La intervención de las residencias de mayores por parte de la autoridad sanitaria autonómica en el plazo de 24 horas desde que se produjera un aumento de fallecimientos o cualquiera de las circunstancias excepcionales del apartado quinto de la Orden 275/2020 (imposibilidad de cumplir con las medidas de aislamiento establecidas por la Orden 265/2020, acumulación de cadáveres u otras “análogas”, que anteriormente daba lugar a su comunicación a la Subdelegación del Gobierno y a la propia Consejería de Sanidad, desapareciendo ahora la Subdelegación como destinataria de la comunicación).

20 Disponible en la URL: https://www.msccs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Residencias_y centros_sociosanitarios_COVID-19.pdf (Con acceso el 6 de abril de 2020).

21 Además, modifica la Orden 275/2020, imponiendo a las comunidades autónomas la obligación de remitir tal información sobre residencias de mayores al Ministerio de Sanidad antes del 8 de abril de 2020 y con actualización desde entonces cada martes y viernes).

b) La *priorización* de test a residentes y trabajadores por parte de las autoridades autonómicas, sin perjuicio de los que hayan de realizarse a ingresados y trabajadores en iguales circunstancias en los centros hospitalarios del servicio de salud autonómico.

c) La puesta a disposición *por parte de la autoridad autonómica competente de ambos colectivos de equipos de protección individual (EPI)*.

Puede así comprobarse, pues, que solo llegado este momento se dispuso el aislamiento de los residentes que presentasen infección respiratoria aguda leve, se enmendó la desprotección de los trabajadores que resultaba de las Órdenes anteriores, y se estableció la intervención del centro parte de la autoridad autonómica (aunque ya no de forma coordinada de ésta con la Subdelegación del Gobierno, como sin embargo exigía la Orden 275/2020) en el plazo de 24 horas desde que se pusiera de manifiesto la imposibilidad de cumplir con las medidas de la Orden 265/2020.

Lamentablemente, el contagio masivo dentro de los entornos residenciales ya se había generado para entonces. Como se ha adelantado ya, el origen del problema residió en la ausencia de órdenes y de disponibilidad de medios en relación con las pruebas de detección a los residentes de cara a conseguir que la distribución de pacientes por grupos aislados entre sí contemplada de la Orden fuera eficaz. El propio Dr. Barrigas, Director General del Imsero, apuntaba en una entrevista realizada en esos días a ese fallo esencial del sistema²²: una residencia de mayores... “No es un centro sanitario, ni siquiera sociosanitario como se le califica a veces; una residencia es donde reside gente mayor y allí recibe atenciones y cuidados, pero la mayoría no son de índole sanitario y por tanto no son centros que tengan que tener preparación sanitaria como un hospital”.

El Director del Imsero aseguraba también que en las residencias siempre han tenido algunos equipos de protección para abordar situaciones puntuales, como la gripe estacional, “pero no están preparadas para afrontar una epidemia de esas características, ni lo debían estar”, y que “la atención sanitaria de los mayores está a cargo del sistema sanitario público, como cualquier ciudadano”. En definitiva, “Se están haciendo esas separaciones sin pruebas y por síntomas de los residentes, eso es imperfecto y esa imperfección es la que nos pone a todos en riesgo de contagio”.

22 Disponible en la URL: <https://www.madridactual.es/7707695-el-director-del-imsero-las-residencias-de-mayores-están-al-limite> (27.3.2020). Con acceso el 1 de mayo de 2020).

El Dr. Barrigas finalizaba declarando expresamente en la entrevista que, cuando acabe esta batalla con la COVID-19, *habrá que replantear qué falla del sistema*”.

En el momento en el que estas líneas se están ultimando, y cuando lo peor de las residencias de mayores ya ha pasado, se ha dictado el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, *de Medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, la última de las normas dictadas por el Gobierno en relación con este problema. Por fin se ha descubierto el origen del problema, pues en su art. 10, dedicado a los servicios sociales, afirma que *“las administraciones competentes velarán por que su normal actividad se desarrolle en condiciones que permitan en todo momento prevenir los riesgos de contagio”* (lo cual era ciertamente difícil con una norma como la Orden 265/2020, que obligaba a los trabajadores con previo contacto con infectados a seguir trabajando hasta presentar síntomas sin medida de detección alguna), y que éstas deberán *“garantizar la coordinación de los centros residenciales de personas con discapacidad, de personas mayores y de los centros de emergencia, acogida y pisos tutelados para víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra las mujeres, con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen”*, -lo cual había sido ciertamente difícil durante la pandemia, debido a que la tardanza del mando único en adoptar criterios claros en la priorización de pacientes llevó al rechazo sistemático de mayores en los centros sanitarios. También ordena ahora la norma a los titulares de los centros la elaboración de *“planes de contingencia por COVID-19 orientados a la identificación precoz de posibles casos entre residentes y trabajadores y sus contactos”*, activando en su caso los procedimientos de coordinación con la estructura del servicio de salud que corresponda, así como adoptar las medidas para prevenir los riesgos de contagio, garantizando en todo caso *la puesta a disposición de materiales de protección adecuados al riesgo*. Medidas todas ellas que la normativa de crisis emanada del Ministerio de Sanidad había dificultado en extremo hasta la fecha, por las razones de desconocimiento de la realidad de las residencias ya expuestas.

3.3 Tipos de daño e imputación causal

En mi opinión, la elevadísima tasa de infectados en las residencias de mayores ha obedecido a varias causas que pueden haberse presentado de forma concurrente o disociada.

1º) El principal fallo del sistema ha residido en la inutilidad de las órdenes de aislamiento por grupos (prevista por la Orden 265/2020), toda vez que un vacilante proceso centralizado de adquisición de productos sanitarios²³ y de incorporación de las pruebas de detección a los protocolos de prevención en residencias de mayores ha impedido identificar el riesgo previo a tal diferenciación.

Las obligaciones centralizadas de información y de adquisición de material sanitario acordadas al amparo del estado de alarma (art. 4 RD-Ley 6/2020) *han tenido un efecto rebote, desabasteciendo en el momento inicial a los sistemas sanitarios autonómicos de material sanitario de primera necesidad y desviando partidas ya contratadas a otros países más ágiles en la contratación*²⁴. Cuando se echó marcha atrás en esta medida, ya era tarde para las CCAA. Además, el art. 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, relativo a la contratación pública que los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resulta de aplicación la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 LCSP/2017. Y como afirma esta norma, en este contexto, la contratación de emergencia puede ser verbal (artículo 37.1 LCSP) y no necesita de formalización. Ello, unido a la confusa orden de evitar la salida de los residentes (Guía ministerial de 24 de marzo de 2020), y a la orden de continuación de la actividad de los trabajadores hasta la presentación de síntomas (Orden 265/2020), convirtió a las residencias de mayores en los callejones sin salida que finalmente han resultado ser.

2º) Una vez producida la infección masiva de residentes, la causa eficiente de la elevada mortalidad – ésta ya sujeta a las reglas indemnizatorias correctoras de la causalidad probabilística o *pérdida de oportunidad*-, ha residido en la aplicación hospitalaria de criterios de priorización sanitaria consistente en el rechazo de Uci y respirador a pacientes en función de su edad.

23 “Sanidad intenta aplacar a las comunidades tras requisarles material sanitario básico”. Disponible en la URL: https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-20/ayuso-illa-material-frontera-covid19-coronavirus_2507983/. Con acceso el 20 de marzo de 2020.

24 NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. “Confinar el coronavirus. entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción” El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Núms. 86-97 marzo-abril 2020, p.29.

En cuanto a este segundo origen causal, el rechazo de pacientes de avanzada edad por parte de los centros sanitarios una vez iniciado el protocolo de derivación por parte de las residencias, los argumentos de responsabilidad concurrente son similares a lo expuestos. Los criterios éticos publicados por el Ministerio de Sanidad el 4 de abril, “sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2”²⁵ se adoptaron finalmente por un comité *ad hoc*, con diez días de crucial e inexplicable retraso respecto del informe que semanas antes había elaborado el Comité de Bioética de España²⁶, como máximo órgano consultivo estatal en materia de Bioética (art. 78 Ley de Investigación Biomédica). Durante ese período de tiempo, que como ya se ha dicho fue decisivo en las UCIS de nuestros hospitales, el Ministerio se había limitado a contemplar la aplicación de criterios de priorización que atendían principalmente a la utilidad social del paciente²⁷, pues éstos eran los propuestos por el Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), a la que el Ministerio, como autoridad al mando de la gestión de la crisis, no había contradicho²⁸.

Además, el documento finalmente asumido por el Ministerio afirma textualmente que se realiza “*con el propósito de que las autoridades competentes... les den el respaldo que consideren más apropiado*”. Y más adelante afirma que “*el equipo médico responsable del paciente será el que deberá asumir las implicaciones de su decisión*”. Con ello se incumple

25 Disponible en la URL: https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf (con acceso el 6 de abril de 2020)

26 “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus”. Disponible en la URL: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>. (Fecha: 25 de marzo de 2020. Con acceso el 28 de marzo de 2020).

27 <https://www.rtve.es/noticias/20200604/madrid-envio-errores-borrador-protocolo-desaconsejaba-derivar-ancianos-residencias-hospitales/2015599.shtml>

28 Con fecha 23 de marzo de 2020, el Comité de Bioética de España recibió de la Dirección General de Políticas de Discapacidad, Secretaría de Estado de Derechos Sociales, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, una petición de informe acerca de las implicaciones éticas que para las personas con discapacidad podían tener las Recomendaciones recientemente publicadas por el Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), bajo el título de “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos” en el que se primaba el criterio de la utilidad social. El documento ministerial de criterios éticos tardó más de diez en publicarse porque prefirió encargar otro informe a un comité no institucional constituido *ad hoc*, conformado por algunos miembros del CBE, el cual reprodujo básicamente los criterios expresados por el CBE.

el deber legal del Gobierno central de unificar dichos criterios al amparo del mandato constitucional que contiene el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, al disponer que el Estado tiene competencia exclusiva la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales.

En lo que respecta a las CCAA, ya se ha comprobado cómo el apartado tercero de la mencionada Orden 275/2020 facultó a sus respectivas autoridades competentes para adoptar una serie de medidas de intervención en dichos centros, mientras que el apartado séptimo habilitó a las autoridades competentes de cada comunidad autónoma dictar las resoluciones, disposiciones e instrucciones *interpretativas* que, en la esfera específica de su actuación, fueran *necesarias para garantizar la eficacia de lo dispuesto en la misma*. Conforme ha ido creciendo la cifra de fallecidos en residencias, el Gobierno se ha desmarcado de su inicial línea centralizadora, decretando que son las CCAA quienes deben decidir cómo reforzar la atención sanitaria de las residencias, mediante su intervención y nombramiento de un empleado público competente para asumir su dirección²⁹, hasta llegar al RD-Ley 21/2020 citado en el que, con más de 19.500 fallecidos en estos centros³⁰, adopta las órdenes de coordinación entre residencias y recursos sanitarios autonómicos.

Es evidente que las CCAA podían minimizar el riesgo al que la situación descrita las exponía. El ejemplo gallego, con un desmarque expreso y casi inmediato de las Órdenes Ministeriales, demuestra cómo un *checklist* temprano para residencias de mayores ante el covid-19 (publicado el 20 de marzo)³¹ y la extensión de la obligatoriedad de las pruebas de detección a todos los residentes con independencia de sus síntomas³² son la clave de la menor tasa de fallecidos en residencias en relación con cifras totales oficiales de fallecidos (273 de 609 a 3 de junio, frente a los 2.455 frente 2.945 de Castilla-La Mancha) de todo el país.

29 Ej. Orden de la Consejería de Sanidad y Consejería Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad de la CA de Madrid/2020, de 27 de marzo BO. Comunidad de Madrid 28 marzo 2020, núm. 76.

30 URL: <https://www.rtve.es/noticias/20200617/radiografia-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml>. Consultado el 17 de junio de 2020.

31 Disponible en la URL: https://coronavirus.sergas.gal/Contidos/Documents/155/Checklist_residencias_01_GAL.pdf (con acceso el 4 de junio de 2020).

32 “Protocolo conxunto da Consellería de Sanidade e da Consellería Política Social para o manexo da crise sanitaria provocada polo virus SRAS CoV-2 (COVID 19) nas residencias de maiores e noutros centros sociosanitarios” (Disponible en la URL: https://politicassocial.xunta.gal/sites/w_polso/files/arquivos/programas/20200504_protocolo_conxunto_consellerias_residencias_covid_v8.pdf). Con acceso el 4 de junio de 2020).

4. CONCLUSIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, CCAA Y CENTROS PRIVADOS

4.1 Residencias públicas de titularidad autonómica y privada en régimen de gestión indirecta

Es previsible que, tras la vuelta a la normalidad, y dentro del período de prescripción de un año contado desde la reanudación de los plazos administrativos el pasado día 1 de junio³³, proliferen las demandas de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones autonómicas titulares de residencias y sus aseguradoras. En primer lugar, porque son éstas las que conservan las competencias de gestión ordinaria del servicio asistencial, (RD 463/2020), si bien bajo el mando único del Ministerio de Sanidad; por lo que habrán de responder en la medida en que no se consideren cumplidos los criterios mínimos de calidad contenidos en el *Acuerdo del Consejo Interterritorial sobre Criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)*, de 27 de noviembre de 2008³⁴ y a la legislación, reglamentación y ejecución que las CCAA, dentro de su ámbito competencial, hayan establecido. En segundo lugar, porque, como gestoras ordinarias del servicio, han debido ejecutar las acciones de coordinación, planificación y derivación de pacientes que la normativa ministerial de crisis sobre residencias de mayores ha dejado en manos de las autoridades de las CCAA (Orden 265/2020 completada por Orden 275/2020).

De momento, como se ha puesto de manifiesto, ya existen resoluciones judiciales de medidas cautelares inaudita parte que insta a algunas CCAA a dotar a las residencias de medios sanitarios y medidas de protección. Qué duda cabe que algunas CCAA han incrementado el riesgo (inicialmente exógeno) provocado por dicha recentralización, mediante una reacción negacionista de la falta de medios y contraria a la necesidad de provisión de medios de prevención y tratamiento que ha retardado la llegada de éstos, con el consiguiente aumento de contagios entre profesionales, en unos casos, y la necesidad de priorización de pacientes, en otros. En caso de que futuras reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la resolución firme en vía administrativa es título suficiente para que la Administración autonómica titular

del servicio público residencial pueda reclamar de la entidad privada prestadora del servicio las cantidades abonadas, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines³⁵.

Lo anterior no obstante, la normativa ministerial hasta aquí sintetizada permite atenuar la responsabilidad de la Administración autonómica o local titular del servicio social residencial a través de la aplicación del criterio de imputación objetiva consistente en la interferencia casualmente relevante de un tercero (el Ministerio de Sanidad, como mando único de la crisis tras RD 463/2014). La responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica (o local) gestora del servicio, puede ser desestimada en función de la responsabilidad única o, al menos, concurrente (ex art. 33 Ley 40/2015), de la Administración Central del Estado, debido a la inexistencia de una normativa de crisis que, bajo el mando único del Ministerio de Sanidad, garantizase la coordinación entre residencias y recursos sanitarios de las CCAA, realización de las pruebas de detección que habrían sido necesarias para dar cumplimiento a la agrupación de los residentes en virtud de su grado de afectación por el virus en los momentos más crudos de la pandemia. Como ya se ha apuntado, esa norma no ha llegado hasta el 9 de junio (RD-Ley 21/2020), cuando la cifra de fallecidos por COVID comunicada por las CCAA se acercaba a los 19.500 (ver nota 1).

Además, no puede olvidarse que, según la Orden 265/2020, de 19 de marzo, *si el personal sanitario médico, de enfermería u de otro tipo, ha tenido contacto estrecho con un caso posible o confirmado de COVID-19 y no presenta síntomas, seguirá realizando su actividad normal así como la vigilancia de síntomas*³⁶; y que tanto la norma citada, como la Orden 275/2020 que la modificó, privaron a los trabajadores de las residencias de pruebas de detección, supeditándolas a “su disponibilidad” y a la existencia de infección respiratoria aguda, hasta la Orden de 3 de abril de 2020, que modificó las dos anteriormente publicadas. Esta normativa ha contribuido sin duda a la propagación del virus en el interior de los centros y al contagio de los trabajadores entre sí y de éstos a los mayores residentes, debido a la imposibilidad física de la mayoría de las residencias para limitar el contacto entre grupos de residentes con exclusividad de trabajadores asignados a los

35 STS (Cont.) de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5270).

36 Criterio expresado igualmente en la Guía ministerial publicada el 24 de marzo de 2020 para la prevención y control frente al COVID19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Residencias_y_centros_sociosanitarios_COVID-19.pdf (consultado el 6 de abril de 2020).

33 Apartado noveno de la Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 23 de mayo).

34 Publicado en el BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2008, pp. 50722 a 50725.

distintos grupos, a pesar de contar sus instalaciones con la acreditación oficial necesaria.

Ya en un segundo momento, respecto de la denegación de derivación y hospitalización de residentes por parte de la Administración sanitaria autonómica, y con base en el artículo 33 de la Ley 40/2015, podría plantearse una responsabilidad concurrente del Ministerio de Sanidad como mando único delegado para la gestión de la crisis, por la publicación tardía de los criterios éticos sobre priorización de pacientes y la aceptación tácita del rechazo de mayores que se ha constatado en los centros hospitalarios, debido a la aplicación de los criterios de priorización propuestos por las sociedades científicas.

4.2 Responsabilidad de residencias de mayores de titularidad privada

La oferta de plazas residenciales públicas en nuestro país es notoriamente inferior a la demanda³⁷, por lo que el 72,8 % de las plazas residenciales en los centros asistenciales y otros alojamientos residenciales para mayores en España son de titularidad privada.

Los arts. 148 y 149 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, relativos a la responsabilidad por los daños y perjuicios en la prestación de servicios, establecen un régimen de responsabilidad objetiva por la prestación de servicios sujetos a reglamentaciones técnicas que imponga determinados niveles exigibles de eficacia y seguridad para el usuario, entendiéndose comprendidos en este régimen, en todo caso, “los servicios sanitarios”. Podría ser dudoso si las residencias de mayores de carácter privado, que están sujetas a requisitos de acreditación a nivel nacional y autonómico idénticos a las de titularidad pública, pueden considerarse incluidas en este precepto.

La STS (Civil) de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020\889), ha tenido ocasión de abordar la aplicación de esta norma a las residencias de mayores, que, como hemos apuntado ya, pueden ser centros no sanitarios, y, a menudo, ni siquiera sociosanitarios, sino meramente residenciales o asistenciales. En el caso enjuiciado, se produjo el fallecimiento de una anciana por infarto cuando se encontraba sola en el jardín de la residencia de titularidad privada

³⁷ Esta realidad era ya puesta de manifiesto en el informe del Defensor del Pueblo sobre residencias de mayores publicado en 1990. Disponible en la URL: <https://www.defensor-de-lapueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/1990-01-Residencias-p%C3%BAblicas-y-privadas-de-la-tercera-edad.pdf>. Con acceso el 27 de mayo de 2020.

donde vivía. El contrato abarcaba el régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria. La parte demandante recurrente alegaba infracción de los arts. 148 TRLCU e infracción de la doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad por la sentencia de apelación, ya que entendía que, de haber estado controlada, el infarto podría haberle sido tratado en primeros auxilios por el personal asistencial y médico de la residencia, con posibilidad de haber salvado su vida.

El TS descarta la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del art. 148 TRLCU al considerar que no hay relación de causalidad entre la prestación del servicio sanitario que la residencia en este caso ofertaba y el daño producido, porque el fallecimiento se produjo por una causa natural y no como consecuencia de una indebida prestación de los servicios sanitarios de los que disponía la residencia. Y, por otra parte, rechazó que el

deber de vigilancia continua formase parte de las obligaciones asumidas contractualmente por el centro asistencial³⁸.

Ahora bien: una interpretación *a contrario sensu* de esta doctrina, podría justificar un pronunciamiento de condena si se considerase que un mayor residente se encuentra en una situación de peligro por contagio de COVID-19, de forma que dicha situación exija vigilancia continuada o la adopción de especiales medidas de cuidado. Nótese que la Guía Ministerial para residencias de mayores COVID-19 de 24 de marzo de 2020, ya citada, exigió a los centros un plan de contingencia en su Anexo 1 que debía incluir un análisis de infraestructuras, recursos humanos, situación de residentes con información sobre la posibilidad de segregación por grupos conforme a la Orden 265/2020, EPIS, garantías de existencias de productos de desinfección y plan de continuidad en caso de bajas laborales. Se trata de un plan que podría jugar a modo de reglamentación de nuevos estándares de calidad del servicio, cuya falta de elaboración y comunicación por parte de los centros residenciales sería suficiente para activar la aplicación del art. 148 TRLCU.

³⁸ “Por otra parte, la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, sin que ello signifique, claro está, el cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de tales servicios. Ahora bien, dentro de ellos no nace la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día, cuando no se encuentran en una situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado”... “es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y el daño, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad”.

Frente a dicho título de imputación, habría que considerar las posibilidades reales de cumplimiento de lo establecido en las órdenes ministeriales 265/2020 y 275/2020, debido a la propia estructura arquitectónica de los centros -que a día de hoy no figura entre los requisitos de acreditación- y a la inexistencia de una norma que ordenara a la autoridad sanitaria autonómica y local competente la realización de las pruebas de detección del virus que posibilitaran la separación de los residentes por grupos y, llegado el caso, su derivación a los centros sanitarios del SNS. Tampoco ha sido posible dar cumplimiento en los centros a la Orden 295/2020, de 3 de abril, que ordenó por primera vez la priorización de pruebas de detección del virus en residencias de mayores públicas y privadas (aunque en las mismas condiciones que en los pacientes hospitalizados). Es notorio que realización de dichas pruebas por parte de los titulares de los centros era inviable al tiempo del pico máximo de contagios, debido a la falta de disponibilidad, incluso para los propios sanitarios expuestos al mismo en los centros hospitalarios. Dicha circunstancia, para los titulares de las residencias, implica la concurrencia de fuerza mayor exógena a su ámbito de control, consistente en un *factum principis* imputable a la Administración central y, con los matices ya expuestos, a otras administraciones sanitarias territoriales.

4.3. Responsabilidad concurrente

Por lo tanto, y como conclusión, para determinar el grado de responsabilidad de la titularidad de los centros en lo que concierne a los fallecimientos de residentes a causa del COVID-19 y a los contagios de trabajadores, hay que analizar, tanto la razonabilidad de la normativa sanitaria de emergencia emanada del Ministerio de Sanidad como “mando único” delegado de la crisis, como el cumplimiento patronal de los planes de contingencia exigidos por la normativa estatal de crisis -en los que se debían poner de manifiesto las necesidades de los centros y su capacidad para cumplir con la seguridad de residentes y trabajadores. En el caso de que los centros hubieran comunicado oportunamente sus dificultades, y hubieran intentado activar los protocolos de derivación de residentes a centros hospitalarios, su titularidad -pública o privada- no tendría por qué responder de los daños producidos, siempre que éstos no tuvieran por causa el apartamiento previo de los estándares de calidad contenidos en los criterios unificados de acreditación de centros residenciales para mayores³⁹, sino la irrazonabilidad o precarie-

39 Disponible en URL: <https://www.inforesidencias.com/resources/public/biblioteca/documentos/ley-de-dependencia/la-acreditacion-de-servicios-a-la-dependencia-en-espa-a-lares-.pdf> (con acceso el 2 de junio de 2020).

dad de las disposiciones emanadas del Ministerio de Sanidad para atajar los efectos de la pandemia y para garantizar una coordinación efectiva entre los centros residenciales y los recursos sanitarios. Disposiciones que deberían haberse adoptado atendiendo a las particularidades de los distintos tipos de residencias y al derecho de los usuarios a recibir atención sanitaria en los centros hospitalarios del SNS en condiciones de igualdad con cualquier otro ciudadano.

5. COVID-19 EN RESIDENCIAS DE MAYORES: ¿FUERZA MAYOR O CIRCUNSTANCIA EXTRAORDINARIA?

Tras el análisis realizado, cabría preguntarse si la Administración General del Estado, una vez demandada de forma única o concurrente (art. 33 Ley 40/2015) con otra Administración pública, podría exonerarse en la vía de la acción de responsabilidad concurrente alegando que la pandemia por coronavirus y el consiguiente estado de alarma declarado para combatir sus efectos, constituyen un supuesto de fuerza mayor.

El único precedente jurisprudencial derivado de la declaración de un estado de alarma lo constituye el relativo a los daños causados por la huelga de controladores aéreos y el posterior cierre del espacio aéreo. En esos casos, la Audiencia Nacional (en sus Sentencias 15 de abril de 2013 y 7 de marzo de 2014), entre otras, consideró que los hechos constituían un supuesto de fuerza mayor y, por consiguiente, los daños no eran imputables a la Administración. No obstante, ha de entenderse que, en la actualidad, las circunstancias son muy diferentes.

El cierre del espacio aéreo (acto administrativo) vino impuesto entonces por hechos inevitables y exógenos a la voluntad de la Administración (la huelga como circunstancia extraordinaria constitutiva de fuerza mayor, frente a la cual no cabía otra actuación razonable que cerrar el espacio aéreo). También la pandemia ha sido una circunstancia extraordinaria, imprevisible e inevitable en sí misma. La pandemia, que es un hecho y no una actuación, ha de calificarse de fuerza mayor. Sin embargo, no cabe decir lo mismo de las posibles soluciones adoptadas para minimizar el riesgo frente a la misma. La fuerza mayor se predica de hechos, no de actuaciones⁴⁰. En materia de responsabilidad patrimonial por actos administrativos derivados de la

40 VILLAR EZCURRA, José Luís, “Fuerza mayor y responsabilidad por el Covid 19”. URL: <https://www.linkedin.com/pulse/fuerza-mayor-y-responsabilidad-por-el-covid-19-villar-ezcurra/>. Con acceso el 18 de abril de 2020.

gestión de la crisis epidemiológica, la cuestión no es si la pandemia era imprevisible e inevitable, sino si la Administración Central del Estado, competente asumir el mando único en estas circunstancias, podía, conforme al principio de precaución, actuar de forma más diligente. Si ello es así, -y la experiencia de otros países demuestra que lo es⁴¹-, debe de responder por los actos administrativos y normativos adoptados a consecuencia de ella que hayan provocado daños evitables y no imputables a los ciudadanos que los sufren, de acuerdo con la interpretación comúnmente admitida del requisito de la antijuridicidad que preside la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Por lo tanto, las consecuencias dañosas derivadas de los actos y disposiciones dictadas durante el estado de alarma pueden ser exigidas -en régimen de concurrencia con el de otras Administraciones públicas, en su caso-, tanto en vía principal como de regreso, siempre y cuando el daño derivado de su correcta o incorrecta aplicación sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el acto (u omisión⁴²) de la Administración demandada, y el estado de la ciencia y la técnica permitieran una solución distinta de la adoptada (art. 34.1 Ley 40/2015). Esta posibilidad de actuación no puede limitarse a la producción normativa de crisis, pues el art. 52 de la Ley 33/2011, de 4 de

41 Una carta al director publicada el 26 de marzo en el Journal of American Geriatrics Society, explicaba cómo habían logrado evitar la transmisión del virus en las residencias de Singapur, hasta el punto de no haberse dado un solo caso de contagio en los centros, remitiendo al hospital a todos los residentes con fiebre y síntomas respiratorios, para descartar el COVID-19, y aislando en salas de presión negativa a quienes presentaban una infección respiratoria aguda. (ELENA GONZALO JIMÉNEZ, EVA MARTÍN RUIZ Y ANTONIO OLRÍ DE LABRY LIMA, “La epidemia de COVID-19 en las residencias para personas mayores”. URL: <https://www.easp.es/web/coronavirus/saludpublica/la-epidemia-de-covid-19-en-las-residencias-para-personas-mayores/>. Con acceso el 28 de mayo de 2020).

42 El principio de precaución está previsto en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Conforme a lo que se señala en el apartado 6.3.4 de la Comunicación de la Comisión Europea del año 2000 sobre el recurso al principio de precaución, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, las exigencias ligadas a la protección de la salud pública deberían tener mayor peso que las consideraciones económicas (STS -Cont.- 28 febrero 2020, RJ 2020\620). A este respecto, basta con comparar las medidas de prevención para trabajadores de residencias contenidas en la “Guía de prevención y control frente al COVID-19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial”, de 24 de Marzo de 2020. Ministerio de Sanidad) con el informe anterior y mucho más exigente de la OMS “Infection Prevention and Control guidance for Long-Term Care Facilities in the context of COVID-19” (URL: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331508/WHO-2019-nCoV-IPC_long_term_care-2020.1-eng.pdf. Publicado el 21 de marzo de 2020. Con acceso el 2 de junio de 2020). Apela a este principio para justificar la condena a las AAPP demandadas a entregar EPIS al personal sanitario la S. del Juzgado único de los Social de Teruel de 3 de junio de 2020.

octubre, General de Salud Pública establece la competencia de coordinación y ejecución de la autoridad sanitaria estatal “por razones sanitarias de urgencia o necesidad o ante circunstancias de carácter extraordinario que representen riesgo evidente para la salud de la población, y siempre que la evidencia científica disponible así lo acredite”.

En nada afecta a la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de su actuación la circunstancia extraordinaria de la pandemia y el estado de alarma decretado para hacer frente a la misma. Así se deriva de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que, en su artículo tercero, apartado dos, establece: “Dos. *Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes*”.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. 65ymas.com (manifiesto). “Ante la crisis del COVID-19: Una oportunidad de un mundo mejor”. Disponible en la URL: https://www.65ymas.com/sociedad/asociaciones-de-mayores/crisis-covid-19-cambio-modelo-cuidados_14119_102.html. Abril de 2020. Con acceso el 2 de junio de 2020.
- ABELLÁN GARCÍA, Antonio; ACEITUNO NIETO, María del Pilar; RAMIRO FARIÑAS, Diego (2019). “Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de abril de 2019”. Madrid, Informes Envejecimiento en red n.º 24. Informe “Envejecimiento en red” del CSIC. Disponible en la URL: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-estadisticasresidencias2019.pdf> (con acceso el 16 de mayo de 2020).
- DOMINGO MORATALLA, A. “Responsabilidad y culpabilidad: claves para afrontar el desgobernado”. *Filosofía en la cuarentena*. Disponible en la URL: <https://www.filosofiaenlacuarentena.com/2020/04/responsabilidad-y-culpabilidad-claves.html>. Con acceso el 30 de mayo de 2020.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL. “Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas”. *Proyecto social. Revista de relaciones laborales*, ISSN 1133-3189, N.º 7, 1999, pp. 45-58.

- GONZALO JIMÉNEZ, E., MARTÍN RUIZ, E., OLRÍ DE LABRY LIMA, A. “La epidemia de COVID-19 en las residencias para personas mayores”. URL: <https://www.easp.es/web/coronavirusysaludpublica/la-epidemia-de-covid-19-en-las-residencias-para-personas-mayores/> (con acceso el 28 de mayo de 2020).
- MARTÍN LORENZO, B. “Medidas de protección a las personas mayores durante la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19”; Revista Gabillex (JCCLM), núm. 21 extraordinario 2020. pp. 287 ss.
- MUÑOZ MACHADO, Andrés. “Residencias de mayores y calidad. Algunos ejemplos”. *Todo hospital*, ISSN 0212-1972, N^o. 232, 2006, pp. 655-665.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. “Confinar el coronavirus. entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción” *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Num. 86-97 marzo-abril 2020, pp.22-31.
- PINAZO HERNANDIS, Sacramento: “La atención en residencias. recomendaciones para avanzar hacia un cambio de modelo y una nueva estrategia de cuidados”. Sociedad Valenciana de Geriátrica y Gerontología. Universitat de València e Instituto Interuniversitario de Desarrollo Local (IIDL). Disponible en la URL: https://prospectcv2030.com/wp-content/uploads/2020/05/Infome_residencias.pdf. Publicado el 28 de abril de 2020. Con acceso el 3 de abril de 2020.
- VELASCO CABALLERO, Francisco. “Estado de alarma y distribución territorial el poder” (*El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*). Núms. 86-87 marzo abril 2020. pp. 787-88.
- VILLAR EZCURRA, José Luís, “Fuerza mayor y responsabilidad por el Covid 19”. URL: <https://www.linkedin.com/pulse/fuerza-mayor-y-responsabilidad-por-el-covid-19-villar-ezcurra/>. Con acceso el 18 de abril de 2020.
- Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19. Ministerio de Sanidad. 5 de marzo de 2020. URL: <https://www.segg.es/media/descargas/Residencias-y-Centros-sociosanitarios.pdf>. Con acceso el 7 de abril de 2020.
- Guía para la prevención y control frente al COVID19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial. Ministerio de Sanidad. URL: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Residencias_y_centros_sociosanitarios_COVID-19.pdf. Consultado el 2 de abril de 2020.
- Resumen del Informe de estadística en residencias, de Envejecimiento en Red del CSIC, de octubre 2019. URL: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-estadisticasresidencias2019.pdf>. Con acceso el 16 de mayo de 2020.
- Declaración de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología SEGG COVID-19 “Las residencias y centros sociosanitarios son el recurso más vulnerable ante el coronavirus y requieren nuestro apoyo y acciones urgentes de protección”. URL: <https://www.segg.es/media/descargas/residencias-centros-sanitarios-vulnerables-covid-19.pdf>. Publicado el 24 de marzo de 2020. Con acceso el 18 de mayo de 2020.
- Protocolo IMSERSO 2015 para los casos de derivación a urgencias de los usuarios de sus residencias. URL: https://www.imserso.es/Inter-Present2/groups/imserso/documents/binario/im_089260.pdf. Con acceso el 31 de mayo de 2020.
- Informe del Defensor del Pueblo sobre residencias de mayores (1990). URL: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/1990-01-Residencias-p%C3%BAblicas-y-privadas-de-la-tercera-edad.pdf>. Con acceso el 27 de mayo de 2020.
- Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus. URL: <http://assets.comitede-bioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>. Fecha: 25 de marzo de 2020. Con acceso el 28 de marzo de 2020.

7. DOCUMENTOS TÉCNICOS:

- OMS. Infection Prevention and Control guidance for Long-Term Care Facilities in the context of COVID-19. URL: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331508/WHO-2019-nCoV-IPC_long_term_care-2020.1-eng.pdf. Fecha: 21 de marzo de 2020. Con acceso el 2 de junio de 2020.

- Acuerdo del Consejo Interterritorial sobre Criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), de 27 de noviembre de 2008. (BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2008, pp. 50722 a 50725).
- Requisitos de acreditación de residencias para personas mayores (Federación de Residencias y Servicios de Atención a las Personas Mayores). URL: <https://www.inforesidencias.com/resources/public/biblioteca/documentos/ley-de-dependencia/la-acreditacion-de-servicios-a-la-dependencia-en-espa-a-lares-.pdf> Con acceso el 2 de junio de 2020.
- Checklist para residencias de maiores na preparación para o control da diseminación do novo coronavirus. URL: https://coronavirus.sergas.gal/Contidos/Documents/155/Checklist_residencias_01_GAL.pdf. Con acceso el 2 de junio de 2020.
- Protocolo conxunto da Consellería de Sanidade e da Consellería Política Social para o manexo da crise sanitaria provocada polo virus SRAS CoV-2 (COVID 19) nas residencias de maiores e outros centros sociosanitarios”. URL: https://politicasocial.xunta.gal/sites/w_polso/files/arquivos/programas/20200504_protocolo_conxunto_consellerias_residencias_covid_v8.pdf). Con acceso el 4 de junio de 2020).