CECA MAGÁN
ABOGADOS

CORONAVIRUS

Residencias de Mayores ante la Pandemia Covid-19

23 junio 2020

Una de las **consecuencias más trágicas** de la pandemia sanitaria provocada por el coronavirus es, sin duda, **las vidas que se ha cobrado el virus en las residencias de nuestros mayores** y el eco que de ello se ha hecho la prensa nacional e internacional.

En esta guía trataremos de abordar las **novedades legislativas que han afectado a la organización y gestión de las residencias, y analizaremos los diferentes tipos de responsabilidad** a las que pueden verse enfrentados los titulares de las mismas, con las consecuencias administrativas, civiles y penales que pueden derivarse, ofreciendo algunos consejos legales para evitar o paliar las responsabilidades a las que pueden verse sometidos.

#DerechoProcesalalEstiloCeca

#EstiloCeca

1. Gestiono una residencia de mayores y ante las continuas noticias en prensa estoy preocupado ¿a qué tipos de responsabilidad me puedo enfrentar?

Podemos hablar de tres tipos de responsabilidad, que no tienen por qué darse de forma acumulada en todos los casos:

- **La responsabilidad civil,** afecta a toda persona (incluso una sociedad anónima o una fundación) y obliga a responder por los daños causados a otras personas en términos económicos, por medio de la correspondiente indemnización.
- **La responsabilidad penal,** aunque habría que estar al caso concreto, sólo la tendrían las personas físicas si se trata de delitos relacionados con el fallecimiento, lesiones, trato vejatorio, etc. de residentes por imprudencia grave y como consecuencia del COVID-19. Conllevaría la imposición de una pena, y, a la vez, una responsabilidad civil derivada del delito, en forma de indemnización a favor del perjudicado.
- **La responsabilidad administrativa,** es una especie de responsabilidad penal atenuada, pero puede afectar tanto a personas físicas como jurídicas. Algunos sectores de actividad, como éste, están sometidos a unas regulaciones dictadas por la Administración, que establecen una serie de infracciones y contemplan la imposición de sanciones, a través del ejercicio de la denominada potestad sancionadora de la administración.

Como decimos, habrá que estar al caso concreto, pues en determinados supuestos, es probable que solo se derive responsabilidad civil y/o administrativa, y no necesariamente responsabilidad penal, toda vez que rige el principio de mínima intervención en el derecho penal, y sólo actúa en los casos más graves.

2. Dentro de la responsabilidad penal ¿qué posibles delitos podrán ser objeto de investigación?

Los posibles delitos que podrán ser objeto de investigación en este contexto son:

1. Delito de **homicidio** (artículo 152.1 del Código Penal).
2. Delito de **lesiones** (artículo 147 del Código Penal).
3. Delito de **abandono** (artículo 229 del Código Penal).
4. Delito de **trato vejatorio** (artículo 173 del Código Penal).
5. Delito de **denegación de auxilio** (artículo 412 del Código Penal).

Para que se pueda imputar un delito de homicidio, el residente tiene que haber fallecido como consecuencia de una imprudencia grave cometida por el Director del Centro, o personal del mismo.

En cuanto al delito de lesiones, el residente tiene que haber sufrido una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental y haya precisado de tratamiento médico o quirúrgico, derivada de una imprudencia grave cometida por el Director del Centro, o personal del mismo.

Al margen de los delitos de homicidio (cuando el resultado del contagio ha sido la muerte) o lesiones (cuando el resultado ha sido un largo internamiento y la necesidad de tratamiento médico y quirúrgico prolongado), y sin entrar en las posibles secuelas que se hayan podido provocar, que todavía se desconocen, habría otros delitos que no debemos dejar de considerar, como son:

I. el **delito de abandono**, si el residente además es una persona incapacitada y el Director del Centro es su tutor legal;

II. el **delito de trato vejatorio,** si se ha infligido al residente un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral y

III. el **delito de denegación** de auxilio, que sanciona al funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido, y, que podría llegar a aplicarse a los directores de las residencias, teniendo en cuenta la función social que asumen.

3. ¿Cómo pueden perseguirse estos delitos?

Estos delitos pueden perseguirse (i) a instancia de parte, por medio de la correspondiente denuncia o querella de los familiares del residente fallecido, o del propio residente que ha sido sufrido lesiones o ha sido sometido a trato vejatorio; o (ii) a instancia del Ministerio Fiscal, pues está capacitado para actuar, tal y como está haciendo, tanto de oficio, iniciando la investigación criminal, o a raíz del conocimiento de la denuncia o atestado que conozca, para el esclarecimiento de los hechos.

4. ¿Qué actuaciones puede llevar a cabo el Ministerio Fiscal?

Con carácter general, los Fiscales pueden ordenar la práctica de cuantas diligencias sean pertinentes para la averiguación y esclarecimiento de los hechos. En concreto -y en lo que ahora interesa- pueden:

Tomar declaración al investigado. El Fiscal deberá comunicar al investigado el motivo de su citación e informarle de sus derechos, conforme el art. 520 LECrim, quien deberá ser asistido de Letrado (particular o del Turno de Oficio).

- Acordar la práctica de declaraciones testificales y careos.
- Acordar determinadas medidas limitativas del derecho a la intimidad: intervención de agendas o dietarios del investigado; grabaciones videográficas de personas o cosas en espacios públicos; incluido el acceso a documentos no integrados en un proceso de comunicación y archivados en teléfonos móviles, ordenadores o asimilados, siempre que concurra urgencia (por ejemplo, el acceso a la agenda de un móvil, pero no el acceso al listado de llamadas que requiere de autorización judicial).
- Acceder a la información de los Registros oficiales; recabar los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria; requerir a las Administraciones Públicas, Entidades, Sociedades y particulares las informaciones que estime precisas en el curso de sus investigaciones; solicitar información al Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; solicitar certificaciones del Registro Civil.

Practicadas estas diligencias, si considera que los hechos revisten el carácter de delito, el Fiscal está obligado a instar del juez de instrucción la incoación del procedimiento, cesando en sus diligencias y remitiendo las actuaciones al Juez, según impone el art. 773.2 de la LECRIM.

5. Soy el director de una residencia y me han citado para tomarme declaración en calidad de investigado ¿Qué debo hacer para preparar mi defensa? ¿Cómo puedo defenderme?

En primer lugar, debes buscar un abogado de tu confianza que te asista el día de la declaración (es preceptiva la intervención de abogado en la declaración de investigado), y que te asesore sobre cómo debes plantear tu estrategia de defensa.

Es fundamental que, antes de la declaración, recabes toda la prueba de la cual dispongas para defenderte y que acredite que eres inocente, pues aunque es la acusación la que ostenta la carga de la prueba (es decir, es la acusación quien debe acreditar de cara al Juez que eres culpable), si en un momento inicial del procedimiento se consigue demostrar a través de la prueba practicada (ya sea testifical, documental y/o pericial), que eres inocente, se puede conseguir un sobreseimiento o archivo de la causa sin necesidad de ir a Juicio.

En este sentido, deberás **demostrar que has cumplido con todos los protocolos y normativa establecidos tanto a nivel estatal como a nivel autonómico y/o local**; y que, en todo caso, el fallecimiento o las lesiones sufridas por el residente por COVID-19, no son como consecuencia de una actuación negligente y/o dolosa o imprudente por tu parte.

Para ello será importante recabar los protocolos de gestión asistencial establecidos en el centro antes del COVID-19, como por ejemplo sobre desinfección y esterilización en residencias de mayores, atención a la defunción, derivación a consultas programadas fuera de la residencia, y derivación a urgencias hospitalarias, entre otros. Así como el plan de contingencia establecido tras el COVID-19.

6. ¿Qué es la responsabilidad civil?

La responsabilidad civil es la obligación de reparar un daño causado a otra persona, es decir, se traduce en una compensación económica. No es una sanción sino una reparación. Podemos hablar de dos tipos de responsabilidad civil:

i) Responsabilidad civil **contractual**: cuando esta obligación de indemnizar surge como consecuencia de la infracción de un incumplimiento de una obligación contractual, ya sea por dolo, negligencia, morosidad o culpa (por ejemplo, el cuidador que no cumple con sus obligaciones y no atiende correctamente a los residentes, causándoles un daño); o bien

ii) Responsabilidad civil **extracontractual**, cuando la obligación de resarcir se debe realizar a una persona con la que no existía un vínculo previo (por ejemplo, en caso de que un visitante de una residente sufra un daño en el interior de la residencia, imputable a esta).

La responsabilidad civil afecta a cualquier persona, ya sea física o jurídica, por lo que es habitual que se cuente con un seguro de responsabilidad civil, siendo obligatorio por ley para los centros de mayores de la Comunidad de Madrid.

La responsabilidad civil se puede reclamar directamente en una acción civil, pero también como responsabilidad civil subsidiaria derivada de un delito. En tal caso, es probable que las pólizas no cubran el siniestro.

7. ¿Qué elementos deben darse para que prospere una reclamación de responsabilidad civil?

Para que un Tribunal llegue a condenar a una persona que tiene a su cuidado a personas mayores, deben darse tres aspectos:

(i) La producción de un daño "injusto", es decir, que no tendría por qué soportar el afectado;

(ii) La comisión de un acto u omisión culpable (con intención) o negligente (sin la suficiente cautela)

(iii) La existencia de un nexo causal o relación directa entre el acto u omisión y el daño causado.

8. ¿Quién debe probarlo?

Por regla general es el reclamante (demandante), quien debe acreditar lo que reclama.

No obstante, lo anterior, existe un precepto en la Ley de Consumidores y Usuarios que invierte la carga de la prueba, al exigir que los prestadores de servicios deben probar que han cumplido «*con las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*».

En este sentido, nuestros tribunales han tenido ocasión de analizar el citado precepto en el ámbito de las residencias de mayores, entendiendo que no se puede exigir a las residencias una 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, por lo que la carga de la prueba correspondería siempre al demandante.

Sin embargo, en este escenario actual de coronavirus, podría entenderse que nos encontramos ante una situación de peligro, por lo que sería razonable la exigencia de especiales medidas de cuidado y deberá ser el centro quien deba acreditar que ha adoptado las medidas necesarias para evitar la causación del daño.

9. ¿Pueden reclamarme cualquier cantidad?

No, debemos tener en cuenta que no cabe reclamar una cuantía cualquiera, sino que esta debe estar justificada.

Para ello, se suele aplicar de forma analógica el Baremo de indemnizaciones para accidentes de tráfico, que establece una referencia para los distintos daños que puedan causarse.

10. Si soy el titular de la residencia, ¿cómo puedo defenderme de una reclamación por responsabilidad civil?

Deberé poder acreditar de forma fehaciente que he adoptado todas las medidas necesarias, siguiendo todas las recomendaciones en función de las fechas y momentos de la pandemia y en función de la disponibilidad. Para ello será muy útil poder aportar **los planes de contingencia y protocolos instaurados en el centro.**

Así, en caso de no haberlas adoptado a tiempo, deberé acreditar la existencia de fuerza mayor que imposibilitó el cumplimiento de las medidas.

En este sentido, y dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, podría valorarse si la culpa del hecho que se reclama trae causa de la actuación de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, que no facilitó cuidados ni permitió ingresos en los hospitales, a pesar de haber sido solicitados por el Centro o Residencia, en cuyo caso podríamos traer al pleito a la Administración correspondiente.

Por último, no podemos olvidar que las residencias cuentan con un **seguro de responsabilidad civil**, por lo que en ocasiones la reclamación se realiza directamente a la compañía aseguradora por medio de la acción directa. En estos casos, la propia compañía aseguradora podrá acreditar la inexistencia de culpa o negligencia en la conducta de su asegurado a fin de evitar el pago.

11. Si se derivase responsabilidad administrativa, ¿es igual en todas las Comunidades Autónomas?

Cada Comunidad Autónoma cuenta con competencias y organización propia en cuanto a la gestión de la actividad de los Centros y Servicios de Acción Social, y, por ello, tiene su propia legislación en cuanto a responsabilidad administrativa de los centros que sean servicios públicos y que ocasionen daños a los residentes.

Por ejemplo, en la Comunidad de Madrid la responsabilidad administrativa viene establecida por la Ley 11/2002, de 18 de diciembre. Junto a esta Ley, hay que añadir la Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Residencias de Ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, donde se tipifican tanto las infracciones leves, graves o muy graves, como las sanciones que pueden imponerse.

12. ¿Quién se considera responsable a nivel administrativo?

Serán responsables de las ***infracciones administrativas*** en materia de servicios sociales, aún a título de simple inobservancia, las siguientes:

I. Las personas físicas o jurídicas titulares de los Centros de Servicios Sociales y Servicios de Acción Social

II. Las personas físicas o jurídicas que directamente realicen acciones u omisiones tipificadas como infracción en la Ley

***En el caso de que se imponga la sanción* de prohibición del ejercicio de la actividad,** serán responsables también:

I. Los miembros del órgano de administración

II. Los apoderados que hubieran intervenido de algún modo a la comisión de la infracción

III. El director de los centros.

13. Si la autorización administrativa está a mi nombre, pero no soy yo quien gestiona el centro ¿tengo que responder por lo que haya podido suceder en la residencia?

En principio sí, pues se entiende que el titular del centro es aquella persona a cuyo nombre figure la autorización administrativa concedida por la Comunidad de Madrid. Sin embargo, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, por lo que, en caso de haber cedido la explotación del centro a persona distinta, podrá ser alegado y acreditado y evitar así la sanción.

14. ¿Existe alguna forma de repercutir la sanción a la persona que realmente haya cometido la infracción?

Sí. No podemos perder de vista que el titular va a responder también por las infracciones cometidas por cualquier persona que intervenga en las actividades del Centro o Servicio.

Sin embargo, ello no es óbice para que el titular pueda ejercitar la acción de resarcimiento correspondiente frente al autor material de la infracción, a fin de que le indemnice económicamente de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la infracción.

15. En caso de que se imponga la sanción de prohibición del ejercicio de la actividad, ¿puedo hacer algo para evitar que se me impute la responsabilidad administrativa?

Sí. En el caso de que la imposición de la sanción se realice al órgano de administración, la persona física concreta que forme parte del consejo de administración podrá salvar la sanción votando en contra de las decisiones o acuerdos que hubieran dado lugar a las infracciones, así como en el caso de no haber asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes.

En el caso de los apoderados, podrán salvar su responsabilidad administrativa cuando no intervengan en la adopción o ejecución de las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones.

16. ¿Qué sanciones me pueden imponer?

Las sanciones pueden ser graves o muy graves y abarcan las siguientes:

I. Multas económicas de importes muy elevados

II. Prohibición del ejercicio de actividades

III. Revocación de la autorización administrativa

IV. Prohibición de financiación pública

V. Cierre temporal e incluso el cierre definitivo.

Como se observa, todas las sanciones pueden conllevar, en la práctica, la extinción misma de la empresa, o al menos hacerla muy dificultosa, por lo que es muy recomendable cumplir con todas las medidas y recomendaciones de los organismos oficiales y velar por el cumplimiento íntegro de la legalidad.

17. ¿Qué medidas de prevención y control de la pandemia se llevaron a cabo en la Comunidad de Madrid?, ¿y a nivel estatal?

En la Comunidad de Madrid, se dictó la **Instrucción de 8 de marzo de 2020,** mediante la cual se pretendía disminuir el riesgo de infección de los residentes y se dan una serie de instrucciones a los centros como son:

I. El aislamiento de las personas que den positivo

II. La habilitación de espacios comunes y salas de estar para estas personas, evitando su contacto con el resto de residentes

III. Limitar las visitas a las estrictamente necesarias

IV. Uso de mascarilla quirúrgica tanto entre residentes como para los visitantes

V. Reforzar las medidas preventivas de higiene básicas (lavado de manos e higiene respiratoria, así como limpieza y desinfección de mobiliario)

VI. Limitación de traslados y desplazamientos de los usuarios dentro del propio centro, para evitar la transmisión vírica

A nivel estatal, se han promulgado dos órdenes:

- La Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en la que se establece que los centros deben clasificar a los residentes según el nivel de contagio de COVID 19 (entre posible, probable o confirmado) y las medidas a adoptar para evitar el contagio, como por ejemplo: aislar al residente en una habitación individual con buena ventilación (preferiblemente al exterior), restringir las salidas fuera de la habitación, realizar la prueba diagnóstica, etc.

- La Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (modificada después por la Orden SND/322/2020, de 3 de abril).

Continua …

Entre las medidas generales que se han adoptado a nivel estatal, podemos mencionar las siguientes:

I. Intensificar la limpieza

II. Gestión de residuos

III. Medidas higiénicas en relación con la vajilla y ropa de cama

IV. Manejo de cadáveres de casos de COVID-19

Esta orden fue seguida de una Guía de prevención y control frente al COVID-19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial, en la que se establece la necesidad de contar con planes de contingencia.

18. ¿Por qué es tan importante contar con un plan de contingencia?

Contar con un buen plan de contingencia puede evitar la derivación de responsabilidad, ya sea civil, administrativa e incluso penal, al Centro o Residencia.

No obstante, estos **Planes de Contingencia deben contar con los requisitos que se establecen en la Guía de prevención y control frente al COVID-19 en residencias de mayores** y otros centros de servicios sociales de carácter residencial, publicada por el Ministerio de Sanidad del Gobierno de España.

Por tanto, no vale un plan de contingencia cualquiera, sino que debe ser un plan eficaz, adaptado a las características de cada centro concreto.

19. Me ha llegado una reclamación por responsabilidad por no haber cumplido con las recomendaciones del Gobierno, ¿cómo puedo probar que sí las he cumplido y, por tanto, que no existe responsabilidad en mi conducta?

Lo más importante es poder demostrar las medidas implantados en el Centro de forma efectiva que cumplan con las recomendaciones del Gobierno. Para ello son muy útiles los Planes de Contingencia a los que hemos hecho referencia. No obstante, en caso de no contar con un Plan de Contingencia, deberemos poder acreditar la existencia de protocolos de gestión asistencial que tuvieran implantados y formalizados por escrito antes del COVID-19, explicando qué venían haciendo, sobre:

Desinfección y Esterilización en Residencias de Mayores.

- Cuál es el proceso de limpieza del material de uso diario del residente.
- Recabar los contratos con empresa o empresas que llevaban a cabo las labores de desinfección y esterilización de la residencia, si este fuera externalizado.
- Recabar los partes que acrediten que, en concreto, en los meses de febrero, marzo, abril se han llevado a cabo o, incluso, intensificado esas labores de limpieza.
- Acreditar que se ha llevado a cabo la desinfección y esterilización del material. Recabar Hojas de registro de Auxiliar de Enfermería de tareas realizadas de limpieza, desinfección y esterilización de cada unidad. Protocolo antes de COVID – 19 y después de COVID – 19.

Atención a la Defunción.

- Recabar protocolo sobre cuidados específicos a prestar al cadáver, y el apoyo a los trámites administrativos asociados a estas circunstancias.
- Recabar los certificados de defunción expedidos por el médico de la residencia de los fallecidos durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo.
- Recabar las comunicaciones a los familiares de los difuntos, intentando concretar cuándo se les llamó y que se les informó del colapso de los servicios funerarios.
- Explicar qué se hizo para conservar el cadáver, cómo se trasladó finalmente y en qué condiciones, etc. Protocolo antes de COVID – 19 y después de COVID – 19.

Estas mismas medidas son de aplicación en cuanto a derivación de residentes a consultas programadas fuera de la residencia, así como la derivación de los susodichos a urgencias hospitalarias, en el sentido de explicar cuál era el protocolo implementado para realizar dichos traslados de forma segura para el residente.

20. ¿Puedo alegar la existencia de fuerza mayor para evitar la condena? En su caso, ¿cómo podría acreditarlo?

Sí, sin embargo, la fuerza mayor no opera de forma automática, sino que debes demostrar que has cumplido con la normativa, directrices y protocolos establecidos tanto a nivel autonómico (por las autoridades sanitarias), como a nivel estatal (por el Ministerio de Sanidad), y que, a pesar de ello, se ha producido un daño a un residente como consecuencia del COVID -19, es decir, de forma imprevisible e inevitable.

En esos casos en los que el residente contrae COVID-19, a pesar de todas las medidas tomadas por la residencia para evitar contagios, será el Centro quien deba acreditar que tomó todas las medidas necesarias y que, a pesar de ello, no pudo evitar ese desenlace, en cuyo caso podrá adoptarse la existencia de fuerza mayor y no podrá derivársele responsabilidad (artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

¿Podemos Ayudarte?

Adrián Dupuy

Socio
Litigación y Arbitraje

adupuy@cecamagan.com

Patricia Martínez

Abogada Senior
Litigación y Arbitraje

pmartinez@cecamagan.com

Silvia Quiles

Manager
Litigación y Arbitraje

squiles@cecamagan.com

Le recordamos, que todas las cuestiones del presente documento son de carácter informativo.

Para ampliar información y contratar nuestros servicios, por favor contacte con nuestros profesionales

info@cecamagan.com

CECA MAGÁN
ABOGADOS

#EstiloCeca

Barcelona

(+34) 93 487 60 50

Avd. Diagonal 361
Ppal. 2º

08037

Barcelona

Madrid

(+34) 91 345 48 25

C/Velázquez 150

28002

Madrid

Tenerife

(+34) 92 257 47 84

Avd. Francisco La
Roche 19 2º

38001

Sta. Cruz de Tenerife

CHAMBERS EUROPE · The LEGAL 500 · Best Lawyers THE WORLD'S PREMIER GUIDE · LEADERS LEAGUE