

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad por el fallecimiento de personas dependientes

Civil liability of seniors residential care centres for the decease of dependent persons

por

ESTHER MONTERROSO CASADO

*Profesora titular de Derecho civil
Universidad a Distancia de Madrid*

RESUMEN: En este artículo se realiza un análisis de cómo se delimita la imputación de responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad cuando se produce el fallecimiento de una persona dependiente derivado de la actuación u omisión de su personal o de la propia organización del centro. Para ello, se parte de la diferenciación existente en la regulación legal del régimen de responsabilidad en los centros privados y públicos. A continuación, se analizan los criterios de imputación de la responsabilidad de las residencias privadas recogidos en la STS de 11 de marzo de 2020, conforme a la omisión de la diligencia debida y la desatención de los deberes de cuidado, la vulneración de la normativa de consumidores y usuarios, y la pérdida de oportunidad. El estudio finaliza con el estado actual de la cuestión durante la Covid en 2020.

ABSTRACT: *This article analyzes how has been delimiting the imputation of civil responsibility of the residences when there is a decease of a dependent person derived from the action or omission of its personnel or of the center's organization. For this, it starts from the existing differentiations in the legal regulation of the liability system in private and public centers. Next, the criteria for imputation of the responsibility of the residence are analyzed in the STS of March 11, 2020 in accordance with the omission of due diligence and inattention of the duties of care, the infringement of the regulations of consumers and users, and the loss of opportunity. The study ends with the current state of affairs during the Covid in 2020.*

PALABRAS CLAVE: Residencias. Negligencia y deber de diligencia. Responsabilidad civil. Consumidores y usuarios. Pérdida de oportunidad.

KEY WORDS: *Residential care centres. Malpractice and duty of diligence. Civil liability. Consumers and users. Loss of opportunity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD: 1. LA RESPONSABILIDAD POR FA-

LLECIMIENTO EN LAS RESIDENCIAS PRIVADAS. 2. LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO EN RESIDENCIAS PÚBLICAS.—III. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO CONFORME A LA STS DE 11 DE MARZO DE 2020: 1. LA OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA Y LA DESATENCIÓN DE LOS DEBERES DE CUIDADO. 2. LA VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. 3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.—IV. EL FALLECIMIENTO DE MAYORES EN RESIDENCIAS DURANTE LA COVID EN 2020.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, como consecuencia de un constatado aumento del envejecimiento de la población española, existen más de trescientas mil personas mayores de 65 años de edad en residencias de la tercera edad, con una mayor presencia de los grupos de edad muy avanzada¹, que sufren un deterioro físico o mental, y por lo tanto un mayor riesgo en su salud, precisando de una atención y cuidados especializados. Durante las próximas décadas, el envejecimiento que experimentará la población española conllevará un incremento de la demanda de estos servicios.

La diligencia en la atención prestada constituye el motivo principal por el que las familias entablan una reclamación y, en su caso, una demanda debido a que el nivel de diligencia exigido, cuando se está abonando unos importantes costes por este servicio, incrementa la exigencia de cuidado de sus seres queridos. Y es que el infortunio de que una persona mayor sufra un accidente y fallezca no se percibe del mismo modo cuando vive en su domicilio de manera independiente o en el de otros miembros de la familia que cuando se abona una cuota a un centro residencial por su supervisión y cuidado. Máxime cuando, en muchos casos, dichas personas mayores dependientes, receptores de estos servicios, pueden tener su capacidad de obrar y su autonomía restringida.

Si analizamos las resoluciones de los tribunales, las demandas a residencias son relativamente poco comunes, pero van en aumento debido al incremento de ese nivel de diligencia y al mayor número de accidentes, consecuencia correlativa al cada vez mayor número de sujetos que viven en estas instalaciones. En el 2020, la COVID-19 ha puesto de manifiesto las deficiencias en la supervisión de las residencias de ancianos por parte de la administración y cómo la aplicación efectiva de la regulaciones sanitarias y asistenciales han resultado, en muchos casos, ineficaces, poniendo en evidencia a numerosas residencias al detectarse graves errores en la atención y el cuidado. Cabe resaltar, además, que estos déficit afectan de manera significativa a las mujeres que son las usuarias en mayor medida de estos centros (aproximadamente el 70 % de los residentes son mujeres², debido al porcentaje de mortalidad más tardía respecto a los hombres).

De este modo, podemos observar que el análisis de la negligencia en la atención asistencial y sanitaria constituye una temática relevante de necesario objeto de estudio. Las cuestiones actuales con las que se están enfrentando las residencias de la tercera edad obligan a evaluar la diligencia exigible al personal que desarrolla su actividad en ellas, los recursos disponibles, la generación de riesgos y la imputación de la responsabilidad a los distintos actores involucrados en estos servicios. Este artículo abordará la responsabilidad civil en los litigios de estas residencias de mayores con el objetivo de ayudar a esclarecer los criterios de imputación.

II. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD

Los centros residenciales son «establecimientos destinados al alojamiento temporal o permanente, con servicios y programas de intervención adecuados a las necesidades de las personas objeto de atención, dirigida a la consecución de una mejor calidad de vida y a la promoción de su autonomía personal»³. Estos centros pueden ser de titularidad pública o privada, y realizan su actividad asistencial a través de un número de actores: directivos, médicos, personal de enfermería, gerocultores, trabajadores social, personal cuidador, personal auxiliar o personal de atención indirecta (personal de limpieza, cocina, lavandería, administración y mantenimiento), entre otros. Por ese motivo, debemos analizar el régimen de responsabilidad aplicable a las residencias de personas mayores y la responsabilidad generada por hecho ajeno. Para ello, es importante distinguir, en primer lugar, si nos encontramos ante una residencia pública o privada.

1. LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO EN LAS RESIDENCIAS PRIVADAS

La estancia en un centro residencial se regula por un contrato de prestación de servicios. Mediante cláusulas contractuales se suele determinar el contenido de la prestación y de los servicios de residencia, con el alcance y delimitaciones de su cumplimiento, que incluso puede variar en función de las circunstancias personales del residente⁴. Por lo tanto, a las residencias privadas les resulta de aplicación el contrato suscrito entre el centro y el residente o sus familiares, generando responsabilidad contractual cuando el daño se produce a través del mismo (STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2009). La acción de responsabilidad contractual, derivada de la vulneración del artículo 1101 del Código civil, procede si la inobservancia e incumplimiento se deriva de la falta de realización del servicio contratado o la deficiente e incompleta ejecución de la prestación pactada en las condiciones previstas, y sujetas a las reglas de temporalidad, identidad e integridad.

Ese incumplimiento contractual generalmente se enmarca en el ámbito del arrendamiento de servicios. No obstante, nos encontramos ante un contrato complejo, pues comprende multitud de prestaciones, no solo el alojamiento y la alimentación, sino que también se suelen incluir la atención médica y sanitaria, o la realización de actividades recreativas y culturales.

En el supuesto de que el daño sea debido a una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato, desplegará sus efectos propios la responsabilidad aquiliana, pero en todo caso ambas no resultan incompatibles, resultando de aplicación el artículo 1902 del Código civil, que establece la imputabilidad jurídica del hecho dañoso causado por culpa o negligencia. Por otro lado, hay que tener en cuenta que también podría surgir una responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, consagrada en el artículo 1903, en su párrafo cuarto, por los daños causados por sus dependientes en la función o servicio en el que están empleados, que cesará cuando emplearon toda la diligencia de un «buen padre de familia» (una buena empresa residencial) para prevenir el daño. En tal caso, se impone el peso de la prueba de dicha negligencia al demandante, que deberá probar la culpa propia del titular de la residencia o la ajena del empleado causante del daño. Y, en consecuencia, quedará exonerado de responsabilidad si prueba que utilizó la diligencia de una «buena empresa residencial»

para evitar el daño. No obstante, debe tenerse en cuenta la existencia de una tendencia objetivadora de esta responsabilidad empresarial, interpretada por los tribunales, aproximándola a una responsabilidad fundada más en el riesgo (STS, Sala Civil, de 18 de julio de 2005). Por otro lado, si el daño ha sido causado por un representante de la sociedad, entonces respondería la empresa por actos propios⁵. Téngase en cuenta que, además, de la responsabilidad de la empresa, también sería posible el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores societarios (arts. 236 y sigs. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) como consecuencia de actuaciones culposas o ilícitas, al tener encomendada la gestión y representación de una sociedad, participando directamente en la toma de sus decisiones.

2. LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO EN RESIDENCIAS PÚBLICAS

Los sujetos que acceden a las residencias públicas o concertadas no suelen hacerlo mediante un contrato, sino mediante una solicitud de valoración de grado y nivel de dependencia, y se establece un plan individual de atención de la necesidad de un centro residencial⁶. No obstante, en el caso de formularse un contrato, debemos recordar que quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Por otro lado, es preciso advertir que el ingreso en la residencia se debe consentir por la persona que ha de ingresar. Si no tuviera capacidad para ello hará falta el consentimiento de su representante legal o guardador de hecho, y si no es posible el director deberá comunicar al juez el hecho del acogimiento. Ahora bien, cuando el internamiento se realiza por razón de trastorno psíquico de una persona que no se encuentre en condiciones de tomar esa decisión por sí misma, aunque esté sometida a la curatela, se requiere previamente autorización judicial, salvo que por razones de urgencia fuera precisa la inmediata adopción de la medida (art. 763 LEC)⁷.

Respecto a la normativa aplicable, además de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, existe una abundante normativa autonómica aplicable en la prestación de estos servicios⁸. En el caso de que se produzca un fallecimiento, u otro daño, como consecuencia del servicio prestado, al tratarse de un servicio público, resultaría de aplicación el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece los presupuestos para que surja una responsabilidad patrimonial, en los siguientes términos: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Por lo tanto, tendrá derecho al resarcimiento cuando sufran un daño, que no tienen el deber jurídico de soportar (por constituir un daño antijurídico), producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de este servicio público, y exista una relación de causalidad entre ambos y, por lo tanto, excepcionando los casos de fuerza mayor.

De este modo, cuando la titularidad de la residencia sea pública, nos encontramos ante una responsabilidad patrimonial de la Administración, y de sus autoridades y demás personal a su servicio, que será objetiva y directa, como señala nuestra jurisprudencia. A tal efecto, sirva de ejemplo, la Sentencia del

Tribunal Supremo, Sección 4.^a, de 22 septiembre de 2010, que establece que «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es una responsabilidad objetiva que deriva del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, en consecuencia, no son de aplicación para que la misma se declare los preceptos del Código civil que en los motivos se citan como infringidos, artículos 1902, 1903, 1101 y 41 de ese cuerpo legal». En virtud de lo expuesto, la Administración responde por los daños ocasionados en la gestión de esas residencias públicas⁹, sin que sea precisa una imputación de la culpa a su personal, siendo preciso probar la existencia de una causalidad material del daño y que no se deba a la existencia de fuerza mayor (que implicaría una ruptura del nexo causal). Y con una matización, que no suprime, pero sí gradúa, la objetividad, según la cual no se indemnizan los daños derivados de hechos que no pudieron preverse o evitarse en el momento de su producción, según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. Del mismo modo, tampoco se indemnizan los daños producidos a un particular que tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Esta antijuricidad exigida en el daño ocasionado por el funcionamiento del servicio es suficiente con que rebase «los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social» (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5.^a, de 23 de marzo de 2000). Esta cuestión, como veremos en el último epígrafe, ha originado un debate social tras los miles de fallecimientos por Covid en las residencias.

Además, resulta relevante el plazo de prescripción de la acción en función del régimen de responsabilidad en el que nos encontremos, que será de un año en la responsabilidad patrimonial (art. 67.1 de la LRACAP) y en la responsabilidad civil extracontractual (art. 1968 del CC), y de cinco años si se reclama a la residencia por incumplimiento contractual (art. 1964.2 del CC). En el caso de fallecimiento del residente, el *dies a quo* de este plazo se iniciará desde el fatal desenlace.

III. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO CONFORME A LA STS DE 11 DE MARZO DE 2020

La Sentencia del Tribunal Supremo, sentencia 171/2020, de 11 de marzo de 2020, Sala de lo Civil resuelve el recurso de casación 3296/2017, relativa al fallecimiento de una residente en una residencia geriátrica privada por la indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, realiza un análisis de los requisitos precisos para que se origine la responsabilidad en estos casos.

Se destacan como hechos relevantes para el enjuiciamiento del caso que la fallecida, de 77 años de edad y ceguera de un ojo y escasa agudeza visual del otro, ingresó en la residencia, que gestiona la entidad demandada Residencias Familiares para Mayores S.L., mediante un contrato en el que abarcaba el régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria. La residente falleció por infarto agudo de miocardio, cuando se encontraba sola en el jardín del centro, siendo vista una hora o dos antes por el personal, y localizada una hora después del desafortunado desenlace. Como consecuencia de estos hechos, su hija interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella, condenándose a la residencia al pago de una indemnización por el fallecimiento de su madre. El Juzgado tuvo en consideración la imposibilidad de la fallecida para desplazarse sin ayuda, por su falta de visión, y estimó que la falta de atención médica, por hallarse sola, impidió que se le pudiera salvar la vida.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, dictó Sentencia, en fecha 21 de junio de 2017, estimando el recurso formulado por la residencia, revocando la resolución y absolviendo a la misma. La Audiencia en su razonamiento entiende que no se acreditó relación causal entre esta situación y la causa de su muerte, debido a la ausencia de prueba de que el infarto lo fuera como consecuencia de una caída, falta de alimento, deshidratación, falta de asistencia sanitaria o bien que sobreviniera por encontrarse sola, sin que pudiera descartarse en absoluto que se produjera de forma espontánea debida a la edad y patologías propias de la misma, no pudiéndose afirmar que, si hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto, se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. En definitiva, se concluye el fallecimiento por causas naturales, sin que existiera prueba de que se debiera a una falta de atención o de cuidado, ni tampoco de la existencia de nexo causal entre la asistencia prestada y la causa del fallecimiento.

Dicha sentencia fue recurrida en casación por tres motivos: (1) de una parte, por infracción del artículo 1104 del Código civil y la jurisprudencia que lo desarrolla; (2) por otro lado, por la vulneración de los artículos 26 y 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicables a la fecha del siniestro (actuales artículos 147 y 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios); y (3), en último lugar, por infracción del artículo 1104 del Código civil en relación con la doctrina de la «pérdida de oportunidad». El Tribunal Supremo confirma la sentencia apelada y desestima el recurso de casación, si bien antes examina los presupuestos que pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil de las residencias, que analizaremos a continuación: la omisión de la diligencia debida y la desatención de los deberes de cuidado; la vulneración de la normativa de consumidores y usuarios; y la pérdida de oportunidad.

1. OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA Y LA DESATENCIÓN DE LOS DEBERES DE CUIDADO

En el caso enjuiciado por la STS, Sala Civil, de 11 de marzo de 2020, el primer análisis se fundamenta en la infracción del artículo 1104 del Código civil, en la existencia de culpa o negligencia y en la inaplicación de los parámetros jurisprudenciales de dicha responsabilidad. Bajo esta premisa, el Alto Tribunal entra a valorar la exigencia de culpa, así como la exigencia de la carga de la prueba, para actividades que no generan riesgo. El Tribunal Supremo recuerda el indiscutible retorno jurisprudencial, en virtud a lo establecido en los artículos 1902 y 1101 del Código civil, «a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual». De este modo, no acepta la consideración de la recurrente de que la responsabilidad civil camine hacia soluciones que prescindan, en mayor o menor grado, del componente subjetivo de la culpa, ante la exigencia social de dar satisfacción a la víctima, acercándose así al establecimiento de una responsabilidad cuasi-objetiva, que se aparta de los condicionantes de una responsabilidad civil subjetivista con exigencia de una probanza clara y directa de un nexo de causalidad entre la actuación u omisión del agente y la producción del daño. En este sentido, recuerda la doctrina jurisprudencial de la exigencia de culpa bajo tres premisas: (1) La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley. (2) El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba

y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa. (3) Para el resto de actividades, en aplicación del artículo 217 LEC, es al perjudicado que reclame a quien compete la carga de la demostración de la culpa del demandado.

A tal efecto, cita como paradigmática la STS de 18 de marzo de 2016, cuya doctrina es reiterada por las SSTS de 17 de diciembre y de 18 de diciembre de 2019, en la que se señala que: «Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 Código civil, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa —demostración de que “faltaba algo por prevenir”—, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 del Código civil».

Por lo tanto, se insiste en que nuestra jurisprudencia descarta las soluciones objetivistas para supuestos no previstos expresamente en la ley, que erijan el riesgo como fundamento de la responsabilidad y que generalicen la inversión de la carga de la prueba. Dichos criterios se recogen también en la STS de 5 de abril de 2010, cuya doctrina se plasma en otras más recientes como la STS de 24 de mayo de 2018 y STS de 17 de diciembre de 2019, entre otras, en la que se indica que: «La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 del Código civil (SSTS de 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 de marzo de 2006)».

A continuación, el Alto Tribunal entra a valorar si la actividad de una residencia de mayores es constitutiva de un riesgo que requiera de dicha interpretación jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba, concluyendo que «la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, sin que ello signifique, claro está, el cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de tales servicios». Y, en este sentido, considera que dentro de esta diligencia «no se puede comprender la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día, cuando no se encuentran en una situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado».

Considera el Supremo que no resultaría de aplicación en este caso la resolución contenida la STS de 23 de febrero de 2006, al no existir identidad de razón (al no sufrir la residente ninguna enfermedad psíquica que exigiera de un especial deber de vigilancia y de riesgo) ya que, en esa resolución, se trataba de un residente con Alzheimer, al que no se le prestó una vigilancia adecuada a su estado psíquico, que causó que deambulara hasta la planta alta y se arrojara por una ventana. En dicho caso sí que se consideró que existiera negligencia de la residencia debido a que: «La obligación de guarda y asistencia de las personas

internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquellas imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en qué lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico. No se trataba de que una persona estuviese continuamente al lado del interno, sino de que se tuviese conocimiento, en cada momento, de donde se encontraba, de ahí que desde su habitación fuese conducido a la sala común sita en la planta baja, en la que, reconoce la propia demandada, se encontraba personal del centro vigilando a los internos que allí estaban».

En el caso enjuiciado, el hecho de que la residente, una persona de la tercera edad, sin apenas visión, se encontrara sin supervisión en el jardín, puede llevar a pensar en una falta de atención y cuidado. Tal aspecto fue puesto de relieve por el Tribunal de Primera Instancia, que partió de la base de la imposibilidad de la residente para desplazarse sin ayuda, debido a la ceguera total del ojo izquierdo y a la escasa visión del ojo de derecho, y que la falta de atención médica, al encontrarse sola, impidió que se le pudiera salvar la vida. Ahora bien, es preciso distinguir esa falta de diligencia con el hecho de que la misma pudiera relacionarse causalmente con el fatal acontecimiento. Y es en este punto, y no tanto en el anterior, donde la resolución de nuestro Alto Tribunal parece más certera al no haber quedado probado que el fallecimiento se debiera a otra causa que no fuera la muerte natural y no accidental, ni que el jardín constituyera un lugar de riesgo (cuestión distinta, obviamente, es si el fatal desenlace hubiera estado vinculado a una caída o un golpe) ni que tuviera patologías cardiovasculares previas. Por lo tanto, considero que el hecho relevante hubiera sido determinar si el resultado dañoso, es decir, el fallecimiento, se hubiera producido igualmente si hubiera existido supervisión (control visual) por parte de los empleados.

El Supremo desestima este motivo del recurso al entender que, mediando una relación contractual, no existió culpa ni infracción del artículo 1104 en relación el artículo 1101, es decir, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de una relación contractual (SSTS de 16 de noviembre de 2016, de 31 de enero de 2019 y de 28 de mayo de 2019). En virtud de lo expuesto, recoge en su razonamiento la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 8 de mayo de 2008, que señala que: «Esta Sala ha declarado reiteradamente que la reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del artículo 1101 viene condicionada a una doble contingencia: la demostración de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es una cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio (por todas, STS de 29 de septiembre de 1994)».

El Alto Tribunal resuelve esta cuestión sobre la base de la inexistencia de culpa como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual como contractual (por el incumplimiento o cumplimiento negligente), pero sin entrar a delimitar los supuestos en los que se origina una u otra. A tal efecto, sería preciso señalar que surgirá la responsabilidad contractual cuando «la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial» (STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991). Precisamente, el hecho de que se abone una cuota por una plaza en la residencia posibilita la acción de responsabilidad contractual por los daños derivados precisamente del incumplimiento de dicho contrato, en el que puede incluirse la vigilancia, la seguridad o la falta de asistencia sanitaria debido a la obligación de custodiar y cuidar a los residentes para evitar que sufran daños, máxime

cuando se trata de personas mayores dependientes en la mayoría de los casos. De este modo, cabe entender que estas obligaciones son accesorias y el deber de seguridad se extiende a la propia prestación residencial, lo que llevaría a entender que el deber de diligencia se incrementa aún más cuando nos encontramos con personas que sufren un trastorno o deterioro físico o mental. En este sentido, la SAP de León, Sección 3.ª, de 18 de abril de 2008 establece la responsabilidad de la residencia por incumplimiento del deber de vigilancia de un anciano, bajo modalidad de persona asistida, que fallece tras escaparse de la residencia ante la ausencia de medidas de seguridad. Del mismo modo, la SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 1 de febrero de 2012 imputa la responsabilidad a la residencia por falta de supervisión de las normas del centro, al causar una colilla mal apagada en una habitación que ocasionó el fallecimiento del compañero de habitación del fumador¹⁰. También la SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 18 de septiembre de 2013 condena al centro por culpa *in vigilando, in omittendo o in eligendo*, si bien se trataba de una paciente mental ingresada en un centro médico que, tras la decisión de retirada de medidas de contención mecánica y aprovechando la falta de vigilancia, se fuga y se arroja desde un tejado, sufriendo lesiones de especial gravedad. Los tribunales, en algunos casos, han considerado que existía una concurrencia de culpas junto a la del residente, como en el caso enjuiciado por la SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 3 de octubre de 2002 por el fallecimiento de la víctima alojado en una residencia de la tercera edad que, en pleno uso de sus facultades mentales, se introduce en el edificio en obras anexo, estableciendo una responsabilidad compartida en un 50% con la residencia, en este caso por no velar porque la valla de separación estuviera debidamente colocada.

Además de esa responsabilidad, los tribunales, en ocasiones, también han apreciado la existencia de una responsabilidad por culpa extracontractual de los directores de la residencia, al habérseles reclamado responsabilidad de conformidad con el artículo 1902 del Código civil, al considerar su actuación negligente. Resulta ilustrativa la SAP de Madrid, Sección 9.ª, de 19 septiembre de 2012, que establece la responsabilidad extracontractual de la titular de la residencia y también de la directora, aplicando los artículos 1902 y 1903 del Código civil, en el accidente de la anciana que, tras salir de la residencia es arrollada por el tren, aprovechando que la puerta se encontraba sin el candado que impedía abrirla. La Audiencia estima probado que el personal conocía el estado psíquico y físico real de la anciana (aunque no se encontrara incapacitada ni constaran en el contrato de ingreso mayores limitaciones físicas o psíquicas) y de los peligros de su eventual salida, por lo que «el descuido de dejar la puerta sin candado y con posibilidad de ser abierta por cualquiera, así como el fallo en la vigilancia se erigen como causas eficientes del posterior accidente ferroviario y de su letal resultado». En este caso, también se hubiera podido reclamar una responsabilidad contractual, en la línea de lo anteriormente argumentado.

2. LA VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

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

Antes de entrar en su análisis, hay que tener en cuenta que la posible consideración de las residencias como centros sanitarios permite la aplicación de esta

normativa, y, por lo tanto, la posibilidad de aplicar el capítulo tercero relativo a la protección de la salud y seguridad, así como el libro tercero sobre responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos a los supuestos de responsabilidad médica y sanitaria. Ello tiene incidencia en relación a las exigencias de la información previa suministrada, la interpretación de las cláusulas del contrato o en la imputación de la responsabilidad del prestador del servicio por los daños causados. Además, un aspecto, sin duda, relevante es el de la carga de la prueba, siendo la prestataria la que deba acreditar el cumplimiento del cuidado y de la diligencia exigida conforme a la naturaleza del servicio.

No deberíamos poner en duda la condición de consumidor de la persona que concierta contrato con la residencia (sea esta pública o privada) en la que se incluye también la atención sanitaria¹¹. La razón estriba en que el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios en su Anexo II, en su definición de centro sanitario, en el apartado C.3, comprende: «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,...)». No obstante, es importante tener clara la distinción entre la protección de los consumidores y usuarios en los servicios médicos sanitarios, que exige una adecuada organización de los mismos, y la responsabilidad civil extracontractual del profesional (gerocultores, médicos, enfermeros, auxiliares), que se establece en virtud de la *lex artis* conforme a la responsabilidad general del Código civil. En este sentido, tal y como establece la STS de 3 de julio de 2013, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios.

El Alto Tribunal no cuestiona la posibilidad de la aplicación de tales preceptos, pero pone de manifiesto que requiere constatar la existencia de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado producido. Y es en este ámbito donde marca una diferencia respecto a que la atención que se dispensaba a la residente no era la propia de un centro hospitalario, en el tratamiento de un proceso patológico que requiriese asistencia médica y en la que se hubiera producido un déficit funcional u organizativo, generador de un daño en el patrimonio biológico del paciente (como sucede en las SSTS de 1 de julio de 1997, 5 de enero de 2007 y 24 de mayo de 2012 invocadas en el recurso). Además, aclara que no es suficiente la existencia de daño, sino que es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y ese resultado, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios «con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario». Y para fundamentar su pronunciamiento, trae a colación las SSTS de 6 de febrero de 2009, que precisamente desestima el recurso de casación fundado en la LGDCU, toda vez que no se había «acreditado el nexo causal efectivo entre el daño y una concreta actividad proyectada sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario [...] puesto que se pusieron a disposición del paciente todos los medios que tenía a su alcance la institución sanitaria pese a lo cual se produjo su fallecimiento»; de 23 de octubre de 2008 debido a que el fallecimiento no estaba relacionado con el servicio sanitario que le fue prestado; o la de 15 de noviembre de 2007, respecto a la necesidad del acreditar el nexo causal, al

señalar que «la apreciación de una responsabilidad derivada del funcionamiento del servicio exige la concurrencia del nexo causal, en su doble vertiente, fáctica y jurídica, entre el daño producido y el defecto experimentado en el referido funcionamiento del servicio».

De este modo, se desestima también este motivo del recurso por falta de relación de causalidad, al entender que «la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural», y que, además, no es posible sostener que si hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. Tampoco considera el Alto Tribunal que las patologías de la víctima podían evidenciar ese riesgo, y la necesidad de una asistencia continua y constante. De este modo, concluye que no es posible imputar jurídicamente el daño a la residencia por un incumplimiento contractual culposo.

3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

El último de los motivos de casación se fundamenta en la doctrina de la pérdida de la oportunidad con la que hubiera hipotéticamente contado la residente si el infarto lo hubiera padecido hallándose presente el personal del centro. Debemos recordar que el daño por falta de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a su resarcimiento cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado.

Y, en este sentido, el Tribunal Supremo no posibilita la aplicación de esta doctrina, reservada en los supuestos de indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido, al considerar que no resulta jurídicamente imputable la muerte natural de la residente al personal ni a la organización de la residencia de la tercera de edad, al no estimar que existiera omisión de la diligencia debida y desatención de los deberes de cuidado requeridos por los servicios prestados.

No obstante, hubiera sido acertado matizar que, aunque pudiera existir una omisión en la falta de supervisión, debido a la ausencia de agudeza visual de la víctima, no se habría probado la relación causal con el hecho de su muerte.

IV. EL FALLECIMIENTO DE MAYORES EN RESIDENCIAS DURANTE LA COVID EN 2020

Para valorar la posibilidad de responsabilidad de las residencias durante la COVID en 2020 es relevante traer a colación el régimen de responsabilidad que hemos analizado. Si nos encontramos ante una residencia de titularidad pública, el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público excluye la responsabilidad patrimonial en los supuestos de fuerza mayor, pero la cuestión a dilucidar no es si dicha pandemia constituye una causa extraña y ajena al funcionamiento de los servicios públicos, sino si, a pesar de la existencia de un estado de alarma por la situación sanitaria, se adoptaron las medidas preventivas adecuadas para evitar la extensión de la enfermedad y su correcta gestión para proporcionar a las víctimas el tratamiento médico existente (atendiendo al estado de la ciencia) y con los medios existentes. Todo ello, sin entrar a valorar la responsabilidad patrimonial del Estado a la

hora de aprobar medidas de prevención por las correspondientes autoridades sanitarias y si constituía un riesgo cierto y conocido tras las declaraciones previas de la OMS, y sin que no fuera hasta mayo de 2020 cuando el Gobierno publicó la Orden SND/422/2020, en la que declaraba la obligatoriedad del uso generalizado de mascarillas para reducir la transmisión comunitaria del SARS-Cov2., no es objeto de este análisis si las Administraciones pudieron mitigar los efectos de la pandemia (no solo a la población en general, en estos colectivos), sino la responsabilidad por la gestión de las residencias conforme a los medios disponibles, teniendo en cuenta que los protocolos diseñados por el gobierno resultaban, en muchos casos, de difícil aplicación en residencias, al no funcionar como hospitales¹²¹².

En estos casos, entiendo que se deberían analizar las actuaciones concretas de cada residencia, tanto de titularidad pública como privada, para poder valorar el adecuado funcionamiento del servicio residencial. Para ello, se deberá analizar las acciones u omisiones llevadas a cabo en cada residencia, tomando en consideración el distinto régimen de responsabilidad y prueba en el caso del funcionamiento de un servicio público cuando la misma sea gestionada por la Administración, y la imputación de la responsabilidad conforme a los estándares exigidos de diligencia en el caso de una residencia de titularidad privada. En este último caso, bajo las premisas analizadas en la STS de 11 de marzo de 2020, que recuerda la existencia de una responsabilidad subjetiva, por culpa, para estos casos, y que las residencias de la tercera edad no constituyen una actividad anormalmente peligrosa que genere una inversión de la carga de la prueba, por lo que deberán ser los familiares del fallecido los que deban demostrar la culpa, que obviamente llevará aparejado el obligado cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de estos servicios residenciales. Además, sería relevante advertir que esa negligencia debe guardar una relación causal con el daño ocasionado. Precisamente, el Alto Tribunal descarta la aplicación de los preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios relativos a la responsabilidad por los daños y perjuicios en la prestación de servicios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad para el consumidor o el usuario, si no existe una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el fallecimiento, como en el caso enjuiciado, en el que considera que tuvo su origen una causa natural y que, por lo tanto, no se produjeron los daños ni una pérdida de oportunidad como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia.

Por lo tanto, en el caso del coronavirus, podría imputarse la responsabilidad, conforme a dichas premisas, si el fallecimiento tuvo como causa la deficiente gestión y organización de la residencia (que incluirían la falta de cuidado, de traslado a centros hospitalarios de enfermos graves, de aislamiento, incumplimiento de protocolos, entre otros) o, al menos, una pérdida de oportunidad si se hubieran adoptado las medidas oportunas, como podría ser el acceder a una atención médica. Siempre, conforme a la situación existente en el momento concreto ya que la situación de crisis sanitaria fue diferente en las distintas olas y periodos de la pandemia (saturación de hospitales, desabastecimiento de respiradores, Ucis colapsadas, tratamientos en fase de experimentación hasta la posterior vacunación a este colectivo). En el caso de que quedara acreditada una actuación negligente causantes o concurrentes al daño, se podría también ejercitar una acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil de la residencia, de conformidad con el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, que responderá en la misma medida.

V. CONCLUSIONES

Los fallecimientos en las residencias de la tercera edad por falta de atención, vigilancia, seguridad o asistencia sanitaria constituye un grave problema que pone en entredicho la eficacia del sistema de protección a las personas dependientes. Este hecho está generando un gran impacto social, al haberse constatado en el último año numerosos casos de omisiones en el cuidado, la asistencia y la atención sanitaria prestada a estas personas en la transmisión y el tratamiento del SARS-Cov2 (que ha ocasionado hasta la fecha casi 30 000 fallecimientos solo en residencias)¹³.

Para imputar la responsabilidad a las residencias por el fallecimiento de un residente debe distinguirse los distintos sistemas de responsabilidad, examinar los presupuestos precisos y su carga de la prueba, en función de la titularidad pública o privada de la misma.

De este modo, se ha analizado la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando la residencia es pública y la necesidad de que el daño antijurídico le sea imputable por el funcionamiento del servicio público para el resarcimiento del daño, excluyendo de la misma los supuestos de fuerza mayor.

Respecto a la titularidad de la residencia privada, la STS de 11 de marzo de 2020 (dictada al inicio de la pandemia y sin que tuviera ocasión de aludir a la situación de crisis sanitaria) ha puesto de relieve que la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, por lo que no debe aplicarse una inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto, rige el criterio de la culpa, que exige probar el incumplimiento de los deberes de diligencia en la prestación de dicho servicio por parte del reclamante. No obstante, al incluirse en estos servicios la atención sanitaria, se admite la posible aplicación de los artículos 147 y 148 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, que implicaría una inversión de la carga de la prueba, siendo la residencia la que deba acreditar el cumplimiento del cuidado y de la diligencia exigida conforme a la naturaleza del servicio. Cuestión distinta es que en el caso enjuiciado no admita la aplicación de tales preceptos, al considerar que no ha quedado probado la existencia de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el fallecimiento de la residente, y que no se hayan dispensado el servicio con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

Por otro lado, del análisis efectuado en otras resoluciones dictadas por nuestros tribunales, se deduce un elevado deber de diligencia en el cumplimiento de los deberes de atención, cuidado, seguridad y organización en la prestación de tales servicios, valorando, además, las circunstancias concretas y el deterioro físico, psicológico y de salud del sujeto residente, para evitar riesgos que puedan poner en peligro su integridad y un fatal desenlace. Téngase en cuenta que un residente en estas instalaciones necesita atención y supervisión conforme a sus condiciones físicas, su capacidad cognitiva y su dependencia, que puede encontrarse alterada como consecuencia de enfermedades y de la propia edad, y que pueden también afectar a la conciencia de su propia seguridad. Por dicha razón, en el caso de un accidente, no debería ser posible la exoneración de responsabilidad de la residencia alegando la existencia de estas circunstancias preexistentes.

La exigencia de control y cuidado por parte de la residencia incluye el cumplimiento de la normativa aplicable a las residencias en esta materia, así como de los protocolos de registro y documentación tanto de la historia clínica como de

la evaluación del cuidado personal y deambulaci3n para evitar riesgos de caídas, así como la adecuada organizaci3n del centro, que cuente con suficiente recursos materiales y personal capacitado, adem1s de cualquier otra medida que posibilite la disminuci3n de los riesgos a la poblaci3n vulnerable que se encuentra en las residencias (con una gran proporci3n de mujeres, lo que posibilitar1a un an1lisis en raz3n de g1nero sobre su protecci3n).

Por 1ltimo, para imputar la responsabilidad a la residencia es preciso resaltar la exigencia de la relaci3n causal entre el incumplimiento y el da1o. En este sentido, hay que diferenciar la suficiente adopci3n de medidas de atenci3n y cuidado, conforme a las circunstancias particulares del residente, y la relaci3n de causalidad entre dicha omisi3n y el da1o ocasionado, sea una lesi3n o su fallecimiento.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2020
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2018
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2016
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2016
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 2013
- STS, Sala de lo Civil, de 24 mayo de 2012
- STS, Secci3n 4.ª, de 22 septiembre de 2010
- STS, Sala de lo Civil, de 5 abril de 2010
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2009
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2009
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2008
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2007
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2007
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de septiembre de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 2 marzo de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2005
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de septiembre de 2005
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2003
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2000
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1997
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1994
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991

SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 2 diciembre de 2010 (Pleno)

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5.^a, de 23 de marzo de 2000

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Málaga, Sección 5.^a, de 21 de junio de 2017
- SAP Málaga, Sección 4.^a, de 18 septiembre de 2013
- SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 19 septiembre de 2012
- SAP Barcelona, Sección 11.^a, de 1 de febrero de 2012
- SAP León, Sección 3.^a, de 18 abril de 2008
- SAP Toledo, Sección 1.^a, de 3 de octubre de 2002

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCÍA, A. *et al* (2020). Una estimación de la población que vive en residencias de mayores. *Envejecimiento en red*. Disponible en <http://envejecimientoenred.es/una-estimacion-de-la-poblacion-que-vive-en-residencias-de-mayores/>.
- BARRIOS FLORES, L.F. (2012). La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales. *DS: Derecho y salud*, vol. 22, núm. 1, 31-56.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2010). La relación existente entre la residencias asistenciales de personas mayores y los usuarios de las mismas: configuración jurídica. En LASARTE y MORETÓN. *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, Madrid: Colex, 151-171.
- MONTERROSO CASADO, E. (2015). La responsabilidad civil del empresario en centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia. En Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORETÓN SANZ, F. (2010). Las residencias de personas mayores como servicio exigible en el marco de los derechos subjetivos de ciudadanía: consecuencias jurídicas de su inclusión en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia. En LASARTE y MORETÓN. *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*. Madrid: Colex, 2010, 111-150.
- PÉREZ MONGUÍO, J.M. (2008). La responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados a personas mayores ingresadas en centros residenciales. En Zurita Martín. *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*. Madrid: Boch, 157-180.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B. (2008). Imputación de daños indirectos a la empresa y objetivación de la responsabilidad civil del empresario. *Práctica Derecho de Daños*, núm. 65, 6-20.

NOTAS

¹ ABELLÁN GARCÍA, A. *et al* (2020). Una estimación de la población que vive en residencias de mayores. *Envejecimiento en red*. Disponible en <http://envejecimientoenred.es/una-estimacion-de-la-poblacion-que-vive-en-residencias-de-mayores/>. En el estudio se recoge que la población de más de 80 años supone el 79% de toda la población que vive en residencias, lo que pone de manifiesto un fuerte sobre-envejecimiento y, por lo tanto, una alta probabilidad de deterioro, tanto físico como cognitivo, y un mayor riesgo ante emergencias de salud, especialmente en caso como la pandemia provocada por la COVID-19 muy ligada a la edad y al estado de salud.

² INE (2013). Censos de Población y Viviendas 2011. Población residente en establecimientos colectivos. Disponible en <https://www.ine.es/prensa/np777.pdf>

³ IMSERSO, Definición de «centros residenciales», disponible en http://www.imserso.es/imserso_01/centros/centros_personas_mayores/centros_residenciales/index.htm

⁴ LÓPEZ PELÁEZ, P. (2010). La relación existente entre la residencias asistenciales de personas mayores y los usuarios de las mismas: configuración jurídica. En LASARTE y MORETÓN. *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, Madrid: Colex, 151-171.

⁵ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B. (2008). Imputación de daños indirectos a la empresa y objetivación de la responsabilidad civil del empresario. *Práctica Derecho de Daños*, núm. 65, 10.

⁶ Conforme a los requisitos y el procedimiento regulado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, y en sus normas de desarrollo.

⁷ No obstante, este apartado ha sido *declarado inconstitucional* por la STC de 2 de diciembre de 2010 (Pleno), ya que la garantía constitucional del artículo 17.1 CE, como derecho fundamental, alcanza a estos sujetos internados y, por lo tanto, precisa de un rango orgánico, si bien «no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material». En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de ese precepto no impide su aplicación en los casos de internamientos psiquiátricos no voluntarios, de manera que precisen de control judicial previo o posterior en caso de urgente necesidad. Véase BARRIOS FLORES, L.F. (2012). La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales. *DS: Derecho y salud*, Vol. 22, núm. 1, 54.

⁸ Las comunidades autónomas cuentan con una normativa específica para la prestación de estos servicios ya que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia integran a las residencias de personas mayores en situación de dependencia (art. 5, e) en la Red de Servicios Sociales de las respectivas comunidades autónomas en el ámbito de las competencias asumidas (art. 16).

⁹ PÉREZ MONGUÍO, J.M. (2008). La responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados a personas mayores ingresadas en centros residenciales. En ZURITA MARTÍN. *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*. Madrid: Boch, 157-180.

¹⁰ MONTERROSO CASADO, E. (2015). La responsabilidad civil del empresario en centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia. E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 107-149.

¹¹ MORETÓN SANZ, F. (2010). Las residencias de personas mayores como servicio exigible en el marco de los derechos subjetivos de ciudadanía: consecuencias jurídicas de su inclusión en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia. En LASARTE y MORETÓN. *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*. Madrid: Colex, 100, 128.

¹² DEL PINO, E. y MORENO, F.J. (2020). La Gestión Institucional y Organizativa de las Residencias de Personas Mayores durante la COVID-19: dificultades y aprendizajes. Madrid: Instituto de Políticas y Bienes Públicos. Disponible en <http://dx.doi.org/10.20350/digitalCSIC/12636>.

¹³ El País (2021). El Gobierno certifica que 29.408 personas han muerto por coronavirus en residencias desde el inicio de la pandemia, 2 de marzo de 2021. Disponible en <https://elpais.com/sociedad/2021-03-02/en-espana-han-muerto-29408-mayores-que-vivian-en-residencias-desde-el-inicio-de-la-pandemia.html>