

fectuoso de la obligación, así como la función consistente en pactar una prescisión cuya ejecución permita desistir del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena acordada.

Se analiza la moderación judicial de la cláusula penal ex artículo 1154 del Código Civil, los requisitos de la moderación, el carácter imperativo de la misma, así como los criterios que la posibilitan. Finalmente se estudia la eficacia de la cláusula penal adjunta a un contrato de compraventa con cláusula resolutoria expresa inscrita en el Registro.

for damages due to breach of contract or defective discharge of an obligation) and penalty-clause-as-service-accord (promising a service whose performance enables the performing party to pay the accorded penalty in order to desist from discharge of the main obligation).

Examination is devoted to the issues of judicial moderation of penalty clauses under section 1154 of the Civil Code, the requirements for moderation, the imperative nature of moderation and the criteria permitting moderation. Last, there is a look at the efficacy of penalty clauses when attached to a contract of sale with an express defeasance that has been registered.

1.6. Responsabilidad civil

**CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
Y EL SERVICIO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL SUMINISTRADO
EN RÉGIMEN PÚBLICO Y EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN:
VIS ATRACTIVA DEL ORDEN CONTENCIOSO VERSUS VIS RESIDUAL
DE LA JURISDICCIÓN CIVIL**

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO: I. RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES Y GERIÁTRICOS: CUESTIONES FUNDAMENTALES: 1. NOCIÓN TÉCNICA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CENTRO INTEGRADO EN UN SERVICIO SANITARIO NO EXCLUSIVO. 2. LAS RESIDENCIAS COMO SERVICIOS DE USO O CONSUMO COMÚN, ORDINARIO Y GENERALIZADO: CONSECUENCIAS TÉCNICAS Y JURÍDICAS DE LA CALIFICACIÓN DEL RESIDENTE COMO USUARIO. 3. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUS MODALIDADES: EL SISTEMA DE RESIDENCIAS PÚBLICAS, CONCERTADAS Y PRIVADAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO RESIDENCIAL.—II. APROXIMACIÓN AL DENOMINADO CONTRATO RESIDENCIAL O DE HOSPEDAJE COMO NEGOCIO ATÍPICO.—III. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONCESSIONARIOS Y CONTRATISTAS DE CENTROS RESIDENCIALES: 1. PRETENSIONES RESARCITORIAS ENTABLADAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRA ENTIDADES ADJUDICATARIAS DE PLAZAS RESIDENCIALES: JURISDICCIÓN COMPETENTE. 2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y RÉGIMEN DE RECLAMACIONES PRECÉPTIVAS PREVIAS: EL REQUERIMIENTO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN.—IV. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD Y

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS Y JURISDICCIÓN COMPETENTE: 1. LA PRECEPTIVA ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 11 DE ABRIL DE 2011, Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 23 DE MARZO DE 2001. 2. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES Y EL CONCURSO DE CAUSAS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2001. 3. LA PRUEBA DE LA LESIÓN PATRIMONIAL OCASIONADA POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SIN ALTERACIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008. 4. AUSENCIA DE DAÑO EFECTIVO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN, REMISIÓN A LA RESPONSABILIDAD SANITARIA Y EL CRITERIO DE LA *LEX ARTIS AD HOC*: PERSONACIÓN DE LA GESTORA DEL SERVICIO RESIDENCIAL PESE A NO HABERSE FORMULADO PRETENSIÓN ALGUNA CONTRA ELLA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 18 DE JUNIO DE 2010. 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3.^a), DE 15 DE JUNIO DE 2011, Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LOS DAÑOS RESULTANTES DEL DEFICIENTE TRATO DISPENSADO EN UN CENTRO RESIDENCIAL CONCERTADO. 6. RESPONSABILIDAD EN LOS CENTROS GESTIONADOS POR CONTRATISTAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 4 DE JUNIO DE 2003. 7. RECLAMACIÓN PATRIMONIAL DE UNA RESIDENCIA PRIVADA POR LA DEFICIENTE PRESTACIÓN SANITARIA PÚBLICA DEL CENTRO DE SALUD DE LA LOCALIDAD DONDE TIENE SU SEDE EL GERIÁTRICO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006. 8. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 25 DE JUNIO Y DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: DAÑOS ACAECIDOS EN EL PROPIO CENTRO O EN DESPLAZAMIENTOS O TRAYECTOS Y RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE CENTROS PÚBLICOS GESTIONADOS POR ENTIDADES NO LUCRATIVAS.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. EL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL Y VIS ATRACTIVA DEL ORDEN CONTENCIOSO VERSUS VIS RESIDUAL DE LA JURISDICCIÓN CIVIL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- I. RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES Y GERIÁTRICOS: CUESTIONES FUNDAMENTALES
 1. NOCIÓN TÉCNICA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CENTRO INTEGRADO EN UN SERVICIO SANITARIO NO EXCLUSIVO

El más directo antecedente de los Centros residenciales era el denominado Servicio Social de Asistencia a los Ancianos previsto en la Orden de 19 de marzo de 1970. Orden que fue modificada y afectada, sucesivamente, tanto por las transferencias hechas a las Comunidades Autónomas como de la aplicación y entrada en vigor de los específicos Estatutos de Autonomía que desarrollaron sus competencias en materia de asistencia y política sociales.

En principio, este recurso está previsto para subvenir las situaciones en que no es conveniente o posible seguir residiendo en el domicilio familiar, porque no existe, porque aun existiendo no reúne las más elementales condiciones de

habitabilidad o, incluso, ante la imposibilidad de ejecutar las adaptaciones arquitectónicas necesarias o, a la vista del aislamiento del núcleo rural donde está fijado el hogar (1).

Si la doctrina especializada define a una residencia contemporánea como «Centro gerontológico abierto de desarrollo personal y atención socio-sanitaria multiprofesional en el que viven temporal o permanentemente personas mayores con algún grado de dependencia» (2), la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, concreta las garantías mínimas de seguridad y calidad para la apertura en este caso de un «Servicio Sanitario» integrado en una organización no sanitaria (3).

En este sentido, tanto el sistema cuanto las bases para la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, están previstos con carácter general por el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre. De modo que aquellos *centros públicos o privados subsumibles en el epígrafe de residencias, están catalogados como servicios sanitarios integrados en una organización que no presenta en exclusiva esta naturaleza* (4).

(1) Téngase en cuenta el programa de la ONU sobre el envejecimiento en casa (vid., OMS, «Envejecimiento activo: un marco político», en *Revista Esp. Geriatr. Gerontol.*, 37, 2002); en cuanto a la literatura jurídica especializada, vid., ALONSO PÉREZ, MARTÍNEZ GALLEGUO y REGUERO CELADA (coords.), *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, 2004; CALVO SAN JOSÉ, «La protección jurídica de la tercera edad: análisis de las instituciones tutelares como sistemas de guarda del anciano y de sus bienes», en *Aranzadi*, 12, 2005; HERAS HERNÁNDEZ, «La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *AC*, 20, 2006; GARCÍA VALVERDE y MALDONADO MOLINA, «La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución europea», en *RMTAS*, 57, págs. 455 a 469; también BALLETBÓ I PUIG y VILLAGRASA ALCAYDE, *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores*, Barcelona, 2003. LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007; de la autora de estas líneas, «La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores», en *Cuestiones actuales de la Jurisdicción en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010; «Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntarios en centros geriátricos», en *Revista de Derecho UNED, RDUNED. Revista de Derecho*, 7, 2010, págs. 461 a 488; «La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre los internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos en geriátricos», en *Comunitania. Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 1, 2011, págs. 69 a 87.

(2) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «Conceptualización de los alojamientos para personas mayores», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Residencias y otros alojamientos para personas mayores*, Madrid, 2007, págs. 47 a 76; también, vid., LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, editorial Colex, Madrid, 2010.

(3) Artículo 2 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, de Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

(4) En particular, el Anexo II, «Definiciones de centros, unidades asistenciales y establecimientos sanitarios», en el epígrafe de Centros sanitarios, incluye en el apartado C.3. los «servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria: servicios que realizan actividades sanitarias pero que están integrados en organizaciones cuya principal actividad no es sanitaria (prisión, empresa, balneario, residencia de tercera edad)».

2. LAS RESIDENCIAS COMO SERVICIOS DE USO O CONSUMO COMÚN, ORDINARIO Y GENERALIZADO: CONSECUENCIAS TÉCNICAS Y JURÍDICAS DE LA CALIFICACIÓN DEL RESIDENTE COMO USUARIO

Esta calificación de las Residencias como Centros Sanitarios tiene como consecuencia que tanto el Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor aplican las prescripciones 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 y otras leyes complementarias (5). En definitiva, el interno tiene la consideración jurídica de usuario, sea en régimen de prestación pública, concertada o privada y goza, en su virtud, de los derechos y de la tutela de aquella norma (6).

Por su parte, el Real Decreto 1277/2003, concreta las previsiones de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema nacional de salud, muy especialmente sus garantías de seguridad por cuanto su artículo 27.3 declaraba que «mediante Real Decreto se determinarán, con carácter básico, las garantías mínimas de seguridad y calidad que, acordadas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, deberán ser exigidas para la regulación y autorización por parte de las Comunidades Autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. Dichos requisitos irán dirigidos a garantizar que el centro, establecimiento o servicio sanitario cuenta con los medios necesarios para desarrollar las actividades a las que va destinado. Los requisitos mínimos podrán ser complementados por las Comunidades Autónomas para todos los centros, establecimientos y servicios sanitarios de su ámbito territorial».

A mayor abundamiento y como garantía de información, advierte el párrafo segundo del artículo 26 de la mencionada Ley 16/2003 que «el Registro general de Centros, establecimientos y servicios sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, de carácter público, permitirá a los usuarios conocer los centros, establecimientos y servicios, de cualquier titularidad, autorizados por las Comunidades Autónomas» (7).

Por tanto también resultará de aplicación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, en su caso, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido

(5) Singularmente, el artículo 8 sobre los derechos básicos, y el 59, 60 y 61 por lo que a contratación atañe. Por su parte, PLAZA PENADÉS sistematiza con rigor los cambios en materia de responsabilidad médica y sanitaria, en «La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 562, 2002. En materia de consumo, vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2007, 3.^a ed.

(6) Como luego se verá, en alguna de las resoluciones que después se transcribe, el ponente señala la conveniencia de la reconducción de la responsabilidad patrimonial impetrada por la de responsabilidad sanitaria; apréciese, por tanto, la intercambiabilidad del fundamento del resarcimiento patrimonial instado, si bien, a nuestro juicio, parece más ponderada la opción elegida por el recurrente, toda vez que, dada la naturaleza compleja del servicio residencial y la variedad y pluralidad de las prestaciones recibidas por el usuario, no resulta razonable exigir el desglose y la calificación del servicio singular o específico causante del daño o lesión patrimonial.

(7) Así lo determinaba la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en sus artículos 29 (autorización administrativa de centros y establecimientos sanitarios), y 40 (competencia de desarrollo de la Administración del Estado).

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ha de tenerse presente que el residente resulta ser técnicamente un usuario, de modo que por extensión habrá de ser enjuiciada la probable posibilidad de atraer la aplicación del capítulo III sobre protección de la salud y seguridad, así como el libro tercero sobre Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos de dicha norma a los supuestos de responsabilidad médica y sanitaria (8).

Adicionalmente a lo ya dicho sobre el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de forma idéntica recoge como hacía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 2.2, que los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos, servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Específicamente advierte el artículo 9 del Texto Refundido sobre Bienes y Servicios de Uso Común, declara que: «Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado» (9).

Este catálogo, que debería haber sido actualizado de conformidad a lo previsto por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ya que en su Disposición Final séptima declaraba que «en el plazo de un año se procederá a la actualización del catálogo de bienes y servicios de uso común, ordinario y generalizado, incluidos en el Anexo I del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, que actualiza los catálogos de productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, incorporando a él los servicios de la sociedad de la información», sigue vigente y por lo que a estas líneas interesa, conviene destacar su Anexo I, que recoge los productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a efectos del artículo 2.2 y 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y por lo que al apartado C) sobre Servicios, si el tercero se refiere a los servicios sanitarios: «Médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios», el inmediatamente posterior contempla los «Servicios de residencia y atención a personas mayores o con minusvalía».

(8) Vid., SALAS CARCELLER, «La protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios médico-sanitarios. Comentario sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2007», en *RJ* 1/2008, que destaca como hace dicha resolución que: «en suma, según dicha postura jurisprudencial, el paciente, en cuanto consumidor, tiene derecho a que exista una adecuada organización de los servicios médicos para que la prestación de los mismos se realice de forma adecuada (medios a disposición de los facultativos, especialidades, guardias, etc.); sin embargo, todo lo que afecte a la propia actuación del médico en el ámbito de la *lex artis* queda fuera de toda idea de relación como consumidor y la responsabilidad resultante, con sus características distintas ajenas a cualquier clase de responsabilidad objetiva, será exigible al médico y a los titulares responsables de los centros sanitarios, según lo dispuesto en el Código Civil y no conforme a la normativa de defensa de los consumidores».

(9) Vid., de la autora de estas líneas, «Servicios turísticos y residenciales como servicios de uso común y de protección pública prioritaria en el ordenamiento jurídico español: turismo accesible, programas de termalismo y promoción de la autonomía personal», en *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico* (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores), TOMILLO URBINA y ÁLVAREZ RUBIO (dirs.), Madrid, 2011.

3. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUS MODALIDADES: EL SISTEMA DE RESIDENCIAS PÚBLICAS, CONCERTADAS Y PRIVADAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO RESIDENCIAL

Con todo, y al margen del ámbito territorial, ha de reiterarse que este servicio sociosanitario residencial, se presta desde un triple régimen sea público, en su totalidad, o mediante alguna de las modalidades de contratación para la gestión de servicios públicos; también puede estar suministrado por entidades privadas, esté presente o no la finalidad lucrativa de la actividad. No empece a este régimen la fuerte intervención (en materia de autorizaciones e inspección) a la que está sometida este sector (10).

El régimen y sistema aplicables (11) al contrato de gestión de servicios públicos en cualquiera de sus cuatro modalidades de contratación (concesión, gestión

(10) El ejercicio de esta actividad inspectora y sancionadora suele evidenciar las carencias de muchos centros o como en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 26 de septiembre de 2008, dictada en un recurso extraordinario de casación interpuesto por la representación procesal de don Sergio frente a la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, se acredita que ni siquiera tenía licencia. Declara la Resolución lo siguiente: «es patente que el recurso deberá ser desestimado, habida cuenta que, por mucho que con posterioridad se otorgara licencia por la Agencia Valenciana de Turismo, es lo cierto que en la fecha a la que se constríñe, tanto la inspección, como la resolución sancionadora y la posterior resolución del recurso de alzada, el demandante, como el mismo reconoce, carecía de licencia, siendo la actividad la misma que venía desarrollándose y que determinó el cierre de la residencia de ancianos, o lo que es lo mismo, el actor (titular de la actividad) pretende enmascarar bajo la apariencia de un hostal, una residencia de la Tercera Edad, lo que es constitutivo de la infracción grave tipificada en el artículo 82.4 de la Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana, conllevando al mismo tiempo, el cierre definitivo del centro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84.c) 3 de la misma Ley, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el apartado d) del citado artículo, se trata de una sanción de carácter accesorio a las de naturaleza pecuniaria».

(11) Puede ilustrar el contenido de estas fórmulas contractuales, vid., la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 8 de julio de 2008, sobre la impugnación de «resolución del Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de fecha 3 de agosto de 2001, se adjudicó a la mercantil actora, hoy recurrente en casación, el contrato cuyo objeto es la redacción del proyecto básico y de ejecución, la ejecución de las obras y del equipamiento y la gestión integral de un Centro Residencial para Personas Mayores, en régimen de concesión de servicios públicos, en Cuenca, por un importe de 42,85 euros (7.130 ptas.) por plaza de residente y día para el ejercicio económico del 2003». Destaca a nuestros efectos el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en particular: «El contrato tendrá la siguiente vigencia: a) fase de ejecución del proyecto: tres meses desde la fecha de formalización; b) fase de ejecución de las obras y equipamiento del centro: diecisiete meses a contar desde la fecha del acta de comprobación del replanteo; c) un mes como plazo máximo para la puesta en servicio del Centro, desde la firma del acta de finalización de las obras y equipamiento; y d) fase de gestión del servicio público: cuarenta años, a contar desde el acta de puesta en funcionamiento del Centro. Las plazas de este se cubrirán por los usuarios designados por la Administración, que dispondrá de un mes a contar desde la firma del acta de puesta en funcionamiento, como plazo máximo para que se produzca la total ocupación de aquellas. Y, en fin, el precio de contratación será abonado al adjudicatario por mensualidades vencidas, previa presentación de facturas cuyo importe estará constituido por el presupuesto de adjudicación, al que habrá que descontar las cantidades satisfechas directamente al Centro Residencial por los usuarios».

interesada, concierto con persona natural o jurídica y sociedad de economía mixta) (12). Especialmente, si tenemos en cuenta que la Administración sigue siendo titular del servicio, si bien su explotación y realización está encomendada al beneficiario del contrato público que resulte (13).

De lo dicho se sigue que la relación suscrita, en su caso, entre usuarios y prestador del servicio público se escapa de los términos estrictos del Derecho Privado al estar en buena parte predeterminada, entre otros tantos elementos, por

(12) Sobre el contrato de gestión de servicios públicos, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su Sección 1.^a, Disposiciones Generales, contiene ciertos preceptos esenciales para esta materia, en particular: Artículo 275. Ámbito del contrato. 1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. 2. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional como en el territorial. Artículo 276. Régimen jurídico. Los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de gestión de servicios públicos se regularán por la presente Ley, excluidos los artículos 212, apartados 2 a 7, ambos inclusive, 213, 220 y 222, y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella. Artículo 277. Modalidades de la contratación. La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: *a)* Concesión por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura; *b)* Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; *c)* Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; *d)* Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Artículo 278. Duración. El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos: *a)* Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que este sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta sesenta años. *b)* Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios. *c)* Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra *a*.

(13) Sobre la evanescente noción de servicio público, más allá del estricto conjunto de actividades de naturaleza prestacional, vid., SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Madrid, 2004, pág. 292 y sigs. En cuanto a la calificación de los contratos base y el servicio público residencial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no duda en atribuir carácter administrativo en función de su finalidad: «Así, la sentencia de 24 de julio de 1989 considera que la compraventa de un local por un Ayuntamiento con destino a dependencias municipales tiene carácter administrativo, dado el destino del bien adquirido. También la sentencia de 30 de octubre de 1990 califica también de contrato administrativo la adquisición de un edificio por una Diputación Provincial para instalar una residencia de la tercera edad, pues, al tratarse de la prestación de un servicio público de la competencia de la Administración, la naturaleza administrativa del contrato es indudable (...). Por tanto, si son administrativos los contratos de compraventa a través de los cuales la Administración adquiere inmuebles a particulares para destinárselos a un fin público, resulta patente que el contrato de compraventa controvertido merecía la calificación de contrato administrativo» (STS de 17 de enero de 2006, Sala de lo Contencioso).

el Reglamento de Régimen Interior que debe aceptar sin negociación singular, así como por las condiciones de acceso al servicio.

En este sentido y recurriendo a la doctrina administrativista, la relación en el supuesto de estudio resulta afectada tanto por una técnica formal pública (14) (reconocimiento del derecho a recibir este servicio) como por las notas privatistas que caracterizan ciertas prestaciones de entre las suministradas por el Centro.

De modo que los centros residenciales deberán someterse al régimen correspondiente de autorización previa donde se apreciará el cumplimiento de los requisitos reglamentariamente previstos por las disposiciones de desarrollo de las correspondientes leyes de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma (15). Dichos presupuestos están referidos, en términos generales, a las condiciones de habitabilidad y accesibilidad, a los servicios y prestaciones que se suministrarán en el centro; además deberá someterse al proceso de acreditación resultando (16) un «plus de calidad» sobre las condiciones mínimas (17).

A la vista de este panorama y a reserva de lo que luego se dirá, el régimen jurídico aplicable y la jurisdicción competente para ventilar los eventos dañosos acaecidos en el seno de un Centro residencial, dependerá, a su vez, de que la plaza en cuestión sea privada, ofrecida en concurso por el adjudicatario del contrato de gestión o, pública, en cuyo caso será de plena aplicación el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Y todo ello sin perjuicio del ánimo de lucro presente en la gestión e independientemente de la participación del usuario en el servicio mediante el abono del precio público aplicable.

II. APROXIMACIÓN AL DENOMINADO CONTRATO RESIDENCIAL O DE HOSPEDAJE COMO NEGOCIO ATÍPICO

Adicionalmente a la concurrencia de la preceptiva aquiescencia por parte del interesado para su ingreso —o la autorización judicial en los supuestos de avoluntariedad o expresa oposición— otras cuestiones relevantes sobre el régimen aplicable al denominado contrato residencial o de hospedaje, suscrito en

(14) *Ibidem*, pág. 334 y sigs.

(15) En la materia, la pluralidad normativa resulta especialmente intensa: el marco jurídico lo determina el artículo 148.1.20, por cuanto concreta que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de asistencia social. Por su parte y en cuanto a las Entidades locales, baste referirnos al mencionado artículo 25.2 sobre sus competencias en materia de «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social (Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local). Téngase en cuenta, a su vez, el mencionado Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, de Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, ya que en su artículo tercero se establecen las bases generales de autorización, determinándose que «las Comunidades Autónomas regularán los procedimientos para la autorización de la instalación, el funcionamiento, la modificación o el cierre de los centros, servicios y establecimientos sanitarios ubicados en su ámbito territorial».

(16) En lo que a la acreditación se refiere, vid., ANAUT BRAVO y OSLÉ GUERENDIAIN, *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para las personas mayores*, Pamplona, 2006, págs. 84 y 85; en cuanto a la calidad de los servicios, pág. 89 y sigs.

(17) Así lo hizo constar el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe de 1995.

principio entre el usuario o su representante legal y el titular del centro (18), se hacen acreedoras de algunas notas en las siguientes líneas.

En este sentido, la particularidad del servicio residencial suministrado en régimen público, es que se sustraе de las relaciones obligatorias, en tanto en cuanto se trata de un servicio gestionado de forma directa o indirecta por las Administraciones (19). Con todo, ciertos elementos críticos, como la participación del usuario en el servicio mediante el denominado «copago» o la asunción del precio público correspondiente, empañan su visión como técnica prestacional y su aproximación a la del contrato, cuando menos, por lo que se refiere al acto de constitución (20).

Desde la perspectiva jurídico-privada, lo cierto es que el negocio de fondo será un contrato complejo a la vista de la multiplicidad de prestaciones ya que, en definitiva y al margen de la naturaleza de la entidad prestadora, se suministra alojamiento, alimentación, atención médica y sanitaria, actividades recreativas y culturales y el derecho a usar las instalaciones y servicios comunes, entre otros posibles (21).

(18) En la materia, vid., GARCÍA CANTERO, «Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas», en *Revista Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, 7, 1999, págs. 45 a 58. En cuanto a las partes en el contrato, téngase en cuenta el régimen público y privado, en particular, por ejemplo, el contemplado en la Orden de 1 de agosto de 2001 (*BOR* de 14) y la Orden 12/2001, de 4 de septiembre de 2001 (*BOR* de 8), modificada, a su vez, por la Orden 16/2001, de 30 de noviembre, ambas de la Consejería de Salud y Servicios Sociales de La Rioja, y el singular sistema de reconocimiento de deuda ya mencionado en MORETÓN SANZ, *La expromisión: el artículo 1205 del Código Civil español*, ya que frente al reconocimiento basado en la voluntad de las partes, se impone el reconocimiento preceptivo, sobre quien se pretenda beneficiar del ingreso en un centro residencial (en este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 9 de diciembre de 2005, señalada en dicha tesis).

(19) Vid., OBSERVATORIO DE PERSONAS MAYORES, *Servicios sociales para personas mayores en España. Enero de 2007*; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia», en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 87, 2006. Últimamente, vid., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, págs. 181 a 223; ZURITA MARTÍN, «El internamiento de personas mayores en centros geriátricos o residenciales», también en la obra ZURITA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, 2008, págs. 19 a 65. En cuanto a los órganos tutelares y la delimitación de la responsabilidad cuando el tutelado no conviva bajo el techo del tutor, vid., YÁÑEZ VIVERO, *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Pamplona, 2009.

(20) Vid., sobre el régimen jurídico de la prestación de servicios, SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo general*, cit., págs. 334 y 335.

(21) En la reciente Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía, se concreta el ambicioso objeto de la prestación de los Centros residenciales para personas mayores, definidos como «aquellos Centros de carácter social que ofrecen alojamiento, convivencia y atención integral. Tienen una función sustitutoria del hogar familiar, ya sea de forma temporal o permanente para personas mayores en situación de dependencia». Puede contrastarse con la prestación de alimentos prometida, con LÓPEZ PELÁEZ, «La cesión de un inmueble a cambio de asistencia: el contrato de alimentos», en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (dir.), Madrid, 2007, pág. 306 y sigs. Sobre los resultados de una investigación sobre residencias del sector

Pese a que excede de las pretensiones de este trabajo, su importancia y trascendencia reclaman un inmediato estudio singular y unas breves líneas que tracen los puntos más elementales en la materia, teniendo en cuenta que alguna de las obligaciones de dar presentes, bien puede ser entendida como prestación de medios (específicamente las sanitarias) frente a otras que se caracterizarán como de resultado (limpieza e higiene de las habitaciones, etc.).

Por lo que a la responsabilidad dimanante atañe, al margen de lo anterior y en el ámbito estrictamente privado, concurre la responsabilidad contractual por el incumplimiento del negocio complejo suscrito, así como la extracontractual por los daños sufridos u ocasionados por quienes no sean parte del pacto (22).

Ilustra los extremos recién destacados, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 4 de marzo de 2002, que declara «en cuanto a la responsabilidad por la falta de la diligencia debida y del incumplimiento de lo pactado debemos diferenciar entre las debidas por parte del personal gerente, por parte del personal sanitario, y el personal de la residencia también demandado. Aun cuando el escrito de demanda no diferencia el tipo de responsabilidad de cada uno de ellos, en este extremo sí que existe confusión, como dice el juzgador, no puede derivarse la misma para todos. Responsabilidad contractual solo existe respecto de la Residencia RASC como parte contratante, mientras que todos los trabajadores que han intervenido de una forma u otra y que han sido demandados derivan una responsabilidad extracontractual, puesto que no son parte en el contrato, habiendo sido demandados como consecuencia de la prestación de unos servicios» (23).

Distinto, por tanto, será el régimen aplicable a la Responsabilidad patrimonial que pueda concursar, caso de prestación suministrada por una entidad pública, por cuanto se ventilará con el ordenamiento administrativo y, en su caso, en la

público vid., DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, estudios y documentos. Residencias públicas y privadas de la tercera edad*, Madrid, 1990, pág. 19 y sigs.

(22) Por su parte, YÁNEZ VIVERO, en su sólido estudio sobre «La responsabilidad derivada de los daños causados por las personas mayores incapaces», estima que «las residencias geriátricas o psiquiátricas, y los centros o familias donde habite o permanezca acogido el anciano no han de responder necesariamente cuando el anciano esté sometido a la tutela de otro sujeto» [*La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (dir.)], Madrid, 2007, pág. 281. Adicionalmente, plantea el problema de la indemnidad patrimonial del tutor y la dificultad que entraña la presunción de culpa o negligencia por parte del titular del cargo tutelar, ante la evidencia de los daños causados por el tutelado. En este sentido, téngase presente que el artículo 1903 «configura una responsabilidad directa y no subsidiaria, toda vez que cabe esgrimir únicamente la acción derivada del mismo frente a los sujetos que menciona, ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (entre otras, SSTS de 16 de abril de 1973, 15 de febrero de 1975 y 26 de junio de 1984). No obstante, las personas por las cuales responden, si igualmente son demandadas con apoyo en el artículo 1902 del Código Civil, pueden ser condenadas juntamente con ellos a reparar el daño, en cuya coyuntura la responsabilidad será solidaria» (GARCÍA VARELA, «La responsabilidad por hecho ajeno», en *Diario La Ley*, 6.874, 2008). En defecto de dicha condena solidaria, a mi juicio, los obstáculos procesales impedirán amparar la pretensión del tutor y reclamar al sometido a tutela el importe de la indemnización o que esta se abone a cargo del patrimonio del tutelado.

(23) Acerca de lo contractual y extracontractual en la actividad sanitaria y la determinación casuística de las prestaciones sanitarias en el marco de una relación obligatoria y fuera de ella, vid., ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad sanitaria», en DÍAZ ALABART y ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, 2000, pág. 278.

vía judicial contencioso-administrativa (24), sin determinación de la naturaleza contractual o extracontractual de la relación obligatoria de fondo. Pese a lo anterior, si el evento dañoso ha ocurrido en el seno de una entidad contratista y titular de alguna de las modalidades de gestión del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (25), habremos de detenernos en la responsabilidad objetiva del contratista. En este sentido, resultará preceptivo el análisis de las distintas y contradictorias líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la competencia y sujeto que habrá de asumir el deber indemnizatorio.

III. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE CENTROS RESIDENCIALES

1. PRETENSIONES RESARCITORIAS ENTABLADAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRA ENTIDADES ADJUDICATARIAS DE PLAZAS RESIDENCIALES: JURISDICCIÓN COMPETENTE

Como ya se ha anticipado, el régimen jurídico aplicable determina, a su vez, la jurisdicción competente para ventilar las pretensiones resarcitorias en los supuestos de responsabilidad patrimonial. En función del tipo y titularidad del Centro donde haya ocurrido el evento, o a cuya consecuencia acaezcan los hechos u omisiones dañosas, será distinta no solo la normativa en concurso, sino también la vía jurisdiccional, y por ende, los Juzgados y Tribunales competentes para enjuiciar los asuntos controvertidos.

Con carácter previo, por tanto, si la pretensión resarcitoria se fundamenta en los daños y perjuicios dimanantes de los hechos u omisiones acaecidos en un Centro de titularidad privada, habrá de ejercitarse ante la jurisdicción civil, alegando los principios aplicables en este orden —como pueda ser el de unidad de culpa civil (26)— y teniendo en cuenta que este régimen «se inspira en

(24) En el caso de las residencias públicas, el sistema de responsabilidad será el previsto por el ordenamiento administrativo, muy especialmente, el recogido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (vid., estos aspectos en la obra *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, Madrid, 2007, pág. 87 y sigs.).

(25) Sobre el régimen de concesión para la explotación de residencias, vid., VILLAR ROJAS, «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», en *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, págs. 141 a 188.

(26) No siempre será de aplicación este principio, ya que como advierte la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2008, siendo ponente XIOL RÍOS, «la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es relativizada en aplicación del principio *pro actione* por la jurisprudencia, pero *esto no significa que pueda prescindirse de manera absoluta de la calificación procedente*. La jurisprudencia (según dice la STS de 29 de noviembre de 2005, haciendo referencia a la doctrina de la unidad de culpa civil invocada por la parte recurrente) admite que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra (con el efecto de que, en virtud del principio *iura novit curia* no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil, fundándose en que el fundamento jurídico aplicable a los hechos es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa: SSTS, entre

conceptos subjetivos, básicamente el dolo o culpa o parte del agente» (27). De conformidad al artículo 1903 del Código Civil, soportará la legitimación pasiva la entidad que aparezca como titular del centro o alojamiento alternativo, sea esta una persona física o jurídica.

Caso de que los sucesos dañosos hayan tenido lugar en el seno de entidades contratistas y titulares de alguna modalidad de gestión, por ejemplo, en un centro de carácter concertado, tendremos que advertir que la vía jurisdiccional podrá ser tanto la civil como la contencioso-administrativa (28). Sobre el primer aspecto, téngase en cuenta que el orden civil será competente siempre y cuando las pretensiones resarcitorias se hayan interpuesto, en exclusiva, contra el titular de la entidad privada que explota el servicio.

De modo que, si se pretende la reparación de los daños sufridos en un centro privado acogido a un régimen de concierto (29) y se elige la vía civil, este orden jurisdiccional será el competente siempre y cuando, insistimos, la acción se ejerzte únicamente contra sujetos de naturaleza privada.

En suma, como advierte la doctrina al interpretar esta modalidad contractual, el contratista concesionario «asume el deber de hacer frente a las responsabilidades que se pudieran derivar de la gestión del servicio» (30).

En cuanto a la responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de este servicio, a la Administración incumbe la potestad de interpretar el contrato, por lo que —siempre y cuando se ventile en un procedimiento administrativo y con audiencia del contratista o concesionario— podrá declarar la responsabilidad del adjudicatario, ventilándose en vía administrativa y luego siendo susceptible de recurso contencioso-administrativo.

En la materia, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, sistematiza con precisión las distintas líneas jurisprudenciales sobre supuestos en que intervenga alguna de las modalidades de contratación. Tres son las posibles

otras, STS de 22 de octubre de 2007, STS de 12 de junio de 2007, STS de 23 de diciembre de 2004 y STS de 1 de abril de 2004); pero en el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente».

(27) XIOL Ríos, *La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pág. 60.

(28) Por su parte, los eventos dañosos, consecuencia de la comisión de un delito o falta, producirá la aplicabilidad de las prescripciones del Código Penal sobre la responsabilidad civil dimanante de la criminal (art. 116 y sigs. del CP).

(29) En cuanto al caso de los conciertos educativos donde el Estado asume el coste real del servicio público mediante lo que se ha dicho es una novación impropia verificada en la asunción de deuda, vid., FALCÓN ALONSO y ANTOLÍN NAVARREONDA, *Naturaleza y régimen de los conciertos educativos*, pág. 276. Adicionalmente, la Sanidad Pública asumirá los gastos sanitarios ocasionados por un afiliado, caso de que haya sido asistido de urgencia en un centro privado. En la actualidad y a la vista de la propia calificación legal de la Ley Orgánica de Educación, LO 2/2006, de 3 de mayo, en su artículo 117.5 este pago se denomina técnicamente como «pago delegado excluyendo en buena lógica la expromisión ya que, en definitiva, como en el sistema interconectado de tarjetas de pago, no presenta las características de nuestra figura» (vid., MORETÓN SANZ, «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español», en *ADC*, tomo LXI, 2008, fasc. II, pág. 620 y sigs.).

(30) BERMEJO VERA (dir.), *Práctica de la Administración Local*, 5, Barcelona, 2005, pág. 3538.

interpretaciones sobre la distribución de la responsabilidad entre el contratista y la Administración contratante:

1. La Administración contratante tendrá obligación de indemnizar si el daño causado está directamente relacionado a una orden impuesta o en un vicio del proyecto: «a ambos supuestos, previstos expresamente en el artículo 198.2 LCSP, debería añadirse un tercero, derivado de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial por omisión: la Administración también respondería cuando ostentara poderes de dirección, vigilancia y control de la ejecución del contrato y no los hubiera ejercido correctamente, de modo que pudiera afirmarse que había incurrido en culpa *in vigilando*. En este tercer supuesto, la responsabilidad de la Administración concurriría junto a la del contratista».
2. La segunda imputa la responsabilidad a la Administración con el ulterior ejercicio de las acciones de regreso. Es la vía propuesta por el Dictamen de La Rioja que ahora se verá.
3. Finalmente, es posible que sea el contratista quien asuma, en virtud de la cuenta y riesgo que le corresponde, las consecuencias lesivas, línea preferida últimamente por el Tribunal Supremo (31).

En cuanto al orden jurisdiccional para ventilar los daños ocurridos en centros de carácter público, en la actualidad la única vía competente es la contencioso-administrativa, caso de que se impetren acciones en las que esté involucrada una Administración (32).

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y RÉGIMEN DE RECLAMACIONES PRECEPTIVAS PREVIAS: EL REQUERIMIENTO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

Corresponde ahora examinar aquellos elementos que resulten de aplicación de entre los previstos por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como las prescripciones del Real Decreto 429/1993, de 23 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (33).

(31) Vid., «La responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por los contratistas públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en las *XX Jornadas sobre la Función Consultiva* celebradas en Zaragoza el 26, 27 y 28 de junio de 2008.

(32) Sobre la unidad jurisdiccional, vid., MORETÓN SANZ, TEJEDOR MUÑOZ y RUIZ JIMÉNEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2000. La responsabilidad civil de los centros docentes», en *BFD. UNED*, 16, 2000, págs. 241 a 257, y la bibliografía allí citada.

(33) Sabido es que el conjunto normativo aplicable a esta responsabilidad patrimonial está conformado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en particular, sus artículos 139 y siguientes, según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Este Título X de la Ley 30/1992, trae causa, a su vez, de los artículos 106 y 149.1.18 de la Constitución Española, por cuanto recogen el principio de indemnidad de los particulares por el funcionamiento de los servicios públicos.

Habida cuenta de que nada se expresa sobre la responsabilidad del contratista, salvo su preceptiva audiencia prevista en el artículo 1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (34), dicha normativa habrá de ser integrada por las prescripciones que resulten de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.

En particular, tendremos que atender al artículo 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Dice así el precepto: Artículo 214. Indemnización de daños y perjuicios. 1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ya que en materia de indemnización de daños y perjuicios concreta los supuestos excepcionales en que la obligación de indemnizar no tendrá que soportarla el contratista, así como la facultad que ostentan los terceros para requerir al órgano de contratación para que se determine a quién corresponde asumir las consecuencias dañosas.

Para que los perjudicados no tengan, adicionalmente, que soportar la carga de concretar el ámbito subjetivo, cabe la posibilidad de hacer un requerimiento al órgano de contratación para que así lo determine; singularizado el ámbito de responsabilidad y reanudados los plazos de prescripción, corresponderá según el sentido de la resolución, emprender acciones civiles (caso de que recaiga en exclusiva sobre el contratista); instar la incoación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial contra la Administración, con audiencia del contratista y, en su caso, una vez dictado el pronunciamiento en cuestión, la vía contencioso-administrativa.

De modo que por lo que se refiere al contratista, cuando no haya dudas sobre su responsabilidad, no será imputable a la Administración ni se regirán las consecuencias dañosas por el ordenamiento administrativo; caso de que se pretenda el resarcimiento de la Administración en vía administrativa y al margen del requerimiento, en el procedimiento se habrá de dar audiencia al contratista para evitar, en su caso, su indefensión.

(34) Dice dicho artículo 1.3: «Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».

De lo dicho se sigue que el régimen que suscita menos dificultades interpretativas será el que proceda ante eventos dañosos ocurridos en el ámbito de un centro de naturaleza y explotación públicas, ya que resultarán de aplicación plena las disposiciones previstas en la Ley 30/1992.

En este sentido, cabe destacar en el trámite administrativo previo y en cuanto a los elementos probatorios, que el perjudicado deberá acreditar tanto la lesión o daño antijurídico sufrido a consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, la relación de causalidad entre ambos, además de la antijuridicidad de dichas consecuencias dañosas. La mejor doctrina advierte que este sistema de responsabilidad patrimonial se basa en la garantía de que los daños ocasionados por las Administraciones no han de ser soportados, necesariamente, por los particulares y en la eficacia del funcionamiento del servicio público (35).

Por otra parte y en cuanto a la resolución que ponga fin al procedimiento, el artículo 13 del Real Decreto 429/1993, de 23 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, deberá pronunciarse «sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización». Contra esta resolución los interesados pueden interponer, en vía administrativa, el recurso potestativo de reposición o, en su defecto, el correspondiente recurso contencioso-administrativo ya en vía judicial.

Habida cuenta de la preceptiva intervención del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico competente por razón del ámbito territorial donde hayan ocurrido los hechos (36), se puede consultar el Dictamen 50/2005 emitido el 23 de mayo de 2005, por el Consejo Consultivo de La Rioja, correspondiente a la consulta formulada por la señora Consejera de Juventud, Familia y Servicios Sociales en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por doña Lidia contra la residencia de personas mayores «La Rioja», por el trato recibido por su madre, doña Lucila, en una estancia temporal en una plaza concertada.

Este Dictamen ilustra una de las posibilidades técnicas a disposición del perjudicado cuando los eventos dañosos sucedan en el seno de un servicio público prestado mediante alguna de las modalidades de gestión indirecta. Apréciese que

(35) Vid., MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, pág. 791 y sigs.

(36) Vid., artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, así como el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, según la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, que declara la competencia de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en los supuestos de las «reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen a la Administración del Estado a partir de 6.000 euros o de la cuantía superior que establezcan las Leyes». Por su parte, vid., también, la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica asesora del País Vasco; Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora catalana; Ley 9/1995, de 10 de noviembre, gallega; Ley 4/2005, de 8 de abril, andaluza; Ley 1/2004, de 21 de octubre, asturiana; Ley 3/2001, de 31 de mayo, de La Rioja; Ley 3/2001, de 31 de mayo, murciana; Ley 10/1994, de 19 de diciembre, valenciana; Decreto legislativo 1/2001, de 3 de julio, Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón; Ley 11/2003, de 25 de septiembre, de Castilla-La Mancha (suprimido); Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias; Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra; Ley 16/2001, de 14 de diciembre, extremeña; Ley 5/1993, de 15 de junio, de las Islas Baleares; Ley 1/2002, de 9 de abril, de Castilla y León.

el familiar de la víctima interpone el procedimiento administrativo de reclamación patrimonial dirigiéndolo directamente contra la Administración e instando de esta las actuaciones correspondientes para que se inspeccione a la entidad concertada.

A la vista del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato para la Gestión Integral de Residencia de la tercera edad, como de la circunstancia de haberse interpuesto la reclamación ante la Administración, se acuerda la estimación del resarcimiento y llevar a cabo las actuaciones precisas para repetir contra la empresa, fundándose en los artículos 97 y 161.c) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas.

En este caso se ratifica la doctrina mantenida por el Consejo Consultivo en otros Dictámenes previos sobre responsabilidad directa de la Administración por daños causados por sus contratistas, sin perjuicio de repetir posteriormente sobre estos. En suma, se afirma, «no existe duda alguna acerca de la existencia de un resultado dañoso efectivo y real, evaluable en una cantidad en metálico. Dicho resultado dañoso es consecuencia de un actuar administrativo, existiendo además relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por el particular, pues en varios apartados del expediente se indica que la causa de la pérdida de la dentadura se debe al hecho de no haber respetado el personal del centro los protocolos de actuación existentes. Así pues, un supuesto que aparentemente no entraña ninguna dificultad práctica, sin embargo ha visto dilatada su resolución más allá de lo que hubiese sido deseable, incluso viéndose obligada la reclamante a ser parte en un procedimiento judicial en reclamación del importe de la factura del odontólogo. El retraso viene motivado fundamentalmente por la postura de la empresa responsable de la explotación de la residencia, pues, tras su inicial admisión de responsabilidad, e incluso tras manifestar su disposición para hacer efectiva la indemnización procedente, posteriormente se vuelve atrás, utilizando un argumento inaceptable, como lo es el hecho de negar su responsabilidad por el rechazo del siniestro realizado por su entidad aseguradora, y ello con el fin de no crear un grave precedente para casos posteriores, como si la responsabilidad patrimonial surgiese de las interpretaciones que las partes den a los contratos de seguro que en el curso de su actividad empresarial puedan llegar a suscribir. Ello determina la necesidad de tramitar un expediente de responsabilidad patrimonial que, a la vista de los hechos concurrentes, se lleva a cabo por el procedimiento de urgencia, finalizando el mismo de manera convencional a la vista de la claridad con la que aparecen los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración».

IV. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS Y JURISDICCIÓN COMPETENTE

1. LA PRECEPTIVA ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 11 DE ABRIL DE 2011, Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 23 DE MARZO DE 2001

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 11 de abril de 2011, el objeto del recurso era la Orden de la Consejera del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno aragonés de 5 de enero de 2009, desestimatoria de la reclamación por responsabilidad patrimonial instada por doña Agustina y

doña Adolfina por el fallecimiento, el 10 de junio de 2007, de don Germán, esposo y padre, respectivamente, de las reclamantes como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Geriátrico San Jorge de Zaragoza.

De conformidad al Fundamento segundo, los hechos relevantes para la desestimación del recurso por falta de acreditación de nexo causal son los siguientes: «1. Mediante escrito presentado el 26 de diciembre de 2007 (folios 1 a 10 del expediente), doña Adolfina y doña Agustina como hija y viuda, respectivamente, de don Germán, presentaron reclamación por responsabilidad patrimonial como consecuencia del fallecimiento de este último, tras precipitarse, el 10 de junio de 2007, por la ventana de la habitación número 207 del Hospital San Jorge de Zaragoza, donde permanecía ingresado».

En definitiva, «la jurisprudencia exige (por todas, la STS de 20 de junio de 2006), en aplicación de lo dispuesto en los *artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992*, para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: *a) que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; b) que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que esta sea producida por fuerza mayor*. Sin duda se produjo un daño consistente en la pérdida de la vida del paciente, pero debe valorarse si dicho resultado fue consecuencia del funcionamiento de la Administración y si existe un nexo causal entre el resultado descrito y la actividad desarrollada en la asistencia sanitaria».

Sobre la ausencia de cualquier nexo causal que relacione el suicidio del paciente con la prestación del servicio público, advierte la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia que, «teniendo en cuenta el estado en el que se encontraba según el referido informe de alta del Hospital San Jorge, el paciente había superado la crisis que presentó en el Centro de día y se encontraba tranquilo, hasta el punto de que la familia que le había acompañado toda la tarde le dejó en su habitación sobre las 21 horas, mostrando su satisfacción por la atención recibida (declaración de la hija ante el Juzgado de Instrucción, el 10 de junio de 2007, folios 23 y 24). En dicho estado, y después de las dos últimas asistencias del personal de enfermería, nada hacía pensar en la posibilidad de un intento de suicidio por lo que, mediante un normal juicio de razonabilidad, no se aprecia que hubieran debido adoptarse medidas de vigilancia extraordinarias, como la inmovilización o el traslado a un lugar sin posibilidades de salida, como sugiere ahora su familia. No se desprenden otros datos que pudieran hacer pensar en el desenlace habido y, por el contrario, la imprevisibilidad de su conducta nos lleva a concluir que la Administración demandada actuó dentro de los normales parámetros de diligencia y que no existe relación de causalidad directa entre tal actuación y el resultado que se produjo». En su virtud, desestima la demanda y confirma la resolución recurrida por resultar ajustada a derecho.

Aborda en especial la necesaria acreditación del nexo causal entre el daño y la relación de servicio. Declara, entre otras cuestiones, lo siguiente: «Las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado nos conducen necesariamente a examinar, si en los hechos ha existido la concurrencia del necesario nexo causal entre el actuar de la Administración y las lesiones de la recurrente consecuencia de su caída. El concepto de relación causal, a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, puesto que cualquier acaeci-

miento lesivo se presenta normativamente no como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomas entre sí o dependientes unas de otras, dotadas sin duda de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces que hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final y la doctrina administrativa tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Pùblicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que solo en el primer caso si el resultado corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto una *conditio sine qua nom*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que existe una adecuación objetiva entre el acto y el evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y solo cuando sea así, dicha condición adquiere la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima o verdadera del daño, quedando así excluidos, tanto los actos indiferentes como las inadecuadas e inidóneas y las absolutamente extraordinarias. Aplicando la doctrina expuesta al caso enjuiciado, que si bien la Administración demandada señala no hay nexo causal entre el funcionamiento del servicio público asistencial prestado en la Residencia Mixta de Gijón y la caída sufrida por doña María Inmaculada y su posterior fallecimiento, tal afirmación no puede ser compartida por esta Sala; del examen del expediente administrativo, se extrae como doña María Inmaculada había caído repetidamente, en fechas anteriores a su fallecimiento, así al folio 47 se hace constar: "7-2-96 se comunica a la familia que doña María Inmaculada se cayó", 13-2-96 se llama a la tutora (amistad) que cayó, 7-3-96 se llama a la señora que cayó; siendo así que considerando que la caída de cuyas consecuencias lesivas deriva el fallecimiento se produjo el día 9 de marzo, conlleva a estimar que debieron adoptarse medidas tendentes a prevenir el riesgo que finalmente concluyó en el fallecimiento de doña María Inmaculada, constando igualmente en el informe del médico forense que la misma presentaba "cicatriz de 4 x 4 en área correspondiente a ángulo mandibular derecho. Cicatriz submentoniana de 2 x 9 cm, aproximadamente, de dirección transversal. Vendaje bilateral de ambos pies de finalidad antiescore. Existe hematoma antiguo en fase de resolución que ocupa la mayor parte de la región molar derecha y mejilla del mismo lado". Es pues evidente la existencia del nexo causal negada por la Administración».

2. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES Y EL CONCURSO DE CAUSAS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Esta Resolución sistematiza los criterios para la determinación de la responsabilidad patrimonial, antes vistos: «compacta doctrina acerca de la cuestión de

la responsabilidad patrimonial de la Administración a examen, que en síntesis establece: *a) que la cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufren en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, incluye la total actividad administrativa*, abarcando, por tanto, todo el tráfico ordinario de la administración, de ahí que cuando se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado a soportarlo en virtud de una disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos es totalmente irrelevante que la Administración haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal; y *b) que los requisitos exigibles son: 1.º la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente valioso; 2.º que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen, y 3.º que no se haya producido por fuerza mayor y no haya causado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley.* Conviniendo resaltar en relación con la problemática del nexo causal (verdadero nudo gordiano de la declaración de responsabilidad patrimonial, dada la doctrina expuesta) que la línea jurisprudencial que venía exigiendo como condición indispensable para tal declaración, que la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño fuera no solo directa, sino también exclusiva, ha evolucionado de manera razonable hasta el punto de no exigir, últimamente, la exclusividad del nexo causal, admitiendo el concurso de causas derivadas tanto de la propia víctima como de un tercero, salvo que estas sean tan intensas que el daño no se hubiera producido sin ellas».

Sigue la Resolución diciendo lo siguiente: «Pues bien, trasladando al caso la doctrina así expuesta, con examen de la prueba practicada en los autos y muy especialmente el contenido del informe de la autopsia del cadáver llevada a cabo por la médico forense del Juzgado de Instrucción número 1 de los de esta ciudad, y de la diligencia de inspección ocular practicada por las fuerzas de la Guardia Civil intervenientes, no puede sino dictaminarse la no conformidad a derecho de la resolución administrativa impugnada, que desestimó por silencio la indemnización exigida por daños y perjuicios, con la consiguiente estimación del recurso en la concreta cuantía que más adelante se señalará. Y es que exponiéndose en el indicado informe de autopsia obrante en las diligencias penales que "...el fallecimiento del señor J. E. se trata de una muerte violenta..., por parada cardio-respiratoria...", siendo causa fundamental de la muerte un shock traumático por precipitación...", quedando constancia además, según el contenido de la diligencia de inspección ocular de la Guardia Civil el 15 de diciembre de 1995, de que "...el lugar donde fue hallado el cadáver se encontraba en la vertical de una terraza del primer piso del edificio, a una altura de 5,10 metros sobre el suelo...", ninguna resolución ha de adoptar la Sala que no sea la de estimar la existencia de relación directa, exclusiva e inmediata de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público correspondiente y el daño causado, pues ninguna explicación distinta a la de que la muerte del caso se produjo por precipitación del anciano desde la susodicha terraza, se muestra como plausible y razonable, habiéndose manifestado por la propia Administración, en tal sentido, y en su escrito de contestación a la demanda que "la caída desde el balcón es una suposición que quizás sea la correcta...", aunque no ha sido constatada de manera fehaciente"; habiendo de conducir todo ello a la consideración de que

oportunamente no quedaron agotadas por los responsables del centro público, todas las medidas precautorias indispensables en salvaguarda de los intereses e integridad física del fallecido (posteriormente la Administración ha mandado subir de altura la barandilla del balcón, de tan solo un metro al ocurrir el hecho), interno en el establecimiento por su avanzada edad —setenta y siete años—, y como afectado de “esquizofrenia catatónica de carácter violento...”, afección que aún en estado residual, al parecer, no hacía descartable en absoluto su posible catalogación como persona incapaz de asumir la responsabilidad y conciencia de sus propios actos, y como tal sujeta a dedicación y cuidado especial».

3. LA PRUEBA DE LA LESIÓN PATRIMONIAL OCASIONADA POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SIN ALTERACIÓN DEL NEXO CAUSAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008

El Fundamento segundo de la Resolución recoge los hechos declarados probados: «1.º Que la recurrente era hija de don Donato. 2.º Que don Donato, de ochenta y cuatro años de edad, invidente, residente asistido en la Residencia Manoteras de la Comunidad de Madrid, el día 11-XI-2003, encontrándose sentado en un sillón en un pasillo de la planta 1.º B fumando un cigarro, se prendió el pañal que llevaba y a continuación las ropas que vestía. 3.º Que don Donato fue atendido, en primer lugar, en la propia residencia, siendo trasladado al Hospital La Paz, donde falleció el 14 de noviembre de 2003, como consecuencia de las quemaduras sufridas».

Como suele estar presente en la totalidad de las resoluciones dictadas en asuntos sobre responsabilidad patrimonial, son enumerados los requisitos que habrán de concursar para que pueda ser estimada la responsabilidad exigida. De modo que la prueba incumbe a estos requisitos: *a) efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal; c) que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, y d) ausencia de fuerza mayor».*

«En el supuesto de autos concurren los requisitos señalados más arriba, debiendo centrarse la cuestión debatida fundamentalmente en el recogido en el segundo lugar, destacando que el funcionamiento interno del centro debe ser el adecuado en cada momento y en cada circunstancia, debiendo su personal estar donde debe estar, ya que, como en el caso del fallecido, estamos ante personas con disminución de sus facultades que exigen de especiales atenciones, sin que quepa entrar en la discusión de si podía o no fumar, cuya autorización tenía, no tampoco en la posible responsabilidad de la hija, cuya alusión no se alcanza a comprender; por lo cual, si lo dicho anteriormente es cierto, no lo es menos la antijuridicidad (...) Por todo lo cual, ha de tener favorable acogida el presente recurso contencioso-administrativo, si bien a la hora de fijar la indemnización, el Tribunal, teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias concurrentes, en especial las personales del fallecido, y la ausencia de pruebas por parte de la recurrente, la establece en 15.000 euros».

4. AUSENCIA DE DAÑO EFECTIVO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN, REMISIÓN A LA RESPONSABILIDAD SANITARIA Y EL CRITERIO DE LA *LEX ARTIS AD HOC*: PERSONACIÓN DE LA GESTORA DEL SERVICIO RESIDENCIAL PESE A NO HABERSE FORMULADO PRETENSIÓN ALGUNA CONTRA ELLA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 18 DE JUNIO DE 2010

En esta resolución el objeto del recurso es la conformidad o no a derecho de la actuación administrativa impugnada por la que se denegó la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. La recurrente «sostiene que la muerte de su padre en la Residencia de la Tercera Edad de Velluters habría constituido un daño evitable de haber actuado con la debida diligencia y, por consiguiente, dicha muerte se produjo como supuesto susceptible de dar lugar a la responsabilidad que de la Administración deriva por el funcionamiento normal o no de los servicios públicos».

En el asunto de autos, el fallecido residía en una residencia por indicación de los Servicios Sociales de la Consellería de Bienestar Social donde, mediante decisión judicial, había sido internado a petición de la familia, aunque ningún día dejaba de ser visitado por sus familiares.

Los hechos acreditados relatan las circunstancias desencadenantes al posterior fallecimiento del usuario del servicio residencial, una persona mayor con discapacidad visual fumadora: «el 10 de marzo se le atendió como era habitual y se le acostó tras darle la cena en torno a las 20,30 y en la forma habitual, provisto de pañal, arrimando la cama de una parte a los armarios y protegiendo posibles caídas del otro lado con una barandilla de las también habituales en estas camas de enfermos. Se señala en la demanda que esta barandilla teóricamente tenía que haber impedido que el enfermo se hubiese podido levantar o caer accidentalmente, lo que resulta una obviedad, pero es de interés para el mantenimiento del enfoque de la demandante. Además de adoptar tales precauciones, se le ató como también es habitual con la cincha o cinturón ancho a que profusamente nos referiremos a continuación. A las 20,30 ya se realizó una ronda por los dormitorios por las auxiliares y a las 12,00 volvió a revisar la enfermera sin que nada anormal llamara su atención. Fue 2,20 horas después cuando en nueva ronda el personal encontró al enfermo medio caído por la parte superior de su cuerpo en la que había cedido la barandilla protectora y suspendido (o "sujetado" evitando caer todo él al suelo) por el ancho cinturón colocado al efecto. Ya se hallaba muerto al ser encontrado en tal situación y posición y según el informe de la autopsia tal muerte se habría producido por asfixia».

Téngase presente que «aun cuando no deduce exigencia alguna de responsabilidad a la gestora de la residencia, la entidad Gestión Socio Sanitaria del Mediterráneo, S. L. (en tanto que centra la exigencia de responsabilidad a la Administración en su culpa *in eligendo e in vigilando*), dicha entidad comparece para negar la responsabilidad en términos semejantes a los de la Administración aunque con mayor detalle».

Sigue dicha resolución advirtiendo que «en el presente caso, que en particular debería reconducirse a los supuestos de responsabilidad patrimonial de la función o actividad sanitaria en la que resulta determinante el respeto de la conocida como *lex artis ad hoc*, cabe que realicemos cuantas consideraciones se quiera sobre la concurrencia o no de la adecuada *lex artis*, pero lo que de entrada ya hemos de advertir es que no encontramos la existencia de daño alguno que haya tenido que sufrir la parte actora (moral según se alega, ante la angustia de pensar que su padre haya fallecido por asfixia) que se haya producido por la falta de

diligencia de los servicios sanitarios que atendían la residencia en la noche del fallecimiento o, dicho de otro modo, en absoluto queda probado que tal daño se hubiera evitado cumpliendo un protocolo distinto al seguido por dicho personal. Y a dicha conclusión cabe llegar a la vista de toda la documentación obrante en los autos y en el expediente adjunto, tal como vamos a ver en particular a la exagerada valoración económica llevada a cabo por la parte actora.

De modo que «nos encontramos con una muerte producida en un ente público en la que se indagan hasta extremos a veces exagerados las condiciones técnicas de los elementos de la cama y del cinturón, pero se echa de menos la referencia a las condiciones del enfermo que sí se mencionan para justificar el hecho de que no pudiera permanecer en el domicilio familiar, aun deseándolo, por tratarse de enfermos cuyas especiales condiciones resultan absolutamente imposibles de ser atendidos en la casa familiar, salvo que se disponga de las 24 horas. Y esta es justamente la cuestión y la situación que, aun sin haberse agravado en su estancia en la residencia, cosa por lo demás normal con el solo paso del tiempo, debe tenerse en cuenta por las partes y muy especialmente por los familiares demandantes. De hecho, así se lee textualmente en el escrito de conclusiones de la propia actora: “creemos que ha quedado debidamente acreditado que el padre (*sic*) de mi representada padecía enfermedad que le hacía ser una persona que precisaba ser atendido durante las 24 horas del día”».

Sigue afirmando lo siguiente: «naturalmente, ello en sí mismo explica todas las dificultades, por no decir imposibilidad, de evitar un suceso como el denunciado. La exigencia de una responsabilidad patrimonial a la Administración en estos supuestos se nos aparece como una deducción que olvida que, en el ámbito de la acción prestacional sanitaria, la obligación no puede concebirse como una obligación de resultado, la sanación completa del individuo, sino de medios. No pudiendo ampararse esa construcción tampoco en los derechos reconocidos en los artículos 41 y 43 de nuestra norma suprema, pues en esta se consagra un derecho a la protección de la salud no un derecho a la salud, este último de imposible garantía. Una construcción objetiva que anude la responsabilidad, atendiendo a la identificación de una actuación, actividad o inactividad, administrativa en el orden causal táctico del resultado no parece compatible así ahora con la nueva redacción, por Ley 4/1999, del artículo 141 de la Ley 30/1992. Y si bien pudiera razonarse, en razón del momento temporal de la producción de la lesión, en contra de la vigencia de esta última disposición en su actual formulación es lo cierto que la misma responde, como ya ha señalado el Tribunal Supremo, así la sentencia de 31 de mayo de 1999, a una interpretación también acogida en nuestra doctrina».

Concluye aseverando que «una lectura distinta del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas convertiría al mismo en una suerte de aseguramiento universal no ya de todos los riesgos sociales».

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3.^a), DE 15 DE JUNIO DE 2011, Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LOS DAÑOS RESULTANTES DEL DEFICIENTE TRATO DISPENSADO EN UN CENTRO RESIDENCIAL CONCERTADO

Dicha sentencia, en el Fundamento de Derecho primero, hace suyos los argumentos de la sentencia estimatoria parcial de 25 de mayo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, deducido contra la Orden de fecha 5 de julio de 2000 de la Consejera de

Servicios Sociales que desestima el recurso administrativo interpuesto, a su vez, contra la desestimación presunta de su solicitud de responsabilidad patrimonial.

En particular, dice lo siguiente: «Acordó la Sala (del Tribunal Superior de Justicia) la anulación del acto, declarando el derecho de la recurrente al percibo de 6.000 euros en concepto de daño moral, así como la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los gastos ocasionados en la residencia privada, con la deducción indicada anteriormente, suma que ha de satisfacer la Administración demandada. Identifica la sentencia el acto impugnado en su primer fundamento mientras en el segundo consigna los hechos relevantes: *a)* El 8 de julio de 1998, la madre de la actora, doña Inocencia, sufre una caída accidental que le produce la rotura de la pelvis, siendo ingresada en un centro hospitalario hasta que, el 24 de agosto de 1998, fue dada de alta hospitalaria. *b)* No obstante ese alta, al necesitar la señora Inocencia constantes cuidados, fue ingresada en un centro geriátrico (residencia pública de Manoteras), en donde estuvo cuatro meses observándose una apreciable mejoría. *c)* Agotado el plazo máximo de estancia en dicho centro es trasladada a la Residencia Montesalud de Las Rozas, centro concertado con la Seguridad Social, en donde ingresa el 23 de diciembre de 1998 en buen estado) El estado de la señora Inocencia a su ingreso era bueno, pese a las naturales consecuencias de la caída y tratamientos a que fue sometida, hasta tal punto que caminaba sola, ayudándose de un andador. *e)* Durante la estancia en dicha residencia, la señora Inocencia sufrió un claro retroceso en su evolución, dado que se le produjeron úlceras, escaras y dejó de poder andar. *f)* Ante el estado de la paciente, su hija decide trasladarla a un centro privado, ingresando en el centro Geriátrico de Villanueva del Pardillo, Medinaceli II, el 17 de marzo de 1999. Por decisión médica, la paciente no es alojada en una habitación ordinaria sino directamente en la UCI. Aunque en dicha residencia se produjo una clara y rápida mejoría, la señora Inocencia no pudo en lo sucesivo andar debido a la retracción de las rodillas. *g)* El 7 de junio de 1999 la actora, señora Pilar, presentó escrito mediante el que reclamaba una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración. *h)* Como quiera que la Administración no dictara resolución expresa, formuló recurso administrativo que fue desestimado expresamente por Orden de 5 de julio de 2000, de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. Ya en el tercero hace constar la pretensión actora y la oposición administrativa, mientras en el cuarto recoge doctrina jurisprudencial de desarrollo de la responsabilidad patrimonial de la administración. Tras ello en el quinto reseña que «el hecho es imputable a la Administración, dado el convenio que la residencia de ancianos tenía con los servicios sociales públicos. Es decir, de lo que allí ocurriera, del trato que se dispensara a la paciente, debe responder la Administración».

6. RESPONSABILIDAD EN LOS CENTROS GESTIONADOS POR CONTRATISTAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 4 DE JUNIO DE 2003

En este caso se ventila la determinación de la responsabilidad, caso de fuga del centro gestionado por un contratista. En ella se declara: «La relación resumida de hechos a considerar en este litigio es la siguiente: Como don Héctor, de sesenta años de edad, tuviera un tumor inoperable causante de una demencia de inicio focal y síntomas de un posible Alzheimer en estudio, su hijo don Gonzalo solicitó el 11-8-1997 a la Consellería de Bienestar Social el ingreso en una residencia de

la tercera edad, concediendo el 28-8-1997 la Dirección Territorial de Bienestar de Alicante una plaza en la Residencia de Tercera Edad de Benejúzar. Ingresado don Héctor en dicho centro el 27-8-1997, ya desde el primer momento se observó las especiales características del mismo, pues se comportaba de forma alterada y en permanente deseo de fugarse, intentándolo en diversas ocasiones (una vez cada tres días) hasta que lo consiguió el 4-10-1997, presentándose denuncia por su desaparición, que fue tramitada por el Juzgado de Instrucción, número 5 de Orihuela (Diligencias Previyas 2742/97 hasta el auto de archivo de 16-10-1997, sin que se conozca su situación, estado o paradero hasta el presente). Como fuere que la familia del desaparecido reclamara patrimonialmente a la Administración por el daño moral derivado de la desaparición, solicitando una indemnización de 15.000.000 de pesetas para la esposa y de 10.000.000 de pesetas para cada uno de los dos hijos, se inició el correspondiente expediente administrativo con el resultado descrito en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución. Espigol Cooperativa Valenciana, que absorbió a la entidad Ilicitana Cooperativa Valenciana en 1997, que a su vez detentaba el contrato de concesión de la gestión del servicio público de la citada residencia, argumenta en su demanda que la actuación administrativa es nula por apartarse de la necesaria congruencia entre la acción ejercitada por los familiares y la resolución definitiva, debiendo ser la Administración quien resulte responsable del servicio público afectado, negando la existencia de negligencia por su parte y de nexo causal entre la salida del interno del centro y su desaparición, solicitando la anulación del acto recurrido. Por su parte, los familiares del señor Héctor discrepan de la cuantía indemnizatoria reconocida por la Administración demandada, reclamando una cantidad mayor (1.032.000 ptas. para el hijo, el doble para la hija y 12.384.000 ptas. para la esposa) en consonancia al daño moral causado y a la probable muerte del desaparecido, a tenor del tiempo transcurrido desde su desaparición y su precario estado de salud mental. La Administración demandada solicita la conformación de la resolución impugnada por apreciarse negligencia en la gestión del centro de la tercera edad, así como en la pasividad de la familia al no solicitar medidas judiciales de internamiento o de incapacitación del enfermo, debiendo responder de los daños el contratista en aplicación de los artículos 98 y 162.c) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo» (37).

(37) El Fundamento tercero sistematiza los criterios de responsabilidad en los siguientes términos: «La configuración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro Derecho (art. 139 y sigs. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y art. 106.2 de la Constitución Española, viene dada por una actividad administrativa (por acción u omisión, bien sea material o jurídica), un resultado dañoso no justificado y una relación de causalidad entre aquella y este, incumbiendo su prueba a quien reclama, a la vez que se imputa a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración (sentencias de 14 de julio de 1986, 29 de mayo de 1987, 17 de febrero de 1989, etc.), especificando que la exigencia de que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto (sentencias de 11 de abril y 15 de febrero de 1986, 20 de julio de 1988 y 17 de febrero de 1989)... En la misma línea jurisprudencial, pero con una mayor adecuación al supuesto específico de autos, las sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 1988, 3 de abril de 1990, 13 de octubre de 1990, 21 de marzo de 1991 y 18 de enero de 1995 fijan un triple requisito para apreciar la existencia de una obligación indemnizatoria de la Administración: un daño o lesión patrimonial antijurídica, injustificable y evaluable; que sea consecuencia objetiva, directa y exclusiva del funcionamiento normal o anormal de la Administración y, en tercer

Por fin, el fundamento cuarto advierte que pese a la modalidad de gestión indirecta, es la Administración quien debe asumir la responsabilidad: «En el presente supuesto litigioso deberá tenerse en cuenta que la debida comprensión del contenido de la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada, básicamente, en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, pues el derecho indemnizatorio de los particulares nace del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin necesidad de que exista un plus añadido de deficiencia o mal funcionamiento de ese servicio público, dentro de la concepción objetivizadora que el legislador ha querido otorgar a la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Precisamente, es la acción y el procedimiento administrativo los que enmarcan la adecuada resolución del litigio, pues se acciona contra una Administración Pública por su responsabilidad patrimonial en unos hechos, se tramita un procedimiento administrativo para, finalmente, decidir si se dan los requisitos del artículo 106 de la Constitución Española y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de manera que solo cabe una doble determinación: existe o no existe una responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de un servicio público, sin posibilidad jurídica de afectar a terceros privados, sean compañías de seguros o contratistas del servicio público, pues el objeto de la acción tan solo puede afectar a una Administración Pública, sin perjuicio de su derecho a repetir en el contratista o compañía aseguradora en virtud de sus específicas relaciones particulares o a practicar la acción de regreso, en su caso. Si el presente litigio concierne a la responsabilidad patrimonial de la Consellería de Bienestar Social, es decir, a una petición ciudadana de indemnización por los daños sufridos como consecuencia del deficiente funcionamiento de un servicio público (residencia de la tercera edad) de titularidad autonómica, resulta incongruente y contrario a derecho derivar una responsabilidad patrimonial directa, atribuida por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 106.2 de la Constitución Española, al adjudicatario de un contrato administrativo, desplazando indebidamente la relación jurídica ciudadano-Administración autonómica a ciudadano-contratista, en clara vulneración de las normas referidas. En consecuencia, si la Resolución de 30-3-2000 de la Consellería de Bienestar Social reconoce la existencia de una conducta negligente en la gestión de un servicio público, si reconoce la existencia de unos daños antijurídicos y económicamente resarcibles, si acepta que existe un nexo causal entre los daños y el funcionamiento anormal de un servicio público, tan solo procede declarar la responsabilidad de dicha Administración y su consiguiente obligación de indemnizar a los perjudicados, en la cuantía y forma aceptada en la resolución impugnada. Por ello, deberá anularse la Resolución de 30-3-2000 de la Consellería de Bienestar Social, en la medida que deriva incorrectamente a un tercero su responsabilidad indemnizatoria, debiendo mantener la existencia de responsabilidad patrimonial pero atribuible a esa Administración autonómica, que será quien resulte obligada a indemnizar a los familiares en la cuantía reseñada en el acto cuestionado. En tal sentido deberá estimarse el recurso contencioso-administrativo formulado por Espigol Cooperativa Valenciana» (38).

lugar, relación de causalidad entre el primero y el segundo de los requisitos enunciados, sin que exista fuerza mayor».

(38) En cuanto al daño moral alegado por los familiares, es expresamente rechazado con cierta censura por la pasividad evidenciada en su falta de actividad y protección. Dice literalmente: «Por el contrario, deberá desestimarse íntegramente el recurso interpuesto por los familiares del desaparecido por no ser compatible su propia conducta con la pretensión

7. RECLAMACIÓN PATRIMONIAL DE UNA RESIDENCIA PRIVADA POR LA DEFICIENTE PRESTACIÓN SANITARIA PÚBLICA DEL CENTRO DE SALUD DE LA LOCALIDAD DONDE TIENE SU SEDE EL GERIÁTRICO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006

En este caso, la demandante de la reclamación es la gerente de una residencia privada en virtud del trato dispensado por un médico del servicio público sanitario de la localidad donde tenía su sede el centro residencial. Sus términos son: «El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la entidad recurrente, titular del centro denominado Malvarrosa, cuya tipología es Residencia de Tercera Edad mixta, contra la desestimación presunta de la reclamación de daños y perjuicios que, en concepto de responsabilidad patrimonial, formuló ante el Instituto Nacional de la Salud el día 16 de noviembre de 2001, por la inadecuada actitud y negligente gestión de la coordinadora del Centro de Salud Pozuelo-Estación, abuso de autoridad en el desempeño de su cargo y discriminación en el acceso a los servicios sanitarios para con la citada residencia».

«Pues bien, tomando en consideración la prueba practicada en el procedimiento, se ha de concluir que resulta plenamente *acreditado el deficiente funcionamiento de la Administración sanitaria* que concurre en el caso en el caso de autos, hasta el punto de que la propia Administración demandada se centra exclusivamente en su contestación a la demanda en la falta del requisito del daño efectivo; *funcionamiento anormal* que pone de relieve, como se ha dicho, la total documental obrante en el expediente administrativo, al resultar acreditado que, no obstante la queja formulada por la administradora de la Residencia Malvarrosa, y la consiguiente nueva asignación de médico a los tres residentes señalados en la demanda, sin embargo, estos no fueron atendidos por el facultativo así asignado al insistir la coordinadora del Centro de Salud Pozuelo-Estación en su adscripción a la misma, constando, además, la colocación en la zona de atención al público del Centro de Salud de Pozuelo de Alarcón de una hoja de papel en el que con letra impresa se podía leer: RESIDENCIAS – (MENOS RESIDENCIA MALVARROSA) = MÉDICOS DE MAÑANA, y debajo la relación de médicos asignados. Y, en este sentido, los propios informes evacuados por los Inspectores Médicos ponen claramente de manifiesto la descoordinación en la asignación de facultativo a los tres pacientes que concurrió en caso de litis, sin que las alegaciones formuladas por la coordinadora del Centro de Salud expliquen los puntos de la reclamación, señalando el Médico Inspector, don Jesús Ángel, su informe, y entre otros extremos, que se estima deficiente la gestión de la doctora Susana en relación con la asignación de pacientes de la Residencia Tercera Edad Malvarrosa y de la colocación de un cartel en la pared del Centro de Salud de Pozuelo en relación a dicha residencia por prestarse, como mínimo, a una interpretación de abuso de autoridad y discriminación y que todo ello ha podido empañar el buen trabajo y la imagen del Sistema Nacional de Salud ocasionando los posibles daños y perjuicios reclamados por doña Valentina (...) Se concluye este informe estimando que

de un aumento de la *indemnización por daño moral*, toda vez que en ningún momento se interesarón por el internamiento o incapacidad judicial del enfermo o por las medidas adecuadas a su situación mental, limitándose a tramitar su ingreso en un lugar abierto y propio de la tercera edad, no un psiquiátrico, sin que la casi inevitable fuga y posterior desaparición de don Héctor genere más daño a su familia que el económicamente reconocido por la Administración autonómica, que se considera adecuadamente ponderada, que deberá mantenerse por la doctrina de los actos propios de la Administración».

la reclamación formulada por doña Valentina adjunta documentación fehaciente suficiente para considerarla procedente en sus dos partes: la de quejas y la de reclamación por posibles daños y perjuicios ocasionados».

8. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 25 DE JUNIO Y DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: DAÑOS ACAECIDOS EN EL PROPIO CENTRO O EN DESPLAZAMIENTOS O TRAYECTOS Y RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE CENTROS PÚBLICOS GESTIONADOS POR ENTIDADES NO LUCRATIVAS

En la primera de ellas «se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Bárbara en demanda de responsabilidad patrimonial por las lesiones y perjuicios sufridos derivados de la caída de su hija doña Eva en un centro ocupacional de día al que fue confiada por la residencia de discapacitados psíquicos de Vila-Real donde permanecía ingresada y el retraso en la debida asistencia médica y, reconocida que ha sido la dicha responsabilidad patrimonial por la Administración de la Generalidad Valenciana demandada por resolución expresa, fijar la indemnización».

De modo que habrán de ser reparados los daños acaecidos en la sede del centro o en el trayecto autorizado para la realización de alguna actividad o, incluso, los sobrevenidos a consecuencia de una fuga del centro sin autorización.

En el segundo caso y pese a no tener acceso al texto íntegro de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por lo que transcribimos los datos proporcionados por los medios. En esta resolución se condena a la Consejería de Bienestar Social al pago de 44.418 euros a los herederos de una anciana que murió al caer por un precipicio cercano a la residencia en la que estaba ingresada, La Bartola, de Benicàssim, cuya titularidad corresponde a la Generalitat y era gestionada por la Cruz Roja.

Destaca, adicionalmente que el ejercicio de las acciones correspondientes fueron interpuestas por la Unión de Consumidores de Castellón en representación de una asociada después de que en febrero de 2005 la madre de la reclamante muriera en la residencia de estancia temporal de Benicàssim donde fue dejada absolutamente sola, sin vigilancia y sin adoptar medida precautoria, en un lugar peligroso. En la citada fecha se produjo una salida de la mujer al exterior «ni autorizada ni controlada», a resultas de la cual la mujer, que padecía Alzheimer, «cayó por un barranco y falleció». La mujer había sido ingresada «por su propia seguridad ante su desorientación, tanto temporal como espacial, demencia senil, trastornos de conducta, vértigos, episodios de agitación, ideas de fuga y ausencia de percepción del peligro, según reconoció la propia dirección del centro».

Previa a la demanda, los servicios jurídicos de la Unión de Consumidores de Castellón interpusieron una reclamación ante la Consejería de Bienestar Social, que esta última no resolvió. A continuación se interpusieron acciones judiciales ante las que la Consejería se exoneró «de toda responsabilidad, alegando que la gestión de la residencia estaba encomendada a la Cruz Roja», según el comunicado de la UCE.

Sin embargo, la sentencia dictada acaba condenando a la Administración por cuanto «ante una reclamación de la naturaleza que aquí se examina, debió en vía administrativa determinar la previa responsabilidad del contratista o gestor... indicándolo expresamente así, para que los afectados por esa indica-

ción pudieran hacer lo que tuvieran por conveniente en defensa y ejercicio de sus derechos. No lo hizo así, y es más, incumpliendo su obligación de resolver, guardó el más absoluto silencio frente a la reclamación, y obligó a la actora a plantear una acción de responsabilidad ordinaria contra la Administración... sin que pueda ahora la Administración vía contestación, y de manera absolutamente intempestiva, pretender exonerarse de su responsabilidad, difiriéndola al gestor impropio o concesionario, ya que a estas alturas, no sabemos lo que es, pues dicha relación jurídica ni siquiera se preocupa la Administración de definirla o determinarla... a la luz de estos principios, la responsabilidad de la Administración es evidente, porque se dan todos los supuestos para exigirla, y en el caso de autos concurren, por anormal funcionamiento del servicio, ya que se deja absolutamente sola, sin ningún tipo de vigilancia, y sin adoptar ninguna medida precautoria, en un lugar peligroso, a una persona que padece una enfermedad mental, de manera que esta se escapa de la residencia, y cae por un terraplén, desguarnecido de toda defensa, produciéndose a resultas de ello su muerte».

En consecuencia, se condena a la Consejería de Bienestar Social al pago de una indemnización por importe de 44.418 euros, más intereses y las costas del procedimiento.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. EL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL Y VIS ATRACTIVA DEL ORDEN CONTENCIOSO VERSUS VIS RESIDUAL DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Dado el régimen de concesión de los prestadores privados, a diferencia, por ejemplo, del ámbito educativo cuyo responsable, según pacífica doctrina, será el titular del Centro, en nuestra materia nada impide que sean interpuestas pasivamente acciones tanto contra la Administración cuanto al concesionario, evitando con ello la jurisdicción y ordenamiento privados.

Y lo anterior será, pese a la redacción del actual artículo 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (39), y su inmediato antecesor, el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público (40), coincidentes a su vez, con el antiguo artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas.

(39) Transcrito *ut supra*.

(40) Artículo 198. Indemnización de daños y perjuicios. 1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

En definitiva, las sucesivas reformas procesales imputan, en exclusiva, al orden contencioso-administrativo cualesquiera cuestiones en que intervenga una Administración, poniendo término al peregrinaje de jurisdicciones.

En este sentido, el Auto de 1 de julio de 2008, dictado por la Sala especial de conflictos de competencia del Tribunal Supremo, declara que «de la regulación expuesta, se deduce el intento del legislador de no dejar resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que *atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración) como las dirigidas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables*, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados».

Sigue después aclarando que «en este caso, tanto la demanda formulada inicialmente ante la jurisdicción civil como el recurso promovido en vía contencioso-administrativa se dirigen contra la sociedad anónima Empresa Provincial del Agua de Córdoba. Pues bien, la entidad concesionaria del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable y saneamiento de Córdoba y de otros municipios cordobeses, es como se ha indicado, una sociedad anónima, que aún cuando esté participada por capital público, se rige por el Derecho Privado, sin ejercer potestades administrativas (...). Ante el hecho de que no exista imputación de daño a alguna Administración Pública y que las pretensiones estén dirigidas contra sujetos privados —en este caso una sociedad anónima, aún cuando sea concesionario de un servicio público— ha de entenderse competentes a los Tribunales y Juzgados del Orden Jurisdiccional, que, según lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, son los que conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

Idénticas cuestiones se reproducirán, caso de que la prestación del servicio público sea dispensada por entidad local, recurriendo a alguna de las coberturas previstas en derecho como pueda ser la concesión. En este punto, téngase presente que, como hemos señalado, la mejor doctrina ha destacado la obligación del concesionario de indemnizar a terceros por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio.

Sin embargo, la evidencia aplicable, tanto a los preceptos correspondientes sobre la imputabilidad del daño cuanto a la vía civil competente, se fuese demandado en exclusiva el concesionario, deja sin despejar ciertos aspectos controvertidos. Es el supuesto de la pretensión resarcitoria ejercida, subsidiaria o directamente (41), contra la Administración titular del servicio público a la que, en principio, se da respuesta negativa, advirtiéndose por la mejor doctrina que únicamente será viable si concurre la insolvencia del gestor del servicio (42).

En este punto, téngase en cuenta que la Ley 30/1992 no contempla ninguna previsión sobre los concesionarios y contratistas de las Administraciones Públicas,

(41) Téngase presente el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local: «las entidades locales responderán directamente a los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

(42) Vid., MESTRE DELGADO, «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en *Tratado de Derecho Municipal*. MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, pág. 1488 y sigs.

y que, por otra parte, la redacción del artículo 198 de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (43), coincidía, en buena parte con sus inmediatos antecesores, tanto el artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, como en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, salvo en la omisión del término «civil» del punto tercero que declaraba: «Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción [civil]» (44).

Por su parte, de forma simétrica, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 214, especifica sobre este punto, en sede de *Indemnización de daños y perjuicios*, que: «3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción».

En buena lógica, interpuesto este requerimiento, se interrumpe el plazo de prescripción que se reanudará una vez evacuada por el órgano de contratación la resolución que corresponda, quedando entonces expedita la vía civil, caso de que solo se ejerçiten acciones contra el contratista o bien, en función del sentido del pronunciamiento, la contencioso-administrativa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada en las notas:

- ALONSO PÉREZ, MARTÍNEZ GALLEGOS y REGUERO CELADA (coords.): *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, 2004.
- ANAUT BRAVO y OSLÉ GUERENDIAIN: *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para las personas mayores*, Pamplona, 2006.
- CALVO SAN JOSÉ: «La protección jurídica de la tercera edad: análisis de las instituciones tutelares como sistemas de guarda del anciano y de sus bienes», en *Aranzadi*, 12, 2005.

(43) La Disposición Derogatoria única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, concreta en su derogación normativa: «Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente Ley y, en particular, las siguientes: 1. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 2. El Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. 3. La Disposición Adicional séptima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del contrato de Concesión de Obras Públicas. 4. El artículo 16 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. 5. Los artículos 37 y 38 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible».

(44) Vid., MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, pág. 840 y sigs.

- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informes, estudios y documentos. Residencias públicas y privadas de la tercera edad*, Madrid, 1990.
- DÍAZ ALABART y ASÚA GONZÁLEZ: *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, 2000.
- HERAS HERNÁNDEZ: «La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *AC*, 20, 2006.
- GARCÍA CANTERO: «Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas», en *Revista Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, 7, 1999, págs. 45 a 58.
- GARCÍA VALVERDE y MALDONADO MOLINA: «La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución europea», en *RMTAS*, 57, págs. 455 a 469.
- BALLETÓ I PUIG y VILLAGRASA ALCAIDE: *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores*, Barcelona, 2003.
- LASARTE ÁLVAREZ (dir.): *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007.
- *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2007, 3.^a ed.
- LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (dirs.): *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, editorial Colex, Madrid, 2010.
- LOPEZ PELÁEZ: «Responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento», en *RCDI*, 716, 2009, págs. 2911 a 2947.
- MARTÍN REBOLLO: «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, págs. 840 y sigs.
- MESTRE DELGADO: «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO (dir.), Madrid, 2003, págs. 1488 y sigs.
- NÚÑEZ MUÑÍZ: «Los pisos tutelados como alternativa de alojamiento a los establecimientos residenciales de personas mayores: cuestiones sobre su régimen y naturaleza jurídica», en *RCDI*, 721, 2010, págs. 2175 a 2220.
- PLAZA PENADÉS: «La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 562, 2002.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (coord.): *Residencias y otros alojamientos para personas mayores*, Madrid, 2007.
- SALAS CARCELLER: «La protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios médico-sanitarios. Comentario sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2007», en *RJ* 1/2008.
- TOMILLO URBINA y ÁLVAREZ RUBIO (dirs.): *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, Madrid, 2011.
- VILLAR ROJAS: «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», en *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, págs. 141 a 188.
- XIOL RÍOS: «La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente», en *Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, Madrid, 2008.
- YÁÑEZ VIVERO: *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Pamplona, 2009.
- ZURITA MARTÍN (coord.): *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, 2008.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala 3.^a), de 15 de junio de 2011.
STS (Sala 3.^a), de 26 de septiembre de 2008.
STS (Sala 3.^a), de 8 de julio de 2008.
STS (Sala 3.^a), de 17 de enero de 2006.
ATS (Sala especial de conflictos de competencia), de 1 de julio de 2008.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de septiembre de 2001.
Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 de abril de 2011.
Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de marzo de 2001.
Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de junio de 2010.
Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25 de junio de 2008.
Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de septiembre de 2008.
Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de junio de 2003.
Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de septiembre de 2008.
Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de noviembre de 2006.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Álava, de 4 de marzo de 2002.

RESUMEN

**GERIÁTRICOS Y RESIDENCIAS
DE PERSONAS MAYORES
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS**

Las pretensiones resarcitorias de daños y perjuicios acaecidos en una residencia de personas mayores de titularidad privada, habrán de ser ejercitadas ante la jurisdicción civil, alegando los principios aplicables en este orden y teniendo presente su configuración subjetiva. De conformidad al artículo 1903 del Código Civil, soportará la legi-

ABSTRACT

**GERIATRIC CLINICS AND HOMES
FOR THE ELDERLY
PERSONAL LIABILITY OF
GOVERNMENT**

Claims for compensation for damages incurred in a privately owned home for the elderly must be filed in the civil jurisdiction. There the claimant must state the principles applicable to the case in the civil jurisdiction, taking account of its subjective configuration. Under section 1,903 of the Civil Code, the entity listed as the owner of the centre or alternative housing facility will be the

timación pasiva la entidad que aparezca como titular del centro o alojamiento alternativo, sea esta una persona física o jurídica y esté presente, o no, ánimo lucrativo. Distinto será el régimen aplicable a la responsabilidad patrimonial si la prestación está suministrada por entidad pública, por cuanto se ventilará mediante el ordenamiento administrativo y, en su caso, en vía judicial contencioso-administrativa, sin determinación de la naturaleza contractual o extracontractual de la relación de fondo. Pese a lo anterior, si el evento dañoso ha ocurrido en el seno de una entidad contratista y titular de alguna de las modalidades de gestión del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, habremos de detenernos en la responsabilidad objetiva del contratista. En este sentido resultará preceptivo el análisis de las distintas y contradictorias líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la competencia y sujeto que habrá de asumir el deber indemnizatorio. Caso de que el evento dañoso sea imputable a una entidad, contratista y titular de alguna modalidad de gestión, por ejemplo un centro de carácter concertado, tendremos que advertir que la vía jurisdiccional podrá ser tanto la civil como la contencioso-administrativa.

defendant, whether that entity is an individual or a legal person, and whether the facility is run on a for-profit or a not-for-profit basis. The procedure applicable to personal liability is different if the service is provided by a public entity; the complaint will then be aired under administrative rules and, if it comes to judicial action, it will be heard in an administrative law court, and the contractual or extra-contractual nature of the underlying relationship will not be examined. Even so, if the injurious event occurred on the premises of a contractor under one of the management schemes addressed in Royal Legislative Decree 3/2011 of 14 November approving the revised Public Sector Contract Act, there is the issue of the contractor's objective liability. Legal thought and case law espouse a wide variety of contradictory lines concerning competence and the person that must shoulder the duty to pay damages. When the injurious event can be attributed to a contractor under a management scheme for, for example, a publicly supported private centre, action may be taken under both civil and administrative law.