



La posible responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad en las que algunos de sus residentes fallecieron por covid-19*

Pedro Botello Hermosa

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Facultad de Derecho - Universidad de Málaga

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- ARGUMENTOS PARA APOSTAR POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

2.1.- EL CARÁCTER ANORMALMENTE PELIGROSO DE LA GESTIÓN DE UNA RESIDENCIA DE MAYORES EN ÉPOCA DE COVID.

2.2.- LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 148 TRLGDCU POR PARTE DE LAS RESIDENCIAS DE MAYORES RESPECTO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A SUS USUARIOS VULNERABLES EN ÉPOCA DE COVID.

2.3.- LA CONDICIÓN DE INFECCIÓN NOSOCOMIAL DEL COVID QUE DESCARTA LA CAUSA DE FUERZA MAYOR PARA EXONERAR DE RESPONSABILIDAD A LAS RESIDENCIAS, Y SUPONE IGUALMENTE LA INFRACCIÓN DEL 148 TRLGDCU.

III.- DE LA POSIBLE CULPA DE LA RESIDENCIA, AUNQUE SE APUESTE POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

IV.- CONCLUSIONES

V.- BIBLIOGRAFÍA

*Artículo realizado en el marco del Grupo de investigación PAIDI SEJ617 “Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado”, así como en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: “VULNERABILIDAD PATRIMONIAL Y PERSONAL: RETOS JURÍDICOS”, IIPP. M.^ª VICTORIA MAYOR DEL HOYO Y SOFÍA DE SALAS MURILLO; Y EN LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO I+D+I “DISCRIMINACIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LAS SITUACIONES INTERNACIONALES E INTERREGIONALES (CÓDIGO: PID2021-127361NB-I00). AYUDAS A «PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO» EN EL MARCO DEL PROGRAMA ESTATAL PARA IMPULSAR LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICO-TÉCNICA Y SU TRANSFERENCIA, DEL PLAN ESTATAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, TÉCNICA Y DE INNOVACIÓN 2021-2023. IP: NATIVIDAD GOÑI URRIZA.

I.- INTRODUCCIÓN

En octubre de 2022 podemos afirmar que, en España, a causa del covid, han fallecido en las residencias privadas¹ de la tercera edad más de 34.000 personas², las cuales, todas y cada una de ellas, pertenecían a un colectivo vulnerable como es el de las personas mayores, y necesitaban, con independencia de ello, una especial protección frente al virus dado que era precisamente en este colectivo de personas donde el coronavirus presentaba en enorme índice de mortalidad.

Aunque a día de hoy siguen produciéndose muertes y contagios³, la mayoría de dichas muertes ocurrieron en la primera ola de la pandemia, cuando, según Amnistía Internacional⁴, “el virus se esparció con mucha rapidez en las residencias porque el personal cuidador está en continuo contacto con las personas residentes y no contaban con protección. Esa falta de protección asimismo supuso un gran número de bajas de personal, que han impactado en el cuidado de las personas mayores en residencias y la gestión de la atención sanitaria”.

Desde el principio de este trabajo es muy importante destacar que mientras en algunas residencias de la tercera edad hubo más de 80 fallecimientos por los brotes incontrolados de covid, en otras, sin embargo, debido a su correcta gestión a la hora de adoptar medidas organizativas de prevención, el virus no llegó a propagarse, y por tanto, no hubo casos de muertes por coronavirus entre sus residentes vulnerables.

1 Representan el 72% de las plazas ofertadas en España según ABELLÁN GARCÍA, ANTONIO y ACEITUNO NIETO, MARÍA DEL PILAR, «Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de abril de 2019», *Informes Envejecimiento en red*, nº27, 2020, Madrid, pág. 24.

2 Datos actualizados que ofrece <https://www.rtve.es/noticias/20220429/radiografia-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml>

3 En la última semana de agosto de 2022 se han contabilizado 27 fallecimientos y 971 contagios, las cifras más bajas en lo que llevamos de 2022, según la información recopilada hasta el 21 de agosto por el IMSERSO, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES) del Ministerio de Sanidad y el Instituto de Salud Carlos III (ISCIII) del Ministerio de Ciencia e Innovación

4 <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/madrid-cataluna-las-personas-mayores-en-residencias-han-sufrido-desde-marzo-cinco-violaciones-de-derechos-humanos-y-ahora-podrian-volver-a-sufrir-algunas-de-ellas/>.

Así lo afirma ELIZARI URTASUN⁵ cuando cuenta que “en relación con el COVID-19 podrá alegarse que ciertas medidas, que previsiblemente hubieran podido prevenir el contagio, no estaban a disposición de los centros residenciales, al menos durante los primeros momentos de la pandemia, fundamentalmente equipos de protección individual (mascarillas, guantes, pantallas de protección) y pruebas diagnósticas, que hubieran sido necesarias para una correcta clasificación y separación de los residentes. Pero la imposibilidad de adoptar ciertas medidas no puede servir para justificar un alto nivel de contagios como evitables. Se ha de recordar las diferentes cifras de contagios aludidas al principio, que no pueden atribuirse al azar y que demuestran, como declaraba el Tribunal Supremo, que es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La existencia de centros en los que, en plena primera ola, existieron uno o dos contagios, que suponían un porcentaje pequeño de los usuarios (1-2%) demuestra que era previsible que el virus entrara en la residencia. Incluso puede aceptarse que dicha entrada fuera inevitable. Pero estos mismos supuestos demuestran, que (incluso con idéntica escasez de tests o mascarillas) los contagios que afectaban a un amplio grupo de residentes (más del 50% en algunos casos) sí eran evitables con la adopción de medidas organizativas de prevención, tal y como afirmaba el Tribunal Supremo en relación a las infecciones nosocomiales”.

¿A qué se debe esta diferencia de contagios entre una u otra residencia?

La respuesta parece evidente: algunas residencias de mayores, siendo conscientes de la importancia del virus que ya había atacado a los mayores en China y empezaba a hacerlo en Italia, adoptaron todas las medidas preventivas necesarias para evitar que el covid entrase en sus instalaciones, mientras que otras no actuaron de la misma forma.

O, dicho de otra forma, algunas residencias fueron gestionadas correctamente ante el peligro de la pandemia frente a los residentes mayores vulnerables, y otras no.

En tal sentido podemos destacar lo que

5 ELIZARI URTASUN, LEYRE, «La responsabilidad civil de las residencias privadas para personas mayores por los contagios de covid-19 de sus usuarios: títulos de imputación», *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2021, págs. 114 y 115.

ocurrió en la residencia Premiá de Mar de Mataró, entre marzo y mayo de 2020, donde llegaron a fallecer por covid hasta 87 de sus residentes vulnerables, y todo ello, según el Ministerio Fiscal que acusa a los directores de la residencia de homicidio imprudente, de lesiones por imprudencia profesional y de trato degradante, por una «negligente gestión» y un «caos generalizado». O, también, lo que ocurrió en la residencia de la tercera edad *Fiella de Tremp, en Lérida, donde el Ministerio Fiscal apreció* «gravísimas disfunciones y déficits organizativos», que pudieron tener una «influencia decisiva» en el contagio por covid de 42 trabajadores de la plantilla sobre un total de 65, y, lo que es peor, en el fallecimiento, entre el 22 de noviembre y el 25 de diciembre del 2020, de 64 de los 142 residentes del centro geriátrico.

¿Alguien puede dudar que la gestión de estas residencias de la tercera edad ha sido causa directa del fallecimiento de sus residentes vulnerables por covid?

En octubre de 2022 sabemos que hasta el momento casi todas las denuncias contra las residencias de la tercera edad por la muerte de sus residentes vulnerables han acabado siendo archivadas dado que el Ministerio Fiscal no considera como posible delito la actuación de los responsables de las residencias a la hora de su gestión en época de covid⁶, pero tras el archivo penal toca plantearse:

¿Qué pasará con la responsabilidad civil? ¿Tienen derecho los familiares de las víctimas que fallecieron por covid en una residencia de mayores a ser indemnizados por sus responsables o por sus aseguradoras? ¿Tendrán que probar las víctimas que la culpa de la infección de covid se debió a la falta de diligencia en la gestión de la residencia a la hora de prevenir los brotes en su interior, o, por el contrario, les bastará con acreditar que sus familiares murieron por covid dentro de una residencia para ser indemnizados?

⁶ Desde Amnistía Internacional se afirmaba en enero de 2022 que *“el propio Ministerio Fiscal ha reconocido que se produjo una situación objetiva de vulneración de derechos fundamentales en las residencias, de las diligencias de investigación penal llevadas a término por la propia institución, casi el 90% han sido archivadas sin llevar el caso a los tribunales.*

Amnistía Internacional considera que la mayoría de las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal no cumplen con los estándares de derechos humanos sobre exhaustividad y eficacia que permitan el esclarecimiento de las circunstancias de las miles de muertes en residencias”.

Eso sí, hace tan solo una semana⁷ la Fiscalía General del Estado emitió una orden a todas las fiscalías de España, para garantizar que los familiares de los fallecidos por Coronavirus en las residencias de ancianos sean escuchados, y que su punto de vista y declaraciones sean tenidos en cuenta en todos los procedimientos penales puestos en marcha, y todo ello porque desde el Ministerio Público se considera que *«es preciso adquirir un conocimiento detallado y analizar con exhaustividad la situación actual y el devenir de los procedimientos penales puestos en marcha, en relación con los fallecimientos acaecidos en las residencias de la tercera edad como consecuencia de la enfermedad del Covid-19»*, lo cual puede acabar terminando con la obtención de nuevas pruebas que respalden aún más los argumentos jurídicos que a continuación expongo en relación con la responsabilidad civil de las residencias de mayores por el fallecimiento por covid de sus residentes vulnerables.

Y en relación con la posible responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad por las muertes o lesiones que el covid haya producido en su interior a sus residentes vulnerables hay que destacar, que entre ambas partes existía un contrato que obligaba a la residencia en base a los artículos 1101 y 1104 del Código civil⁸, a actuar con la diligencia que exigía en ese momento la naturaleza de la obligación, teniéndose en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

¿Cumplieron las residencias con la obligación adoptar todas las medidas preventivas necesarias para que el covid no entrase en sus instalaciones, así como con su obligación de asistencia y cuidado de sus mayores?

Pues bien, haciendo un spoiler de lo que nos vamos a encontrar en las próximas páginas del artículo, adelanto que, al menos en mi opinión (y seguramente en contra de la opinión de la mayoría de autores que apostarán por la entrada del covid en las residencias como causa de fuerza mayor⁹) existen motivos jurisprudenciales

⁷ Concretamente fue el 6 de octubre de 2022, cuando el teniente fiscal de la Secretaría Técnica, Diego Villafañe, mediante la firma de un oficio propuesto por el fiscal general, Álvaro García Ortiz, en el cual se da un plazo de un mes a todas las Fiscalías para que ofrezcan información sobre el número de diligencias de cada comunidad, así como de denuncias, querellas y procedimientos judiciales en proceso de trámite.

⁸ En adelante C.c.

⁹ Con lo cual no coincido, ya que si fuese causa de fuerza mayor hubiesen existido brotes en todas las residencias y no fue así (las que actuaron de forma correcta no los su-

para al menos argumentar por qué podemos hablar de una responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, en los casos en los que un mayor dentro de una residencia de mayores haya muerto o sufrido lesiones por covid, y todo ello, aun siendo consciente que en los últimos tiempos el Tribunal Supremo tiende justo a lo contrario, es decir, que apuesta por el retorno a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, lo cual implica que pone fin a la objetivación de la responsabilidad civil en aras de proteger a la víctima.

Por último, intentaré argumentar que incluso si los Tribunales consideran que la responsabilidad civil objetiva no tiene cabida en los supuestos que venimos exponiendo, o lo que es lo mismo, que rige la responsabilidad civil subjetiva, existen motivos para entender que las víctimas podrán probar que lo que ha ocasionado el daño, en este caso la pérdida del

frieron), a lo que hay que sumar la condición de infección nosocomial que tiene el covid y una reciente sentencia del Tribunal Supremo que citaré en el artículo, en la que se establece que *«Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. (...) Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto»*.

familiar, fue la no observancia de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación contractual por parte de la residencia, o lo que es lo mismo, que la residencia ha infringido el 1104 del C.c., lo cual no solo resulta evidente cuando hablemos de las residencias catalanas expuestas anteriormente, sino que también podrá apreciarse con mucha probabilidad en la mayoría de las residencias que han recibido denuncias por su gestión durante la pandemia.

II.- POSIBLES ARGUMENTOS PARA APOSTAR POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

2.1.-El carácter anormalmente peligroso de la gestión de una residencia de mayores en época de covid

Como sabemos, si se aplica el sistema de responsabilidad civil subjetiva o por culpa, la carga de la prueba recaerá sobre la víctima¹⁰, o sus familiares, lo cual, en principio, colocaría a las personas que han sufrido el daño en una clara desventaja frente a la residencia, dado que difícilmente podrán probar qué ocurrió y cómo durante la época de confinamiento.

¹⁰ Será la víctima la que deberá probar que efectivamente el daño se le ha producido por culpa (intencionalidad o simple negligencia) del que agente causante del daño (demandado), y si no consigue probarlo, la víctima no será indemnizada.



Sin embargo, si los Tribunales apuestan por el sistema de responsabilidad objetiva, o por riesgo, se invertirá la carga de la prueba (recaerá sobre la residencia y no sobre la víctima), lo cual, aunque no supone de forma automática que la residencia sea la responsable del fallecimiento, sí que colocaría en una gran posición a los demandantes para ser indemnizados ya que entonces solo deberán probar que existió nexo causal entre el hecho de vivir en la residencia¹¹ y el fallecimiento, sin necesidad de probar que la culpa fue de la residencia. Es más, de considerarse responsabilidad civil objetiva, será la residencia la que para exonerarse de responsabilidad tendrá que acreditar que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima (si existe culpa parcial de la víctima se habla de concurrencia de culpas) o por causa de fuerza mayor.

Pues bien, parte de este trabajo consiste precisamente en intentar argumentar jurídicamente algunos motivos que nos hagan plantearnos si en los supuestos de fallecimiento de personas mayores en residencias de la tercera edad en época de covid podemos hablar de responsabilidad civil objetiva, y para ello me sirvo principalmente de la interpretación a *sensu contrario* de dos sentencias del Tribunal Supremo de las que es ponente el magistrado Excmo. Sr. Seoane Spiegelberg.

La primera de ellas sería la sentencia 171/2020, de 11 de marzo de 2020, en la que, por un lado, nuestro Alto Tribunal afirma el indiscutible retorno a la constatación de la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, mientras que, por otro lado, sigue remarcando que la responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, sólo se aplicará cuando así lo establezcan las leyes, o cuando hablemos de una actividad anormalmente peligrosa que justifique la inversión de la carga de la prueba.

Así, establece literalmente en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia que:

«Al fundamentar el recurso, la actora parte de una consideración que no podemos aceptar, cual es que, en los últimos tiempos, la responsabilidad civil camina hacia soluciones que prescinden, en mayor o menor grado, del componente subjetivo de la culpa, ante la

exigencia social de dar satisfacción a la víctima, acercándose así al establecimiento de una responsabilidad cuasi-objetiva, que se aparta de los condicionantes de una responsabilidad civil subjetivista con exigencia de una probanza clara y directa de un nexo de causalidad entre la actuación u omisión del agente y la producción del daño.

En modo alguno podemos aceptar tal argumento. Si hay algo que caracteriza la jurisprudencia de este tribunal en los últimos tiempos es el indiscutible retorno, por elementales exigencias de lo normado en los arts. 1902 y 1101 del CC, a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual.

Podemos en este sentido sostener que la jurisprudencia de este tribunal se fundamenta en los postulados siguientes:

1.- La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se exceptiona por ley.

2.- El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa.

3.- Para el resto de actividades, en aplicación del art. 217 LEC, es al perjudicado que reclame a quien compete la carga de la demostración de la culpa del demandado».

Centrándonos en el punto 2 de la sentencia, parece evidente que si gestionar una residencia de mayores en época de covid se considera una actividad anormalmente peligrosa se invertiría la carga de la prueba en contra de la residencia, correspondiendo entonces a la residencia justificar la culpa exclusiva de la víctima o el caso fortuito para exonerarse de responsabilidad.

¿Es o no es una actividad anormalmente peligrosa gestionar una residencia de mayores en época de covid, y más cuando todavía no existía ni la vacuna?

El lamentable hecho de que dentro de este tipo de residencias se contabilicen ya más de 34.000 fallecimientos habla por sí solo de la peligrosidad de tal gestión.

Por ello, al menos en mi opinión, cuidar-asistir-protector a las personas más vulnerables frente al covid, así como tomar las medidas preventivas adecuadas para evitar su propagación, deben ser consideradas como

¹¹ Por ejemplo, entró hace unos meses sin ningún problema de salud, y ha fallecido por covid-19 que ha cogido en la residencia de donde nunca salió a la calle ni entró nadie a verlo.

actividades anormalmente peligrosas, lo cual daría cabida a la responsabilidad civil objetiva.

Y puede entenderse algo “anormalmente” peligroso, precisamente porque esta misma gestión antes de la pandemia no se consideró peligrosa por el Tribunal Supremo en la misma sentencia antes referida 171/2020, donde se fijó literalmente que «*la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa*».

Por tanto, antes de la pandemia la gestión de una residencia de la tercera edad estaba dentro de los parámetros de normalidad en cuanto a peligrosidad, pero la “normalidad” se terminó con la pandemia y empezaron a surgir en nuestras vidas tantas cosas anormales (como no poder salir de casa, no poder ir a trabajar, etc), dentro de las cuales podemos considerar que la gestión de una residencia de la tercera edad dejó de ser normal desde el punto de vista de su peligrosidad, para pasar a convertirse en una actividad anormalmente peligrosa, ya que era notorio que si el virus entraba en sus instalaciones el caos y la propagación de la muerte estaban garantizados.

De hecho, durante la pandemia, los familiares de las personas mayores que vivían con ellos empezaron a cuidarlos de forma anormal, con una sobreprotección excesiva, aislándolos el tiempo que fuese necesario, sin verlos, etc. Y eso que entre ellos no existía un contrato que les obligaba a hacerlo, como sí que existía entre las residencias de mayores y los residentes más vulnerables al covid.

Tal vez la pregunta correcta es si los directores de muchas residencias de mayores eran o no conscientes de que con la llegada

del covid gestionar las residencias se había convertido en una actividad anormalmente peligrosa, pero el hecho de que algunos de los encargados de gestionar las residencias no fueran conscientes de la peligrosidad que suponían todas sus decisiones a la hora de adoptar una u otra medida preventiva de protección no debe ir en perjuicio de las víctimas ni de sus familiares, a lo que hay que sumar que también existieron encargados de muchas residencias que sí fueron conscientes desde el principio del carácter anormalmente peligroso que había adquirido su gestión con la aparición del coronavirus, motivo por el cual adoptaron todas las medidas necesarias para evitar su propagación.

2.2.- La posible vulneración del artículo 148 TRLGDCU por parte de las residencias de mayores respecto a la prestación de servicios a sus usuarios vulnerables en época de covid

Mientras el punto 2 de los postulados que menciona la sentencia 171/2020 del Supremo invierte la carga de la prueba cuando exista una actividad anormalmente peligrosa que la justifique, en el punto 1 recoge que «1.- *La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley*».

Pues bien, en este apartado me centro en la posibilidad de que la responsabilidad civil objetiva tenga lugar en los casos de fallecimientos de mayores por covid en las residencias de la tercera edad precisamente porque se ha podido vulnerar una de las leyes¹²

¹² En nuestro Ordenamiento jurídico existen diversas leyes que apuestan por la responsabilidad civil objetiva frente a la subjetiva, siendo normalmente leyes que regulan una actividad que implican un riesgo, como por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el texto



que específicamente apuestan por este tipo de responsabilidad civil para las actividades que regulan, dado el riesgo que ellas implican, como es el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU).

Dentro de los diversos artículos¹³ del TRLGDCU que apuestan por la responsabilidad civil objetiva al invertir la carga de la prueba, el que nos interesa para este trabajo es el artículo 148, cuando, siempre dentro de la responsabilidad por los daños causados por bienes y servicios, impone un régimen especial de responsabilidad civil al recoger:

«Régimen especial de responsabilidad: Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.»

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; o, la Ley 48/1960, de navegación aérea; o, la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza; o la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear; o, por último, algunos supuestos concretos del C.c., como la responsabilidad del poseedor de un animal, o la de los propietarios por daños causados por humos excesivos, por la caída de árboles, o las cosas que se tiran o arrojan desde una casa.

13 Así se desprende, por ejemplo, cuando apuesta por la inversión de la carga de la prueba que se recoge en el artículo 145 respecto a los daños causados por productos defectuosos, al establecer que *«Culpa del perjudicado: La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente.»*

O, respecto a los daños causados por otros bienes y servicios con el contenido del 147: *«Régimen general de responsabilidad: Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio.»*

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros.»

A esto hay que sumar el contenido del artículo 11.1 del TRLGDCU cuando norma que *«Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros»*, y el art. 27 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, igualmente aplicable a los centros privados, donde se regulan las garantías de seguridad.

Pues bien, dentro de los usos incorrectos de ciertos servicios prestados a sus usuarios que hacen nacer la responsabilidad civil objetiva la jurisprudencia del Tribunal Supremo incluye los “servicios sanitarios” prestados por los centros hospitalarios a sus usuarios, los cuales deben ser prestados con las garantías de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, debiendo dejar muy claro desde el principio que la referencia a “servicios sanitarios” se circunscribe exclusivamente a los efectos funcionales de los centros hospitalarios (los de organización, coordinación, etc.), pero no alcanzan a los daños imputables directamente a los actos médicos (sometidos a la infracción de la *lex artis ad hoc*).

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 604/1997, de 1 de julio, al estudiar un caso en el cual, tras la práctica de una artroplastia de rodilla el paciente sufrió una infección por pseudomona aeruginosa que determinó la amputación de la extremidad lesionada, establece lo siguiente: *«Se apoyan ambos en el artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncian infracción por inaplicación de los artículos 1º y 28 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (actual artículo 148 TRLGDCU). Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada ley, que el recurrente en cuanto «persona física» que utiliza unos «servicios», reúne la condición de «usuario» «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». Conforme al sistema de «garantías y responsabilidad» que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroge salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva». Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil*

incluye entre los «sometidos su régimen» los «servicios sanitarios», conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el Insalud. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, «hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos».

También lo recoge así la STS 225/2004, de 18 de marzo cuando establece que «A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios (actual art. 148 TRLGDCU) y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: «...demandante es

consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad».

O, la sentencia 336/2012, en la que el objeto del proceso radicaba en la deficiente organización de un centro hospitalario y de los servicios de guardia de los profesionales sanitarios, lo que determinó que en un parto de riesgo, el médico se tuviera que ausentar para atender de forma teóricamente simultánea una emergencia, con un desenlace fatal para el bebé, y fija el alto tribunal que «De conformidad con lo expuesto, debe entenderse que no concurre incongruencia alguna en la sentencia recurrida, ya que lo que realmente declara y acoge es que hubo una deficiente organización por dicho centro del sistema de guardias, que facilitó la producción del resultado. Todo ello, en clara respuesta al suplico de la demanda y a las argumentaciones que la contienen en la que, al amparo de las acciones ejercitadas (extracontractual y legal, derivada esta última de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios) se recogen los reproches fácticos que se formulan a la recurrente, entre otros, la falta de medios humanos y materiales adecuados y el de una inadecuada organización de los servicios».

Y como última de las sentencias de la corriente jurisprudencial remarcada traigo a colación la segunda sentencia antes mencionada de la que también es ponente el Excmo. Sr. Magistrado Seoane Spiegelberg, como es la sentencia 446/2019, de 18 de julio, del Tribunal Supremo, que tenía como único motivo del recurso de casación el siguiente:

«Único .- Infracción del art. 148 TRLCU (anterior art. 28 LCU), al resolver la sentencia recurrida de modo opuesto a la reiterada jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva

del art. 28 LCU en materia de infecciones hospitalarias, expresada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 1377/2007, de 5 de enero ; nº 225/2004, de 18 de marzo , y la nº 604/1997 de 1 de julio ; alegadas como fundamento del interés casacional del presente recurso, que establece la responsabilidad objetiva de los centros hospitalarios en relación con las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias; y se solicita de la Sala que declare que la sentencia recurrida desconoce e infringe la doctrina jurisprudencial alegada».

El referido motivo fue estimado por el Supremo, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial, y basándose para ello en afirmaciones como las siguientes:

«El art. 43 de la CE garantiza el derecho a la protección de la salud. No ofrece duda que los pacientes son usuarios de los servicios sanitarios, como tales protegidos por el RDL 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 y otras leyes complementarias, cuyo art. 11.1 establece el deber genérico de seguridad, cuando norma que «los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros. (...).

Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU. (...) Al margen de que ello constituyó, como señala el Juzgado, un fallo de coordinación o comunicación, incluíble como tal en el art. 148 del TRLGDCU, lo cierto es que la causa de la muerte, según los hechos probados, fue una infección nosocomial adquirida en UCI, en donde permaneció durante un largo periodo de tiempo, hasta su fallecimiento, siendo conocida que la estancia prolongada en dichos servicios incrementa la posibilidad de la infección nosocomial.

El enfermo es evidente que tenía una legítima expectativa de seguridad de no contraer en el centro hospitalario una patología adicional a la que sufría y que precisamente desencadenó su muerte, como también a no ser expuesto a un tratamiento inadecuado que aumentase los riesgos de contraer una complicación como la reseñada. La prestación de los servicios sanitarios, en las debidas y exigidas condiciones de garantía y seguridad, tienen como finalidad prevenir esta tipología de complicaciones enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la lex artis ad hoc. (...).

La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad. No estamos tampoco enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la lex artis ad hoc».

Una vez acreditado que el Supremo considera vulnerado el 148 del TRLGDCU por los centros hospitalarios, públicos o privados, por el defectuoso funcionamiento de sus servicios sanitarios, podemos cuestionarnos:

¿Podrá considerarse infringido el 148 del TRLGDCU por las residencias de mayores que no hayan adoptado todas las medidas preventivas de seguridad necesarias para proteger a sus usuarios-residentes vulnerables? ¿Debe dicha omisión considerarse un cumplimiento defectuoso de los servicios sanitarios de las residencias de la tercera edad? ¿Prestan asistencia sanitaria dichos centros?

Parte de la doctrina¹⁴ entiende que las residencias de personas mayores no son centros sanitarios y que por ello debe descartarse la posible aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del artículo 148 del TRLGDCU.

Sin embargo, el propio Ministerio de Sanidad sí otorga a este tipo de residencias la condición de centros sociosanitarios en la «Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», cuando durante todo su articulado otorga la consideración de centros sanitarios a las residencias de mayores al referirse a «las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios».

Y es que, atendiendo a los contratos que firman los residentes se observa que, en la

¹⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a CARMEN, «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: nexos causal y criterios de imputación», en Derecho y Salud, 2020V. 30, extraordinario, 2020, pág. 25; ELIZARI URTASUN, LEYRE, «La responsabilidad de las residencias...», Op. cit., pág. 105.

inmensa mayoría de los casos, las residencias adquieren compromisos sobre la asistencia de los usuarios a través de fórmulas poco concretas como «atención médica, rehabilitadora y social», o «seguimiento médico sanitario y farmacéutico».

Como ejemplo práctico de que cuando las residencias de mayores tengan que prestar asistencia sanitaria se les debe considerar residencias sanitarias, la STS de 11 de marzo de 2020 a la que antes hicimos referencia, recoge lo siguiente:

«1.- Con fecha 31 de diciembre de 2006, D.ª Elsa ingresó en la residencia, que gestiona la entidad demandada Residencias Familiares para Mayores S.L., en la ciudad de Marbella. Voluntariamente la Sra. Elsa dejó dicha residencia el 31 de marzo de 2007, retornando a la misma el día 4 de julio de dicho año.

*2.- El contrato abarcaba el régimen de pensión completa, alojamiento y **atención sanitaria**.*

*En el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la **residencia sanitaria**, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un infarto de miocardio».*

Pero, ¿qué se entiende exactamente por la asistencia sanitaria que una residencia de mayores debe darle a su usuario vulnerable?

La SAP Madrid de 17 de noviembre de 2017 consideró que la relación contractual entre residencia y residente comprende

«entre otros, la asistencia médica, asistencial y farmacológica», obligándose los profesionales a una obligación de medios, consistente en “el cuidado y la salud del paciente, sin obligarse en este último caso al resultado de su curación, que no siempre está dentro de sus posibilidades».

Por su parte, la literalidad de la STS de 18 de julio de 2019 tantas veces expuesta, recoge que *«En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial ha circunscrito la referencia a «servicios sanitarios» a los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos».*

Por todo lo anterior, considero que dentro de la referencia “servicios sanitarios” que engloban los aspectos organizativos o de prestación del centro de personas mayores se incluyen la planificación y prevención para evitar la entrada de un virus tan mortífero entre sus usuarios como el covid-19.

Además, la interpretación *a sensu contrario* de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020, ya mencionada en el punto anterior, así lo permite, ya que en ella se juzgó la prestación de servicios de “Residencias para Mayores S.L.” a Doña Elsa en base a un contrato en el que se suscribió un régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria, y aunque desestimó la demanda interpuesta por los familiares de la fallecida porque el fallecimiento se debió a muerte natural por un infarto de miocardio, sí que contempló nuestro Alto Tribunal la posibilidad de que las residencias de mayores vulneren el artículo 148 del TRLGDCU cuando no presten sus servicios con la garantía y seguridad que estos requieren, equiparándose por tanto a lo que ocurre con los centros hospitalarios y sus usuarios.



Es concretamente en su fundamento de Derecho Tercero cuando la sentencia estudia la posible vulneración del artículo 148 del TRLGDCU (antiguo artículo 28) por las residencias de mayores respecto a sus residentes, y expone lo siguiente:

«El segundo de los motivos de casación se construye sobre la base de la vulneración de los arts. 26.2 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios (hoy artículos 147 y 148 del Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007).

En cualquier caso, la aplicación de tales preceptos requiere la constatación de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado producido. (...).

Por otra parte, no basta simplemente con que se haya producido un resultado lesivo, sino que 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, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. (...).

En el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un infarto de miocardio, señalando además que no puede afirmarse, como hace la actora, que si la Sra. Elsa hubiese estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. El hecho de que D^a. Elsa pudiera pasar una hora o dos sola en el jardín del centro o en otra dependencia del mismo, no conforma una conducta negligente causalmente vinculada a una muerte natural, de manera tal que el desenlace de la vida de la Sra. Elsa se la podamos imputar jurídicamente a la entidad demandada, haciéndole responsable del mismo por un incumplimiento contractual culposo».

Se desprende de la sentencia que el Supremo entiende que cuando se acredite la relación de causalidad entre el servicio prestado por la residencia de mayores y el daño originado a su usuario, tendrá cabida la responsabilidad civil objetiva considerándose

infringido el artículo 148 del TRLGDCU.

Coincido completamente con GONZÁLEZ CARRASCO¹⁵ cuando al estudiar la sentencia afirma que *«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 asistencial.*

Ahora bien, una interpretación a sensu contrario 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”.

También PÉREZ ANDREU¹⁶ se centra en el contenido de la sentencia y manifiesta que *«Además de analizar los preceptos del Código Civil que hemos citado previamente, esta sentencia también analiza la posible infracción de 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. Para aplicar este régimen jurídico, debemos partir de una premisa básica, que es la prestación del servicio con los niveles exigibles de eficacia y seguridad para el usuario.*

Resulta muy interesante aquí el aspecto relativo a la carga de la prueba, que se invierte como medio de protección al consumidor o usuario, correspondiendo a la residencia acreditar que ha cumplido con el cuidado y diligencia que exige la naturaleza del servicio. Dicho esto, en el caso que venimos analizando, el Supremo descarta la aplicación de este régimen jurídico al considerar que no hay relación de

¹⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a CARMEN, «Responsabilidad patrimonial...», Op. cit., pág. 31.

¹⁶ PÉREZ ANDREU, «La responsabilidad de las residencias de ancianos», en Hay Derecho, 11 de mayo de 2020, disponible en <https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/>

causalidad entre la prestación del servicio y el daño irrogado, 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, rechazando así la existencia de un incumplimiento contractual culposo.

En definitiva, las residencias tienen la obligación de proveer el cuidado y atención que el anciano requiera en cada momento, según sus circunstancias, para impedir que se vea expuesto a peligros o situaciones perjudiciales que sean evitables, así como la obligación de utilizar los medios humanos y materiales necesarios para ello. Si no se lleva a cabo este deber de cuidado o no se hace con la diligencia debida, estaríamos ante un incumplimiento contractual o un cumplimiento defectuoso que desembocaría en la obligación de indemnizar».

Y, siempre en la misma línea, GUILABERT VIDAL¹⁷ entiende vulnerado el 148 del TRLGDCU por las residencias privadas de mayores cuando expresa que «La doctrina considera que el listado de los servicios que aparecen enumerados en el segundo párrafo del precepto, sometidos necesariamente al régimen objetivo contenido en el mismo, no se ha configurado con carácter taxativo. Con ello queremos indicar que el régimen de responsabilidad objetivo que contiene puede extenderse a otros servicios. La cuestión capital será determinar cuáles son los que han de quedar circunscritos.

En este sentido, parece razonable pensar que la mera existencia de reglamentos de seguridad de la actividad en cuestión no justificaría por sí sola la adopción de este régimen, sino que habría que constatar que la misma debe incluir necesariamente la garantía de determinados niveles de seguridad. Éstos vendrán fundamentados, en última instancia, por el riesgo inherente del servicio, el cual se multiplica tantas veces como el mismo se preste a los usuarios.

Así las cosas, a continuación, nos disponemos a dilucidar si los servicios esencialmente asistenciales prestados por las residencias mayores, son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma que comentamos.

A estos efectos debemos indicar que la

reiteración exponencial de estos servicios sobre un cuantioso número de usuarios en nuestro país y la eventual afectación a valores fundamentalísimos como la vida, la integridad física y moral, la intimidad, etc. De los residentes (siendo personas especialmente vulnerables y dependientes en innumerables ocasiones de la institución residencial), justifican a todas luces, la necesidad de la existencia de estándares mínimos de seguridad en la prestación del servicio, estableciéndose para su debido mantenimiento los preceptivos controles de calidad. Con estos procedimientos de fiscalización se intentaría afianzar la seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio en cuestión, tanto en su diseño como en la ejecución de su prestación».

Concluye la autora afirmando que «A dichas premisas debemos añadir que estos riesgos deben desarrollarse, para ser imputables, en el concreto ámbito de control de la actividad de la residencia, dado que la misma, por ejemplo, es la encargada de velar, por ejemplo, de la adopción de las preceptivas medidas de asepsia. Con la verificación de esta premisa quedaría debidamente acreditada la exigencia causal en el seno del sistema de responsabilidad objetiva configurado legalmente.

Ello significa que, ante el mero incumplimiento de la normativa de calidad y seguridad antes apuntada, no deberá proclamarse automáticamente la responsabilidad del centro. Antes bien, se deberá verificar cumplidamente la concurrencia del preceptivo nexo causal. Esta argumentación implica que habrá responsabilidad de las residencias de mayores por las muertes acaecidas por el nuevo coronavirus, siempre que, de existir una infracción de la normativa de calidad y seguridad, ésta haya supuesto un incremento de riesgo respecto de la producción del resultado lesivo acaecido y que la norma conculcada persiga la protección de la vida del usuario».

Llegados a este punto podemos cuestionarnos:

¿Acaso los miles de personas fallecidas por covid-19 en residencias privadas sin patologías médicas previas no tenían la legítima expectativa de que desde dichos centros se actuase con las medidas de seguridad necesarias para protegerles?

¿No resulta lógico que, en un tipo de centro especializado en ofrecer la residencia y

¹⁷ GUILABERT VIDAL, MARÍA REMEDIOS, *Responsabilidad de las residencias privadas por los fallecimientos por COVID-19*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2021, págs. 103 y 104.

protección del colectivo vulnerable de personas mayores, éstas se encuentren más seguras y protegidas que en ningún otro sitio?

¿Cuántos de estos residentes vulnerables no hubiesen fallecido de encontrarse en su propia casa, o en casa de unos familiares que, siendo conscientes de lo contagioso que era el covid-19, hubiesen aislado por completo a sus mayores?

¿Habrán cumplido con la seguridad necesaria en la prestación de servicios que por contrato las residencias debían otorgar a sus usuarios vulnerables para cumplir con el 148 del TRLGDCU?

¿Cómo es posible que en algunas residencias de mayores no hubiese brotes de covid, y en otras hubo varios de ellos que acabaron con la vida de decenas de residentes vulnerables?

¿Podrá alguien defender que no existieron fallos de coordinación o comunicación en la residencia Premiá de Mar de Mataró, cuyos directores son acusados por el Ministerio Fiscal por homicidio imprudente, lesiones por imprudencia profesional y trato degradante, todo ello por una «negligente gestión» y un «caos generalizado» que derivó en brotes de covid que acabaron con la vida de 87 de sus residentes vulnerables; o, en la residencia de la tercera edad Fiella de Tremp, en Lérida, donde el Ministerio Fiscal apreció «gravísimas disfunciones y déficits organizativos», que pudieron tener una «influencia decisiva» en el contagio por covid de 42 trabajadores de la plantilla sobre un total de 65, y, lo que es peor, en el fallecimiento, entre el 22 de noviembre y el 25 de diciembre del 2020, de 64 de los 142 residentes del centro?

¿Y con el resto de cientos de residencias que a día de hoy su negligente gestión está siendo investigada en fase de instrucción porque parece evidente que la misma ha sido causa directa de la muerte de sus residentes?

Lo que parece incontestable a día de hoy es que las residencias privadas de mayores pudieron y tuvieron que adoptar preventivamente medidas más drásticas desde antes incluso de que el virus llegase a España, porque éramos conscientes de que el famoso coronavirus chino que tenía una enorme mortalidad entre mayores ya estaba a Italia, así que era cuestión de muy poco tiempo su entrada en nuestro país.

Así lo denuncia Amnistía Internacional¹⁸ cuando cuestiona por qué no se activaron por parte de las residencias privadas de mayores los Protocolos de prevención contra otros virus respiratorios como el de la gripe, lo cual, no cabe duda, habría salvado un gran número de vidas: *“Según la legislación aplicable, las residencias deben contar no solo con un reglamento de régimen interior, sino con diferentes protocolos de gestión de situaciones de crisis. Las recomendaciones a residencias de mayores del Ministerio de Sanidad establecían que “como norma general, las estrategias que se recomiendan para prevenir la propagación de COVID-19 en los centros sociosanitarios no difieren de las estrategias que estos centros usan para detectar y prevenir la propagación de otros virus respiratorios como la gripe”.*

En la misma línea, Médicos Sin Fronteras¹⁹ habla de falta de anticipación por parte de las residencias privadas con consecuencias fatales para sus residentes, cuando afirma que debieron proceder al cierre de las residencias tal y como finalmente se acabó imponiendo por el Gobierno cuando argumenta que *“Observamos, por ejemplo, falta de criterio y de agilidad para determinar el cierre de las residencias a visitas y a proveedores, como mecanismo de aislamiento frente al virus mientras no se tuviesen materiales de protección, recursos y protocolos adecuados, y esto ocurrió tanto en residencias de gestión pública como privada. A pesar de que ya a finales de febrero algunas residencias proponían esta medida, no fueron capaces de hacer suyo este sentido de anticipación”.*

A todo esto se suma que, como bien afirma la profesora ELIZARI URTASUN²⁰, *«la población susceptible de ingresar en una residencia es especialmente vulnerable, al tratarse de personas de edad avanzada, enfermos crónicos, con facultades cognitivas a menudo deterioradas. Esta vulnerabilidad hace que se deban extremar las precauciones para al respeto*

18 En un informe titulado *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*, publicado en diciembre 2020, pág. 33.

19 Médicos Sin Fronteras: “Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España” (agosto 2020), pág. 37.

<https://www.msf.es/sites/default/files/documents/medicossinfronteras-informe-covid19-residencias.pdf>

20 ELIZARI URTASUN, LEYRE, «Ingresos de personas mayores en centros residenciales. Marco regulador y pronunciamientos constitucionales recientes», Indret, 1/2018, pág. 38.

y salvaguarda de sus derechos fundamentales».

Por todo lo anterior, considero que, en base a las sentencias del Tribunal Supremo expuestas, es perfectamente posible considerar vulnerado el artículo 148 del TRLGDCU por algunas residencias de mayores en la época del covid, ya que, reiterando un párrafo de la sentencia 446/2019, «La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad».

2. 3.- La condición de infección nosocomial del covid que descarta la causa de fuerza mayor para exonerar de responsabilidad a las residencias, y supone igualmente la infracción del 148 TRLGDCU

La sentencia 446/2019 del Tribunal Supremo entendió aplicable el régimen de responsabilidad objetiva del prestador de servicios por vulneración del artículo 148 TRLGDCU, al encontramos frente a una muerte de una persona mayor, debida a una infección nosocomial adquirida en la UCI de un Hospital.

ARCOS VIEIRA²¹ resume perfectamente el contenido de la sentencia cuando expone que «la STS 446/2019 de 18 de julio ha venido a impulsar la consolidación de la opción por el régimen de la responsabilidad objetiva de los centros sanitarios recogido en el art. 148 TRLGDCU, hasta hace poco tiempo apenas objeto de interés en el ámbito de la sanidad privada -y siempre ignorado en la pública- en reclamaciones por IRAS, frente a los regímenes clásicos de las responsabilidades contractual (art. 1101 ss CC) o aquiliana (art. 1902 CC). Diversas sentencias de apelación se han hecho eco ya de los razonamientos de esta resolución, que favorece la posición del demandante reforzando su legítima expectativa de seguridad, insiste en la irrelevancia de los argumentos sobre la corrección del servicio, y atribuye al centro demandado la responsabilidad por caso fortuito, esto es, por el evento dañoso accidental e inevitable que se considera interno

a la actividad sanitaria. Todo ello sobre la base de un daño por una infección nosocomial, carácter que queda probado si el demandante justifica su adquisición en el centro. La prueba de otro régimen de la infección, así como de la imprevisibilidad del evento dañoso o de la culpa exclusiva de la víctima, deben corresponder al demandado».

Entonces me pregunto: Si para el Tribunal Supremo rige la responsabilidad civil objetiva por vulneración del artículo 148 del TRLGDCU cuando una persona de edad avanzada muere en la UCI por una infección nosocomial debido a la inadecuada atención prestada por el Hospital, ¿por qué no va a llegar a la misma conclusión nuestro Alto Tribunal cuando una persona de avanzada edad muera por una infección nosocomial debido a la inadecuada atención prestada por la residencia de mayores?

Por tanto, la primera pregunta de enorme importancia que debemos resolver es: ¿Es el covid-19 una infección nosocomial?

Cuando hablamos de infecciones nosocomiales hacemos referencia a infecciones que se pueden coger dentro del Hospital (o en otros centros, como veremos), las cuales se suelen producir por no prestarse la atención sanitaria como se debe, extremos que se acreditan con la literalidad de la STS de 18 de julio de 2019 cuando expone:

«Las infecciones intrahospitalarias, también denominadas nosocomiales, son aquellas que el paciente adquiere en el propio centro hospitalario (...).

La literatura científica describe diferentes procesos causales de producción; así pueden responder a factores tales como la falta de asepsia en las manos, descuidos en medidas profilácticas básicas, dejar las puertas abiertas del quirófano, aplicación de técnicas invasivas, prácticas deficientes en el control de infecciones, incorrección en la colocación y limpieza del catéter entre otras muchas.

La prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad, o si se quiere, como señala la STS de 5 de enero de 2007, «de las legítimas expectativas de seguridad del servicio» que, frente a los usuarios del sistema sanitario, asumen las entidades asistenciales, garantes como son de la prestación de sus servicios con los niveles requeridos de asepsia, esterilización

21 ARCOS VIEIRA, MARÍA LUISA, «Infecciones nosocomiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del artículo 148 TRLGDCU», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 115, Enero-abril 2021, pág. 44.

y desinfección; de manera tal que los pacientes, que son tratados en sus establecimientos, no sufran una dolencia distinta y adicional a la que provocó la propia asistencia requerida».

Pues bien, el artículo publicado hace escasos meses por ESCOLÁ-VERGÉ²² y otros autores en la revista Médica Clínica resuelve la duda recién planteada, desde el título de su trabajo: “Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia”.

El artículo, que tiene por objeto el de “describir las características clínicas y el pronóstico de los pacientes con infección nosocomial por SARS-CoV-2”, expone en su introducción que “Otro posible factor de riesgo fueron las visitas de familiares de los pacientes, que se prohibieron de manera general a mediados de octubre por el aumento de episodios de COVID-19 nosocomial. Numerosos estudios previos han analizado las características clínicas y el pronóstico tras el ingreso hospitalario de los pacientes con infección por SARS-CoV-2 adquirida en la comunidad² y también se han descrito brotes en trabajadores sanitarios³, pero se disponen de pocos estudios que describan la evolución de los pacientes con infección nosocomial por este

virus⁴⁻⁸. El objetivo de este estudio fue describir las características clínicas y el pronóstico de los pacientes con infección nosocomial por SARS-CoV-2”.

En la misma línea existen diversos artículos en inglés de cuyo título se desprende que el covid 19 es una infección nosocomial, como el de CARTER B²³, “Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)”.

Pero es más, el propio Ministerio de Sanidad, en su documento técnico denominado “Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19”, de fecha 5 de marzo de 2020, ya recogía en su página 3 cuando intentaba justificar la enfermedad del coronavirus estableció: “Con la información disponible hasta el momento, el mecanismo principal de transmisión es por gotas respiratorias mayores de 5 micras (Pflügge), que no permanecen suspendidas en el aire y se depositan a menos de 1 o 2 metros, y por contacto directo de las mucosas con secreciones, o con material contaminado por éstas, que pueden transportarse en manos u objetos (similar a la gripe). Es probable una transmisión por superficies infectadas y se ha descrito la transmisión nosocomial,

22 ESCOLÁ-VERGÉ, LAURA; BORRÁS-BERMEJO, BLANCA; LOS-ARCOS, IBAI; ESPERALBA, JULIANA; FERRER, CARMEN y FERNÁNDEZ-HIDALGO, NURIA, «Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia», Médica Clínica, Volumen 158, Núm. 8, 22 de abril de 2022, pág. 1.

23 CARTER, B et al., «Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)», Journal of Hospital Infection, 106, 2020, págs. 376 y ss.



especialmente a los trabajadores sanitarios. Es en este último entorno donde cobra importancia las medidas de prevención y control encaminadas a prevenir la infección en los centros sociosanitarios”.

Desde marzo de 2020 el Ministerio habla de infección nosocomial y de la enorme importancia de las medidas de prevención y control encaminadas a prevenir la infección, ¿y cuántas muertes se han producido desde entonces en las residencias de mayores en España?

ARCOS VIEIRA²⁴ ya le otorgaba la condición de nosocomial al covid-19 cuando anunciaba que “*cuestión aparte será valorar si dichas claves servirán para inspirar la respuesta que deban darse a las posibles demandas civiles de indemnización que puedan derivarse de las infecciones nosocomiales de COVID-19 (HA-CONVID-19)”.*

Por tanto, podemos afirmar que el primer requisito por el que el Tribunal Supremo condenó al Hospital por vulneración del 148 del TRLGDCU en la sentencia que venimos estudiando coincide con los casos en los que los residentes mayores hayan muerto por covid-19 en residencias privadas de mayores: el contagio de una enfermedad nosocomial.

Esta afirmación tiene unas consecuencias jurídicas de enorme calado, ya que, la STS de 18 de julio de 2019 literalmente recoge que las infecciones nosocomiales no son ni imprevisibles ni inevitables, o lo que es lo mismo, que se pueden, y deben, prever y evitar, así que, el covid-19 como infección nosocomial se pudo prever y debió evitar tal y como sí que consiguieron hacer algunas residencias de la tercera edad, y más teniendo en cuenta que la neumonía nosocomial es precisamente una de las infecciones nosocomiales más frecuentes y conocidas.

Así expresa la STS de 18 de julio de 2019 que «*Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU.*

En efecto, no se discute el carácter nosocomial de la infección padecida y la relación de causalidad con la muerte del marido y padre de los demandantes acaecida en la UCI donde fue ingresado, tras la intervención quirúrgica practicada.

Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. (...) La minimización del riesgo deviene fundamental y conforma una elemental obligación del centro hospitalario, que se encuentra en una posición de dominio y exclusividad para instrumentar las medidas adecuadas para evitar la proliferación de agentes patógenos (...).

Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto».

Además, con la afirmación de que «*Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles*» y la condición de infección nosocomial del covid estamos afirmando que no se puede alegar causa de fuerza mayor por parte de las residencias que quieran exonerarse de responsabilidad, ya que la propagación del covid como enfermedad nosocomial no era imprevisible tal y como lo acredita el hecho de que muchas residencias, previendo lo contagioso de la infección nosocomial a la que se enfrentaban según el Gobierno, actuaron con las medidas preventivas necesarias para que no se produjesen brotes en su interior, y más teniendo en cuenta que precisamente sus residentes, los mayores, era el colectivo con mayor índice de mortalidad en caso de infectarse.

Tal y como expone la STS de 18 de julio de 2019 «*La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad (...)*

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, no podemos achacar al paciente ningún comportamiento imputable a su persona generador de la infección nosocomial contraída, siempre respetó las indicaciones médicas pautadas sin mostrar oposición a las mismas. No figura en ningún momento la existencia de una patología clínica previa, que pudiera complicar su cuadro clínico asistencial».

²⁴ ARCOS VIEIRA, MARÍA LUISA, Op. cit., pág. 30.

Es decir, que en el supuesto que nos ocupa, podemos afirmar que la falta de constancia de que la residencia no adoptó las medidas preventivas para no sufrir brotes de covid en sus instalaciones no puede perjudicar a las víctimas, las cuales constará acreditado que entraron sin covid a la residencia y allí dentro lo cogieron.

Es más, la carga de la prueba recae sobre las residencias de mayores si extrapolamos esta sentencia del Supremo, la cual además confirma que las víctimas serían acreedoras de que la residencia actuase con las debidas garantías de seguridad.

Por último, dado que la STS solo hace referencia a los supuestos que hayan adquirido una enfermedad nosocomial en un Hospital, otro punto que hemos de cuestionarnos es si el Supremo también protegería a los infectados por infecciones nosocomiales que se hayan producido en otro centro diferente a un Hospital, como puede ser en una residencia de mayores, que al fin y al cabo es una residencia asistencial.

Si la prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad de cualquier centro en el que se puedan originar, ¿qué sentido tendría que el Tribunal Supremo a una infección nosocomial le otorgase una condición diferente por haberse adquirido en una residencia de personas mayores que en un Hospital?

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en concreto su Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, elaboró en 2015 un «Documento marco del sistema nacional de vigilancia de las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria», en cuyo primer punto se recoge que *«A pesar del progreso alcanzado en la asistencia hospitalaria y en salud pública, las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (IRAS) continúan siendo un importante problema en España. Son causa de elevada morbi-mortalidad, de aumento de las estancias hospitalarias y suponen un gran coste tanto para el propio paciente como para el sistema sanitario. (...)*

El concepto de IRAS ha traspasado claramente el marco hospitalario. Actualmente, siguiendo el concepto introducido por Friedman en el año 2002, se consideran IRAS todas las infecciones que puede desarrollar el paciente como consecuencia de la asistencia o

atención recibida en el hospital, en centros de especialidades, centros de diálisis, centros de media o larga estancia, rehabilitación, hospital de día o en asistencia domiciliaria. Esto nos lleva a un planteamiento de modelo de vigilancia epidemiológica de las IRAS similar a otras enfermedades transmisibles y a la necesidad de generar nuevas formas de trabajo y coordinación entre el mundo de la salud pública y el asistencial».

Por tanto, si las infecciones nosocomiales pueden desarrollarse en todos los centros expuestos anteriormente, los cuales tienen conocimiento de ello, parece lógico que también se proteja a aquellas víctimas que adquieran la infección en las residencias de la tercera edad.

Por su parte, desde la entidad Fundación de Ciencias de la Salud²⁵ se afirmó hace meses que *«Las residencias de mayores tratan de reproducir, lógicamente, condiciones de vida para sus habitantes lo más parecidas a las del hogar. Sin embargo, no dejan de ser lugares donde conviven en proximidad personas con frecuentes e importantes enfermedades de base que comparten cuidadores en un hábitat común.*

En ese sentido, las residencias de mayores son también un nosocomio, es decir un lugar donde se cuida y trata a enfermos y donde la transmisión de microorganismos patógenos es posible y frecuente. Conocemos mucho sobre las medidas de prevención de infección en otros nosocomios, como es el caso de los hospitales, pero sabemos menos sobre esta prevención en instituciones más pequeñas, con dotaciones menores de recursos para este fin como es el caso de las residencias de mayores».

En definitiva, al menos bajo mi punto de vista, los residentes mayores vulnerables que viven en las residencias de la tercera edad, que son nosocomios, deben quedar protegidos mediante la responsabilidad civil objetiva de las infecciones nosocomiales que se produjesen en su interior debido al incumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exigía la prestación de sus servicios en época de covid a sus usuarios mayores, tal y como se benefician de ello las personas infectadas en los Hospitales.

En otras palabras, al encontrarnos ante un caso de responsabilidad objetiva, será la

²⁵ Estudio titulado «La opinión del experto. El control de la infección en residencias de ancianos: Un documento de reflexión», EIDON, nº56, diciembre 2021.

residencia privada de mayores la que tenga que acreditar que la infección de covid-19 del residente no se produjo dentro de la residencia si quiere exonerarse de responsabilidad, o, que se produjo por un comportamiento imputable a la víctima, ya que de lo contrario, las residencias de mayores y sus seguros deberán ser condenadas a indemnizar los daños ocasionados a las víctimas y sus familias por la infección nosocomial que cogieron dentro del centro y les produjo la muerte, infección que era previsible y evitable al ser considerada una infección nosocomial.

III.- DE LA POSIBLE CULPA DE LA RESIDENCIA, AUNQUE SE APUESTE POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

En este último epígrafe del artículo expondré mis argumentos para defender que, incluso si los Tribunales consideran que la responsabilidad civil objetiva no tiene cabida en los supuestos que venimos exponiendo, o lo que es lo mismo, que rige la responsabilidad civil subjetiva en los casos de fallecimientos por covid de residentes vulnerables en las residencias de la tercera edad,

existen motivos para entender que las víctimas podrán acreditar la culpa de las residencias por vulnerar éstas el artículo 1104 del C.c., ya que en muchas ocasiones el desencadenante del fatal desenlace habrá sido la actuación u omisión negligente de la residencia que puede vincularse a su gestión.

Lo primero que hemos de tener claro es que no cabe duda que cuando hablamos de la relación que une a la residencia de mayores con el residente mayor hacemos referencia a una relación contractual, normalmente escrita, aunque a veces también puede ser oral, por lo que le son de aplicación los artículos 1101 y siguientes del C.c.

En concreto hablamos de un contrato atípico e innominado, que no encuentra regulación específica en el C.c. ni en ninguna ley concreta, y dado el diferente alcance y condiciones específicas de cada uno, podemos definirlo como un contrato complejo formado por la suma de diferentes prestaciones de servicios, que, si bien es similar al contrato de hospedaje, tiene con éste importantes



diferencias.

En este sentido GARCÍA CANTERO²⁶, ya lo definía como *“El contrato en virtud del cual se realiza el ingreso de un anciano en una Residencia Geriátrica es uno de los atípicos, cuyo régimen resulta de combinar elementos de otros contratos. Tiene relación con el contrato de hospedaje, aunque con importantes diferencias (...). En el contrato realizado por una Residencia hay elementos mínimos del contrato de hospedaje (según su categoría), pero, sobre todo, se incluyen otras prestaciones en atención a las características personales del acogido (...). Si resumimos lo que hasta aquí hemos dicho, fácilmente comprobamos que mientras el contrato de hospedaje es idéntico para todos los viajeros, en cambio, por su propia naturaleza el de ingreso en una Residencia puede adoptar múltiples modalidades, sin perjuicio del régimen general”*.

²⁶ GARCÍA CANTERO, GABRIEL, «Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas», *Proyecto Social. Revista de relaciones laborales*, nº 7, 1999, pág. 48.

Pues bien, existen autores que apuestan decididamente por la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, para los supuestos que estudiamos en este trabajo. Así, por ejemplo, PRADO BERNABÉU y GUTIÉRREZ ESCOBEDO²⁷, quienes consideran que *«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»*.

Eso sí, concluyen los autores afirmando que *“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»*.

Lo primero que se nos viene a la cabeza si afirmamos que es una responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, la que rige en los supuestos de las residencias de mayores y las muertes por covid producidas en su interior, es cómo va a acreditar la víctima o sus familiares que la culpa del brote de covid fue de la residencia si las víctimas en la mayoría de casos están muertas, y sus familiares no habrán podido obtener ningún tipo de prueba en aquella época en la que no se les dejaba ni

²⁷ PRADO BERNABÉU, RAIMUNDO, y GUTIÉRREZ ESCOBEDO, PATRICIA, “Responsabilidad en residencias”, *Editorial Tirant Tech, Tecnología e Innovación Jurídica*, 2021, pág. 21



siquiera ver a sus familiares en las residencias.

Pues bien, lo cierto es que la víctima o sus familiares para ser indemnizados por la residencia de mayores (o su seguro) lo que deberán probar es que ésta no cumplió con los deberes de diligencia y cuidado que exige la obligación contractual suscrita entre ambos, ya que mientras que el artículo 1101 del C.c. fija que *«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 aquéllas»*, el artículo 1104 por su parte establece que: *«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del 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».

Por ello, la primera pregunta que hemos de resolver es: ¿Cuál es la diligencia que se debe exigir a una residencia de la tercera edad teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que le vincula con el residente vulnerable y sus circunstancias en época de covid?

Parece evidente que la naturaleza de la obligación con la que debían cumplir las residencias teniendo en cuenta las circunstancias de las personas (personas mayores, los más vulnerables frente al covid), el tiempo y lugar (España en época de covid antes de existir la vacuna), era la de tomar todas las medidas de prevención y cuidado necesarias para evitar que el virus entrase en la residencia, tal y como consiguieron muchas residencias españolas en las que no hubo covid.

Incluso, si consideramos que debe aplicarse el segundo párrafo del 1104 del C.c. por no expresar la obligación concreta la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se le debería exigir a las residencias si se invierte la carga de la prueba, acreditar que actuó como lo haría un buen padre de familia, o, mejor dicho, que actuó como un buen “hijo o nieto de familia” respecto a su progenitor mayor vulnerable, lo cual, parece improbable que pueda acreditar una residencia de mayores en la que hubo brotes de covid²⁸.

²⁸ Aunque siempre será difícil de saber, parece más que

¿Adoptaron las medidas preventivas de cuidado y protección para proteger a sus residentes las residencias en las que fallecieron tantas personas mayores vulnerables?

En este sentido considero muy importante volver a traer a colación un extracto de la sentencia del Supremo 171 de 2020, cuando en su Fundamento de Derecho Segundo al estudiar la posible infracción del 1104 del C.c. establece que:

«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 decir, que nuestro Tribunal Supremo confirma en esta sentencia los siguientes extremos:

1º.- Que con independencia de que no se considere una actividad anormalmente peligrosa (a lo que ya la dedicamos otro apartado anterior), la residencia siempre está obligada en base a su contrato, al cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de sus servicios respecto a las personas mayores que cuida.

2º.- Que cuando el residente mayor se encuentre en una situación de peligro que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado, las residencias tendrán la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día.

¿Alguien duda de que los residentes mayores vulnerables que se encontraban en las residencias de mayores durante la época del covid se encontraban en una situación de peligro, y más aún cuando no estaban vacunados?

probable que muchos de los fallecidos en residencias, tal vez de encontrarse en el inmueble de otro familiar no se hubiesen contagiado de covid porque se hubiese actuado con mucha más prevención para evitarlo.

¿Cumplieron las residencias dada la situación de peligro de covid con la obligación de control, vigilancia y adopción de medidas especiales de cuidado las 24 horas del día?

En tal sentido coincido plenamente con ELIZARI URTASUN²⁹ cuando afirma que *“trasladadas las anteriores cuestiones al contagio COVID-19 en el centro residencial, la negligencia de este consistiría en la omisión de las medidas de prevención necesaria para evitar el contagio de los residentes en el centro, sin que el cumplimiento de las medidas normativas, como ya se ha indicado, equivalga automáticamente a un actuar diligente (...)”*.

“Sí estaban en manos de la residencia, además de extremar las precauciones a la hora de separar y aislar a los residentes, las medidas a adoptar en cuanto a su persona, en orden a minimizar su exposición al virus (aumentando las medidas de desinfección, creando grupos burbuja o reduciendo a la interacción con los residentes) y la organización de los medios disponibles para posibilitar que se respetaran las cuarentenas de sus trabajadores, minimizando así el riesgo, aun a falta de confirmación del diagnóstico. La posibilidad de que el personal que tuviera contacto estrecho con un caso posible o confirmado continuara trabajando evidentemente supone un riesgo para los residentes (también para los trabajadores y sus familias), solo explicable si se tiene en cuenta el grave problema de personal al que se enfrentaron algunos centros, bien por la alta incidencia del virus también entre sus trabajadores, bien por escasez con anterioridad a la pandemia”.

Por su parte, tras comentar este mismo extracto de la sentencia, LÓPEZ VALVERDE³⁰ afirma que *“si se ha creado esa situación de peligro, se exigiría la adopción de medidas especiales, pudiendo dar lugar a una responsabilidad en caso de que no se siguieron estas, en la medida de los medios disponibles, y estableciendo su relación de causalidad con el contagio y fallecimiento”*.

En la misma línea PÉREZ ANDREU³¹

²⁹ ELIZARI URTASUN, LEYRE, «La responsabilidad civil...», Op. cit., pág. 110 y ss.

³⁰ LÓPEZ VALVERDE, MARTA, «Responsabilidad civil en residencias por fallecimientos de ancianos», Editorial Jurídica SEPIN, disponible en <https://blog.sepin.es/2020/04/responsabilidad-civil-fallecimiento-residencia-ancianos/>.

³¹ PÉREZ ANDREU, MARÍA, «La responsabilidad de las residencias de ancianos», en Hay Derecho, 11 de mayo de 2020,

manifiesta que *“la interpretación a sensu contrario puede suponer una alta fuente de litigiosidad sobre la base de este pronunciamiento, si se considera que un anciano residente se encuentra en una situación de peligro por contagio de COVID-19, que exija una vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado”*.

Personalmente considero que lo ocurrido con las personas mayores en ciertas residencias de mayores en época de covid puede asimilarse mucho a los hechos de la STS de 168/2006, de 23 de febrero, en la que aun considerándose responsabilidad civil subjetiva, se condena a la residencia de mayores porque su personal no cumplió con su obligación de cuidado y vigilancia respecto al mayor, y de haberse cumplido el deber de diligencia al que le obligaba el contrato la desgracia nunca se hubiese producido.

Se trataba de un residente que, por la especial patología que sufría diagnosticada, requería una vigilancia adecuada a su estado psíquico, que no fue prestada, cuando saliendo de la estancia en que se hallaba, deambuló por el establecimiento hasta la planta alta, sin que su recorrido fuese advertido por personal de la residencia, arrojándose por una ventana, lo que le provocó lesiones tan graves que le ocasionaron la muerte, y por todo ello establece el Supremo que *«Se trata de una residencia para personas de la llamada tercera edad, cuya finalidad es la guarda y atención de las personas allí instaladas, adecuada esa atención y guarda a las circunstancias personales de cada interno (...). La obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquéllas imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en que lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico (...). Hubo, por tanto, una conducta negligente por parte del personal de la residencia en cuanto a su obligación de cuidado y vigilancia del interno, afectado, se repite, por la enfermedad de Alzheimer, deber de diligencia que de haber sido cumplido teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y lugar (art. 1104 del C.c.) habría evitado el luctuoso resultado producido»*.

Atendiendo a la literalidad de las sentencias expuestas, las residencias de mayores debieron

disponible en <https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/>.

adoptar especiales medidas de cuidado, control y vigilancia, incluso durante las 24 horas del día para evitar que el coronavirus se propagase entre sus instalaciones, tal y como los millones de españoles que tenían familiares mayores viviendo con ellos lo hacían para que el virus no entrase en sus hogares, con la salvedad que entre dichos familiares no existía una relación contractual que le obligaba a ello.

A todo ello, debemos recordar que el artículo 1258 del C.c. que *«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».*

Precisamente por ello, la sentencia 149/2003 de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 17 de julio de 2003, en la que se demanda a un Centro de Mayores por parte de los hijos de una persona con alzheimer que murió en el centro al arrojarlo al vacío desde una terraza, afirma que *«Continuando con esta temática es obligado decir que el centro estaba obligado a cuidar adecuada y debidamente a los residentes del mismo, primero, porque los había acogido allí, había convenido contractualmente esa acogida; segundo, porque se había estipulado un pago económico por esas atenciones, de lo que da muestra la documentación acompañada a la demanda, contrato de admisión y reglamento de régimen anterior; tercero, porque las personas acogidas se encontraban en unas condiciones especiales de salud, lo que motiva su ingreso en un centro como el ahora demandado; y cuarto y último, porque esa obligación de cuidado y atención de los residentes, a más de ser algo pactado y asumido por la entidad demandada, se deduce y colige de la naturaleza del contrato, artículo 1258 del Código Civil, ya que hablamos de seres humanos que son llevados o acuden a esos centros a fin de ser atendidos adecuadamente dentro de lo que su estado permita y requiera (...).*

A tal fin el centro debe de contar con los medios materiales y humanos necesarios para ello, cumpliendo a tal fin lo que administrativamente se le exija. Pero no se trata únicamente de que se cumpla con lo especificado. En casos como el presente se trata de que el funcionamiento interno del centro sea el adecuado a cada momento y a cada circunstancia. No se trata de tener el personal que normativamente se exija. Lo que cuenta es que ese personal esté donde debe estar en el

momento adecuado y que siga las pautas que el caso requiera, para lo cual es obligada una coordinación interna entre los diversos servicios del centro. No puede ampararse una entidad como la ahora demandada en que cumple con lo que la Ley le exige si cuándo es necesaria la presencia de su personal en un momento y en un lugar concreto éste no está, tal como ha ocurrido en nuestro caso».

¿Por qué no extrapolar el contenido de la sentencia que acaba condenando a esta residencia de la tercera edad, a aquellas otras residencias que acogían, asistían y cuidaban a persona de extrema vulnerabilidad frente al covid, infección nosocomial peligrosísima, con la idea de que no le sirva para exonerarse de responsabilidad simplemente el argumento de que cumplió con ciertos protocolos, y que aún así la entrada del virus en sus instalaciones fue causa de fuerza mayor?

V.- CONCLUSIONES

El hecho de que, al menos por el momento, no se esté condenando penalmente a las residencias de mayores por su “negligente gestión” y “caos organizativo” (como lo define a veces el Ministerio Fiscal) durante la pandemia, no implica que dichos centros queden igualmente exonerados de responder civilmente de las indemnizaciones que puedan corresponder a los familiares de los fallecidos por los daños que le hayan ocasionado su pérdida.

En este punto puede ser de gran importancia práctica para los familiares de las víctimas fallecidas en el interior de las residencias por covid, si nuestros Tribunales consideran que el tipo de responsabilidad civil que debe regir en estos supuestos es el de la responsabilidad objetiva, o por riesgo, mientras que le sería muy desfavorable que apostasen por la contraria, la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, lo cual favorecería enormemente a las residencias y sus seguros.

Aunque soy consciente de que la jurisprudencia más reciente del Supremo apuesta por el retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, considero que existen argumentos jurisprudenciales para, al menos, plantear la posibilidad de que nos encontremos ante una responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, cuando hablemos de la muerte de personas mayores vulnerables que suscribieron un contrato con una residencia de

la tercera edad para que le prestasen cuidado, protección y asistencia, y una vez en su interior, se infectó de un virus que no tenía al entrar y que terminó con su vida.

Y no debemos entender que si finalmente se apuesta por la responsabilidad civil objetiva se estará condenando automáticamente a las residencias, y sus seguros, a indemnizar a los familiares de las víctimas, sino que la carga de la prueba recaerá sobre ellas, lo cual le obligaría a acreditar que la muerte no fue por su culpa, sino que se debió a la culpa exclusiva de la víctima, o a causa de fuerza mayor.

Los motivos en los que me baso para defender tal posibilidad son:

1º.- La sentencia 171/2020 confirma que el carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa.

¿Se puede dudar de que gestionar una residencia de la tercera edad es una actividad anormalmente peligrosa?

2º.- Esta misma sentencia del Supremo, junto a la 446/2019, de 18 de julio, siempre de nuestro Alto Tribunal, consideran que se vulnera el artículo 148 del TRLGDCU (que es una de las leyes que apuesta por la responsabilidad civil objetiva frente a la subjetiva) cuando los centros sanitarios, públicos o privados, prestan un defectuoso funcionamiento de sus servicios sanitarios, entendiéndose por servicios sanitarios los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos.

Pues bien, la STS 11 de marzo de 2020 interpretada *a sensu contrario* permite afirmar que cuando la residencia de mayores no se haya gestionado con la garantía y seguridad que la prestación de sus servicios requiere, se podrá entender vulnerado el artículo 148 del TRLGDCU (lo cual implica responsabilidad civil objetiva), ya que en esta sentencia se juzgó precisamente dicha posibilidad por parte de “Residencias para Mayores S.L.” respecto a los servicios que había prestado a una señora mayor en base a un contrato en el que se suscribió un régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria, y aunque desestimó la demanda interpuesta por los familiares de la fallecida porque el fallecimiento se debió a muerte natural por un infarto de miocardio, sí que

contempló nuestro Alto Tribunal la posibilidad de que se considere infringido dicho artículo por la residencia de mayores que no haya prestado sus servicios sanitarios como debía, los cuales engloban la planificación y prevención para evitar la entrada de un virus tan mortífero entre sus usuarios como el covid-19.

3º.- El último motivo que esgrimo es que la STS 446/2019, de 18 de julio, considera que las infecciones nosocomiales nunca permiten que el centro en el que se haya cogido la infección esgrima para exonerarse de responsabilidad causa de fuerza mayor, ya que las infecciones nosocomiales son, según el Supremo, perfectamente previsibles y evitables, y dado que el covid es una infección nosocomial las residencias de la tercera edad deberían despedirse de la causa de fuerza mayor como defensa, al igual que el hecho de que existan muchas residencias en nuestro país en las que debido a su gestión, no se han producido brotes de covid ni fallecimientos entre sus residentes, también excluye la causa de fuerza mayor para aquellas cuya forma de actuar poco diligente propinó la propagación del virus en su interior con las correspondientes muertes.

Por último, si los Tribunales consideran que en los casos de las residencias de mayores cuya gestión ha conllevado a la muerte de algunos residentes implicase un supuesto de responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, igualmente existen motivos para entender que las víctimas podrán probar que lo que ha ocasionado el daño, en este caso la pérdida del familiar, fue la no observancia de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación contractual por parte de la residencia, o lo que es lo mismo, que la residencia ha infringido el 1104 del C.c.

En este sentido, cuando nuevamente la sentencia del Supremo 171/2020 estudia la posible infracción del 1104 del C.c. por la residencia de mayores demandada respecto a su residente recoge que:

«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 decir, que interpretando dicha afirmación en sentido contrario, si el residente mayor vulnerable se encontrase en una situación de peligro, dentro de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de sus servicios se incluye la obligación, o exorbitante obligación en palabras del Supremo, para la residencia de observar a su residente, adoptando incluso especiales medidas de cuidado.

¿Se encontraban en situación de peligro las personas mayores vulnerables que vivían en la residencia si en sus instalaciones se producía un brote de covid?

¿Cumplieron las residencias de mayores con los deberes de diligencia y cuidado que exigía dicho peligro?

En mi opinión, ellas, y sus compañías de seguro, deberían de probarlo, y no los familiares de los mayores residentes que tenían un contrato con la residencia para ser atendidos, cuidados y asistidos en su interior, y que debido a la forma de gestionarse la residencia acabaron cogiendo una infección nosocomial que acabó con sus vidas y que no tenían cuando entraron a vivir allí (y que en mucho de los casos probablemente no hubiesen cogido de vivir en otro sitio).

V.- BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN GARCÍA, ANTONIO y ACEITUNO NIETO, MARÍA DEL PILAR, «Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de abril de 2019», Informes Envejecimiento en red, nº27, 2020, Madrid.

ARCOS VIERA, MARÍA LUISA, «Infecciones nosocomiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del artículo 148 TRLGDCU», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 115, Enero-abril 2021.

CARTER, B et al., «Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)», *Journal of Hospital Infection*, 106, 2020.

ELIZARI URTASUN, LEYRE, «Ingresos de personas mayores en centros residenciales. Marco regulador y pronunciamientos

constitucionales recientes», *Indret*, 1/2018.

ELIZARI URTASUN, LEYRE, «La responsabilidad civil de las residencias privadas para personas mayores por los contagios de covid-19 de sus usuarios: títulos de imputación», *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2021.

ESCOLÁ-VERGÉ, LAURA; BORRÁS-BERMEJO, BLANCA; LOS-ARCOS, IBAI; ESPERALBA, JULIANA; FERRER, CARMEN y FERNÁNDEZ-HIDALGO, NURIA, «Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia», *Médica Clínica*, Volumen 158, Núm. 8, 22 de abril de 2022.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL, «Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas», *Proyecto Social. Revista de relaciones laborales*, nº 7, 1999.

GUILABERT VIDAL, MARÍA REMEDIOS, *Responsabilidad de las residencias privadas por los fallecimientos por COVID-19*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2021.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a CARMEN, «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: nexos causal y criterios de imputación», en *Derecho y Salud*, 2020V. 30, extraordinario, 2020.

LÓPEZ VALVERDE, MARTA, «Responsabilidad civil en residencias por fallecimientos de ancianos», Editorial Jurídica SEPIN, disponible en <https://blog.sepin.es/2020/04/responsabilidad-civil-fallecimiento-residencia-ancianos/>.

PÉREZ ANDREU, MARÍA, «La responsabilidad de las residencias de ancianos», *Hay Derecho*, 11 de mayo de 2020, disponible en <https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/>

PRADO BERNABÉU, RAIMUNDO, y GUTIÉRREZ ESCOBEDO, PATRICIA, «Responsabilidad en residencias», Editorial Tirant Tech, Tecnología e Innovación Jurídica, 2021.