

Jorge Castillo Abella
Universidad Autónoma de
Madrid
-

Sumario

-
Este trabajo parte de una tipología de los sujetos gestores de residencias de mayores atendiendo a su posición en el sistema residencial de responsabilidad pública. Posteriormente, analiza de forma comparada su régimen jurídico mediante el estudio de varios aspectos que se consideran básicos, como la actividad que conforma la prestación residencial, relación entre el gestor y el residente, los controles a los que se someten los centros, el régimen económico y de responsabilidad aplicable a cada uno de ellos o los requisitos de personal y organizativos que se les exigen. Ello permite, desde un punto de vista analítico, establecer similitudes y diferencias entre los distintos regímenes jurídicos y generar criterios para comparar las ventajas y desventajas de cada uno.

Abstract

-
This paper sets out a typology of subjects who manage homes for senior citizens based on their position within the public system. Each of these subject types' legal regulations are analysed comparatively through the study of certain aspects which are considered fundamental. These are, namely: the activity that shapes residential services, the relationship between the manager and the citizen, the controls to which homes are subject, the applicable economic and liability regulations and the personnel and organisational requirements they must meet. From an analytical perspective, this enables the establishment of similarities and differences between the regulations applicable to each type and the generation of criteria to compare their advantages and disadvantages.

Title: *Typology and legal provisions applicable to nursing homes*

-
Palabras clave: residencias de mayores, servicios sociales, envejecimiento, formas de organización, contratos públicos, conciertos sociales.

Keywords: *nursing homes, social services, aging, organisational devices, public contracts, social agreements.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.15
-

2.2020

Recepción
05/08/2019

-

Aceptación
22/10/2019

-

Índice

-

1. Introducción

2. Articulación de la relación entre el titular y el gestor del servicio

- 2.1. En centros públicos
- 2.2. En centros mixtos
 - a. Los distintos tipos de concierto
 - b. Conciertos y concesiones tras la aprobación de la LCSP
- 2.3. En centros privados

3. Indicadores para la comparación del régimen jurídico aplicable a los sujetos gestores de residencias de mayores

- 3.1. Actividades que conforman la prestación
 - a. Actividad formalizada o jurídica
 - b. Actividad no formalizada o material
- 3.2. Relación gestor-residente
- 3.3. Controles
 - a. Controles previos
 - b. Controles posteriores
- 3.4. Imputación a la Administración de la actuación dañosa del gestor frente a usuarios y terceros. Régimen de responsabilidad
 - a. Responsabilidad por la prestación material del servicio
 - b. Responsabilidad derivada de la actividad administrativa de control de centros residenciales
- 3.5. Régimen económico
 - a. Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario como contraprestación de servicios públicos
 - b. Las contraprestaciones por la prestación del servicio residencial
- 3.6. Requisitos organizativos
 - a. Relevancia de los requisitos organizativos en las prestaciones sociales
 - b. Requisitos organizativos para los centros residenciales

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

No es ninguna novedad que, en las últimas décadas, el sistema de servicios sociales se ha caracterizado por la colaboración entre lo que cabe identificar como acción pública y acción privada. Esta simbiosis se debe a múltiples causas, como la contención del gasto por las Administraciones Públicas o la habitualmente invocada mayor eficiencia del sector privado. Pero esta integración del sector privado en la prestación de servicios sociales puede reconducirse, en último término, al hecho de que la sociedad es uno de los elementos a través de los cuales se realiza la cláusula del Estado social [art. 1.1 de la Constitución Española (en adelante, CE)], junto al trabajo, la familia y el Estado (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 34).

Hay campos como la educación o la sanidad en los que esta colaboración público-privada tiene lugar desde hace décadas. En materia de servicios sociales, un ejemplo de esta colaboración se da en el ámbito de las residencias de mayores. En España hay centros residenciales para mayores de titularidad pública y privada, pero la provisión del servicio público de residencias de mayores se lleva a cabo por ambos tipos de centros, en virtud de distintas fórmulas (infra 2). Por ello, puede decirse que es un sistema mixto.

Conviene desde este momento hacer una precisión en torno a las distintas residencias de mayores en España. *La prestación del servicio residencial corre a cargo de dos «sistemas» distintos*: un sistema de responsabilidad pública y un sistema íntegramente privado, no relacionado con el sector público. Uno y otro tienen características y rasgos comunes y otros distintos, como enseguida veremos. Lo que sí se constata es que el cuidado de los mayores es un servicio que puede ser objeto de una actividad tanto privada —empresarial o de «iniciativa social»— como pública —que puede gestionarse directamente o a través de privados—.

Desde un punto de vista legislativo, sin embargo, es indudable que el sistema que más atención ha recibido por parte de las leyes autonómicas sobre servicios sociales es el de responsabilidad pública. Esto es clara consecuencia del hecho de que es necesaria la intervención legislativa para su creación y funcionamiento, al contrario de lo que sucede con las residencias privadas. Se ha propuesto también que la causa de este desequilibrio en la atención legislativa se debe a la intención del legislador autonómico de que la Administración acapare la prestación del servicio, desplazando a la iniciativa

* Autor de contacto: Jorge Castillo Abella, jorge.castillo@uam.es.

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2016-75987-R, «Aging Cities», del que son investigadores principales los profesores Silvia Díez Sastre y José María Rodríguez de Santiago. Agradezco a José María Rodríguez de Santiago y a Juan José Bestard Perelló los útiles comentarios realizados a un borrador de este trabajo en el Seminario de Investigadores en Formación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, celebrado el 26 de abril de 2019.

Abreviaturas utilizadas: ATS: Auto del Tribunal Supremo; CC: Código Civil; CE: Constitución Española; LCSSM: Ley de Centros y Servicios de Acción Social y Mejora de Calidad de los Servicios Sociales de Madrid; LCSP: Ley de Contratos del Sector Público de 2017; LEF: Ley de expropiación forzosa; LGT: Ley General Tributaria; LPAC: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; LSSA: Ley de Servicios Sociales de Andalucía; LSSAR: Ley de Servicios Sociales de Aragón; LSSCL: Ley de Servicios Sociales de Castilla y León; LSSC: Ley de Servicios Sociales de Cataluña; LSSCV: Ley de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana; LSSM: Ley de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; LSSPV: Ley de Servicios Sociales del País Vasco; LTPP: Ley de Tasas y Precios Públicos; LSTV: Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; RSCL: Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STSJM: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Fecha de cierre: 30 de julio de 2019.

sin ánimo de lucro a un papel secundario y omitiendo por completo la mención a la iniciativa con ánimo de lucro —al menos en las primeras normas sobre la materia— (FERNÁNDEZ RAMOS, 2008, p. 99). Esta afirmación ha perdido vigencia en lo relativo a las entidades sin ánimo de lucro, pues las actuales normas sobre la materia les otorgan un claro protagonismo. En cualquier caso, no se sabe cuál era la intención de cada legislador autonómico, pero sí se verifica que las normas autonómicas son muy densas en lo relativo al sistema público de servicios sociales, mientras que establecen una regulación sensiblemente más escasa para la iniciativa privada no colaboradora con la Administración.

Dentro del amplio abanico de lo que se incluye en la categoría de acción social —o servicios sociales— suele distinguirse de forma básica entre prestaciones económicas o dinerarias y técnicas o de servicio (BELTRÁN AGUIRRE, 1992, pp. 281-286, VAQUER CABALLERÍA, 2002, pp. 171-176, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 95-96). Algunas leyes autonómicas sobre servicios sociales acogen esta distinción¹, mientras otras establecen una clasificación triple entre prestaciones técnicas, económicas y tecnológicas², o técnicas, económicas y materiales³. Es habitual que estas leyes indiquen que las prestaciones económicas no puedan ser gestionadas por privados, pero que permitan esta posibilidad para las prestaciones de servicio-materiales, como es el caso de la gestión de residencias de personas mayores⁴. Ello implica que los titulares-gestores de residencias de responsabilidad pública sean no sólo Administraciones Públicas, sino *también actores privados que se someten al control administrativo* en mayor o menor medida, dependiendo de su vinculación a la prestación del servicio social correlativo —y de la comunidad autónoma en que se encuentren—, y que intervienen activamente en el funcionamiento del sistema público de prestación de este servicio residencial. Pero no sólo eso: también hay privados que prestan servicios análogos a los de responsabilidad pública, pero no se integran en el sistema público ni son colaboradores de la Administración.

El objeto de este trabajo es identificar los indicadores fundamentales que configuran el régimen jurídico de cada tipo de gestor de una residencia de mayores y comparar en qué áreas coinciden o se distinguen unos de otros. Por tanto, no son objeto de este trabajo las normas aplicables a las personas físicas que están al frente y se ocupan de la dirección ordinaria y ejecución de la gestión diaria de estos establecimientos.

Se advierte en este punto que, a efectos expositivos, se traza una distinción triple entre los distintos centros residenciales de mayores: centros públicos —propios de las Administraciones—, centros mixtos y centros íntegramente privados —sin relación de colaboración con la Administración—. Esta clasificación dista de ser exacta, pues la categoría de centros mixtos es deliberadamente imprecisa e incluye una variedad de tipos, como se expone a continuación. Es claro que los centros que integran esta categoría no son equiparables en muchos aspectos, pero las similitudes en sus respectivos regímenes jurídicos aconsejan agruparlos aquí a efectos expositivos. En cualquier caso, hay que advertir que con gestión mixta no me refiero a que la gestión del centro sea compartida entre la

¹ Art. 46 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (BOJA núm. 248 de 29.12.2016) (en adelante, LSSA).

² Art. 20.2 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña (DOGC núm. 4990 de 18.10.2007) (en adelante, LSSC) o art. 14.2 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco (BOPV núm. 246 de 24.12.2008) (en adelante, LSSPV).

³ Art. 15 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 88 de 14.4.2003) (en adelante, LSSM).

⁴ En el ámbito más restringido de la dependencia, una previsión análoga se contiene en el art. 25.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299 de 15.12.2006) al hablar de «centros propios y concertados» de la Administración para prestar los servicios correspondientes.

Administración y el sujeto privado. Esta clasificación sirve al único propósito de caracterizar los principales rasgos del régimen aplicable a cada sujeto gestor de centros *según su posición relativa al sistema público* de prestación del servicio residencial para mayores. Por ello, una forma útil de realizar este análisis es mediante el contraste para cada indicador entre los distintos tipos de centros.

2. Articulación de la relación entre el titular y el gestor del servicio

Con carácter previo al análisis del régimen jurídico aplicable a cada tipo de centro, interesa estudiar la posición de cada sujeto gestor respecto de la Administración responsable del servicio público residencial. En un nivel básico pueden distinguirse tres grandes situaciones que se corresponden con la clasificación que se ha propuesto entre *centros públicos, mixtos y privados*.

Conviene hacer una breve precisión sobre las ideas de titularidad y responsabilidad. La titularidad del servicio identifica a aquel que tiene la competencia o capacidad para prestar el servicio por sí mismo. La responsabilidad sobre el servicio alude a la obligación de la Administración de garantizar que esos servicios se presten, independientemente de cómo (*Verantwortung*). Por eso se habla de servicios de responsabilidad pública. Y, a su vez, esta responsabilidad es distinta de aquella en la que puede incurrir el prestador público o privado de un servicio por haber causado un daño durante la prestación (*Haftung*).

2.1. En centros públicos

En los centros públicos, la Administración es *titular y gestora* del centro, en el que se dispensa un servicio de su responsabilidad. Independientemente de cómo se articule orgánicamente esta dualidad, ello no tiene mayor relevancia para este estudio en la medida en que aquí no hay dos sujetos, sino uno —la Administración como organización personificada (GALLEGO ANABITARTE (1993, p. 93)—. Es una cuestión de Derecho de la organización que poco influye, pues al fin y al cabo no hay un concurso de voluntades, sino una misma voluntad manifestada dos veces.

2.2. En centros mixtos

Los centros mixtos se caracterizan porque el sujeto gestor de la residencia es privado, pero en ella se presta un servicio de responsabilidad pública cuya organización corresponde la Administración. Una primera distinción puede trazarse en función de *si el gestor privado es titular de la residencia o no*. Si lo es, lo que sucede es que ha acordado con la Administración ofrecer todas o parte de sus plazas a usuarios del sistema público de residencias, habitualmente mediante la figura del concierto. Por el contrario, en los casos en los que la Administración es la titular de la residencia, pero ésta se gestiona por una entidad privada —no vinculada o dependiente—, estamos normalmente ante un contrato de servicios o de concesión de servicios.

Dentro de esta clasificación, los centros concertados requieren un análisis más pormenorizado, por dos razones. La primera es que «concierto» no significa lo mismo en función de la comunidad autónoma de la que se trate. La segunda es que, tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272 de 9.11.2017) (en adelante, LCSP) ha desaparecido el tipo contractual de gestión de servicios públicos, lo que obligará a reinterpretar esta clasificación entre centros concertados y concedidos.

a. Los distintos tipos de concierto

Las leyes autonómicas sobre servicios sociales no siempre atribuyen al concierto, a la concertación, al concierto social o a la acción concertada un mismo contenido. Esta desafortunada polisemia, que dificulta la precisión en el análisis, encierra al menos tres significados:

- (a) En algunas comunidades el concierto se regula como un modo de gestión de servicios sociales *distinto de un contrato público*, según declara expresamente la ley autonómica respectiva. Así sucede, por ejemplo, en Aragón o la Comunidad Valenciana. Me refiero en lo sucesivo a esta configuración no contractual del concierto como acción concertada.

Los arts. 21 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (BOA núm. 132, de 10.7.2009) (en adelante, LSSAr) y 34 de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 8491 de 21.2.2019) (en adelante, LSSCV) establecen una distinción tripartita entre las opciones disponibles para la gestión de servicios sociales públicos: (i) gestión directa o medios propios; (ii) gestión indirecta conforme a la normativa de contratos del sector público; y (iii) acuerdos de acción concertada con otras entidades públicas o privadas. Ello indica ya una tendencia a considerar que la acción concertada es algo distinto a una forma *indirecta* de gestión de servicios, cuya explicación probablemente se encuentra en la intención de diferenciar los conciertos de los contratos públicos, especialmente del de gestión de servicios públicos —ya que es evidente que tanto este concierto no contractual como un contrato son formas indirectas de gestión—. Esta distinción se recoge expresamente en el art. 87.1 LSSCV, que establece que «los acuerdos de acción concertada son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual». Idéntica expresión contiene el art. 3 de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de Aragón (BOA núm. 243, de 20.12.2016). Como es evidente, la decisión sobre si estos acuerdos de acción concertada deben considerarse contrato o no no depende de lo que establezcan las leyes autonómicas, sino de si entran dentro del concepto funcional correspondiente de las Directivas de contratación —STJUE 18.7.2007 (as. C-382/05, Comisión/Italia, Rec. p. I-6659, ap. 31), sobre concesiones de servicios—. Por ello, están sometidos a las Directivas siempre que sean materialmente contractuales, y viceversa.

En algunas comunidades autónomas (Aragón, Comunidad Valenciana) el uso de los contratos públicos queda reservado para la contratación con entidades con ánimo de lucro.

- (b) Otras comunidades lo regulan como un *tipo específico o modulado de contrato público*, parcialmente distinto del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto previsto en el antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (BOE núm. 276 de 16.11.2011) (en adelante, TRLCSP). Este tipo modulado se somete así en primer lugar a la normativa autonómica que lo desarrolla. Casos claros son el andaluz y el vasco, dado que los arts. 101.3 LSSA y 61.1 LSSPV declaran que el concierto social es una modalidad diferenciada del concierto del TRLCSP. La norma andaluza especifica además que deberán someterse a los «principios informadores de la normativa europea en materia de contratación». El problema que se plantea aquí es la posible incompatibilidad de la normativa autonómica con la nueva regulación de la LCSP.

La normativa europea sobre contratos públicos reconoce a los Estados miembros un margen de libertad para organizar la prestación de servicios públicos siempre que concurran ciertos requisitos, y en la medida que sea estrictamente necesario [véanse los cdos. 53 y 54 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de

concesión, y 114 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE núm. L094 de 28.3.2014), como se dirá a continuación. No obstante, se ha señalado que es sumamente difícil determinar con nitidez cuándo estamos ante un caso en el que los Estados miembros pueden hacer uso de esa libertad de configuración para inaplicar las Directivas (GARRIDO JUNCAL, 2017, p. 89). Estas consideraciones son aplicables tanto a los conciertos no contractuales como a aquellos conciertos modulados por la legislación autonómica para distinguirlos del contrato de gestión de servicios públicos —que era el tipo contractual vigente cuando se aprobaron varias de esas normas autonómicas—.

- (c) El tercer modelo autonómico de concierto es el que entiende que se trata de un *auténtico contrato público* de la LCSP. Es el caso de la Comunidad de Madrid, cuya normativa sectorial (art. 36.2 LSSM) directamente remite a la legislación estatal sobre contratos públicos. Por tanto, los problemas que se plantean en estos casos son los que se derivan con carácter general de la nueva regulación básica de los tipos contractuales de prestación de servicios.

b. Conciertos y concesiones tras la aprobación de la LCSP

Como se ha señalado, dos de las tres modalidades de concierto son contractuales, así que la eliminación por la nueva LCSP del contrato de gestión de servicios públicos implica cambios notables en esta categorización de los conciertos.

En primer lugar, los conciertos que se identificaban plenamente con la modalidad concertada del contrato de gestión de servicios públicos, como sucedía en Madrid, hay que intentar reconducirlos a los tipos contractuales que se prevén en la nueva LCSP. Como punto de partida podemos tomar la DA 34ª LCSP, que establece que las referencias al antiguo contrato de gestión de servicios públicos se entenderán hechas al de concesión de servicios, siempre que las normas aplicables a ésta sean adecuadas. Más allá de la dificultad de determinar esta adecuación, es claro que no en todos los casos será posible esta remisión automática, pues la concesión se caracteriza por la transferencia al contratista del riesgo operacional —ya sea concesionario de obras o de servicios (arts. 14.4 y 15.2 LCSP)—, rasgo que la distingue del concierto contractual del antiguo art. 277.c TRLCSP. Dicho en otras palabras: esta remisión a la nueva concesión de servicios *sólo funcionará bien con la modalidad de concesión* del antiguo contrato de gestión de servicios públicos, pero no con la modalidad de concierto.

La asunción del riesgo de explotación por el contratista también era característica de las concesiones bajo el TRLCSP, aunque no hubiera una declaración legal tan clara al respecto. Para concesiones de servicios, SSTJUE 13.10.2005 (as. C-458/03, *Parking Brixen*, Rec. p. I-8612, ap. 40) y 15.10.2009 (as. C-196/08, *Acoset SpA*, Rec. p. I-09913, ap. 39).

Por tanto, es necesario buscar el encaje del concierto del TRLCSP en otro tipo contractual. Bajo esta clase de concierto, la Administración contrataba con terceros que venían realizando prestaciones análogas a las que constituían un servicio público de su competencia (art. 277.c TRLCSP), para que esas prestaciones pasaran a ser también parte del servicio público que presta la Administración. La alternativa obvia en la LCSP es el *contrato de servicios*, que puede tener como objeto la realización por el adjudicatario de una actividad que consista en la ejecución de un servicio de forma sucesiva y por precio unitario (art. 17 LCSP). Y el hecho de que se establezcan especialidades para los contratos de servicios «que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía» (art. 312 LCSP) indica que sirven también para prestar servicios públicos, por lo que puede sostenerse que, a grandes rasgos, este

nuevo contrato de servicios es apto para reemplazar a las viejas modalidades de concierto y gestión interesada (VILLAR ROJAS, 2018, pp. 86-87. Otra opinión, BERNAL BLAY, 2018, p. 2816, nota al pie 28, que señala que la LCSP ha eliminado la modalidad concertada del TRLCSP reconduciéndola a la figura de la concesión de servicios).

Lo que se acaba de decir se refiere a los conciertos previstos en la legislación autonómica que realizaba una remisión directa al TRLCSP. Pero *consideraciones similares pueden realizarse en relación con los conciertos contractuales modulados* por las normas autonómicas sobre servicios sociales, por dos razones: el Estado es competente para regular las bases de la legislación sobre contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18ª CE), y porque en todo caso deberán sujetarse a lo que establezcan las Directivas europeas sobre contratación pública.

A pesar de ello, lo habitual es que las normas autonómicas que regulan conciertos —en cualquiera de las tres modalidades que aquí hemos distinguido— invoquen su competencia exclusiva en materia de servicios sociales, no su competencia para el desarrollo de la legislación básica del Estado sobre contratos públicos. A título de ejemplo pueden citarse los preámbulos de la LSSAr, la LSSA, la LSSC y la LSSM.

Esta primacía del Derecho europeo también afecta a aquellas normativas autonómicas que optan por la acción concertada «no contractual». No cabe duda de que, a los efectos de las Directivas, es irrelevante si el Derecho nacional —estatal o autonómico— califica como contrato público un acuerdo de acción concertada, pues deberá considerarse como un contrato si entra dentro del concepto del mismo que las Directivas ofrecen. Otra cosa es que, tras admitir que los contratos de servicios sociales tienen normalmente una dimensión transfronteriza limitada, sea la propia Directiva la que permita que se les apliquen requisitos simplificados (cdo. 114 de la citada Directiva 2014/24). Es decir, el hecho de *que la acción concertada no se considere contrato público a nivel interno no implica que no deba considerarse tal cosa a efectos del Derecho europeo* (DÍEZ SASTRE, 2019, pp. 253 y ss.).

Esta última afirmación debe matizarse para dejar únicamente apuntado que la variedad de entidades que intervienen en los servicios sociales no debe llevar a un tratamiento idéntico de todas ellas. No debería recibir el mismo tratamiento una fundación del sector público o creada por una entidad bancaria que una asociación creada por vecinos que deciden realizar alguna actividad de carácter social. La idea de participación e iniciativa social en la gestión de servicios, de tercer sector social, está presente en ésta última, pero no parece estarlo en las primeras, ya que sólo en la última se da un verdadero fenómeno asociativo de abajo arriba. Aunque todas esas entidades «sociales» carezcan formalmente de ánimo de lucro, la idea de solidaridad a la que aluden las SSTJUE 11.12.2014 (C-113/13, *Spezzino*, ap. 53 y 60) y 28.1.2016 (C-50/14, *CASTA*, ap. 63) está ligada a la de voluntariado, por lo que *es cuestionable que pueda predicarse de todas las entidades sin ánimo de lucro* (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2017, p. 1045). De hecho, ambas sentencias se refieren a adjudicaciones directas a «organizaciones de voluntariado», no a cualesquiera entidades sin ánimo de lucro. Aunque las normas autonómicas no suelen incorporar esta distinción, hay alguna excepción como la Ley 10/2018, de 22 de noviembre, del Tercer Sector Social de Extremadura (DOE núm. 230 de 27.11.2018) (art. 2.1). En ella se regulan conciertos no contractuales con entidades del Tercer Sector —aunque habrá que comprobar si son, o no, contratos desde la perspectiva europea—. Por su parte, el Preámbulo de la LSSCV (ap. III) explica la distinción que se traza en la Comunidad Valenciana entre entidades de iniciativa social y de iniciativa mercantil y señala cómo incorpora la doctrina de estas dos SSTJUE al regular los acuerdos de acción concertada con aquéllas —algo similar sucedió también en Aragón—.

Sin embargo, es criticable que la separación entre ambos tipos de entidades se haga en función del ánimo de lucro (art. 85 LSSCV), no de los criterios de solidaridad y voluntariado, lo que probablemente vulnera la doctrina del TJUE que el Preámbulo dice respetar. Y el otro requisito que exige el TJUE es que la decisión de adjudicar a estas entidades la prestación del servicio es que responda a objetivos de eficiencia presupuestaria, lo que deberá ser también objeto de comprobación.

El art. 87.2.g LSSCV recoge la eficiencia presupuestaria como principio de actuación de las Administraciones valencianas en materia de acción concertada. También especifica que la contraprestación percibida por las entidades concertadas cubrirá, como máximo, los costes de la prestación del servicio, *sin incluir beneficio industrial*.

Lo que se acaba de explicar es una interpretación de la jurisprudencia europea. Por ello, sin perjuicio de lo que pueda arrojar un estudio detallado del juego entre la nueva LCSP, las Directivas europeas de contratación y las normas autonómicas sobre conciertos, al efecto de este análisis es posible trabajar con las siguientes hipótesis, conforme a lo que se acaba de exponer:

- (a) La antigua concesión de gestión de servicios públicos se corresponde con la nueva concesión de servicios, siempre que entrañe traslación del riesgo operacional al contratista.
- (b) Los conciertos contractuales son reconducibles a la figura del contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía. En los casos de conciertos contractuales modulados por normas autonómicas, la LCSP deberá operar como norma básica.

Dada la configuración típica de los conciertos contractuales, resulta muy improbable que conlleven una transmisión del riesgo operacional al concertado que obligue a considerar materialmente al concierto como una concesión de servicios. Si así fuera, el tratamiento que deberían recibir es el de estas últimas, no el del contrato de servicios.

- (c) Los acuerdos de acción concertada deberán ajustarse a las Directivas sobre contratación —como mínimo, en lo referido a los servicios sociales que reciben un tratamiento simplificado en las Directivas—.

Ello no obstante, nada impide que las Administraciones que antes de la LCSP adjudicaban concesiones de gestión de servicios públicos adjudiquen ahora contratos de servicios, incluso para la gestión integral de residencias, siempre que se respeten los elementos de cada tipo contractual —transmisión o no del riesgo operacional—.

2.3. En centros privados

En los centros privados, el servicio residencial que se presta no es de responsabilidad pública, al contrario de lo que sucede con los centros públicos y mixtos. En consecuencia, se da la circunstancia opuesta a la situación en los centros públicos: si en los públicos no se articula la relación con la Administración por ser la titularidad y la gestión administrativas —o se articula de forma organizativa interna—, en los privados *tampoco se articula relación alguna porque tanto la titularidad como la gestión son privadas*. Todo ello sin perjuicio de los controles administrativos a los que puedan someterse, como luego se analiza (infra 3.3).

3. Indicadores para la comparación del régimen jurídico aplicable a los sujetos gestores de residencias de mayores

Para determinar los elementos fundamentales del régimen jurídico que se aplica a cada sujeto gestor de residencias de mayores, he tomado unos indicadores que considero básicos para el análisis. Estos indicadores reflejan los rasgos que puede adoptar la situación o la actuación de los gestores, lo que permitirá discutir, para cada tipo, si ese aspecto de su régimen jurídico es más cercano al Derecho público o al Derecho privado, en función del «valor» que adopten. Ello servirá para identificar algunas ventajas e inconvenientes de optar por una u otra forma de organización de las residencias de mayores. Estas variables son las siguientes: (i) cómo se articula la relación entre la Administración y el gestor; (ii) qué actividades conforman la prestación; (iii) cómo se configura la relación entre el gestor y el residente; (iv) a qué controles administrativos se someten los gestores; (v) si su actuación es imputable a la Administración y qué régimen de responsabilidad se aplica; (vi) cuál es el régimen económico del sujeto gestor en relación con el servicio que presta; y (vii) qué requisitos de organización y personal se exigen al sujeto gestor.

3.1. Actividades que conforman la prestación

La prestación que reciben los usuarios de las distintas residencias debe reunir ciertos requisitos y ejecutarse del modo que se haya establecido. Hay así dos vectores que influyen en la prestación que finalmente recibe el usuario: *el que prescribe con carácter previo cómo debe ser la prestación, y el modo en que se ejecuta la prestación en sí*. Por ello, este indicador trata de identificar los tipos de actividades que conforman la prestación resultante y cómo juegan entre sí en cada centro residencial. Me refiero a aquellas actividades de las que el residente es receptor. En función de cómo se realice esta configuración, gestores y usuarios de la residencia verán dirigida o limitada su posición naturalmente conformadora de la prestación.

a. Actividad formalizada o jurídica

La primera distinción que debe trazarse es la que existe entre *actividad formalizada y no formalizada*. Es frecuente en la doctrina administrativista que, a la hora de distinguir entre ambas actividades de la Administración, se cite como rasgo distintivo el carácter jurídico de la primera frente al carácter informal o material de la segunda. De este modo, es la actividad administrativa formalizada-jurídica la susceptible de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, al contrario de lo que sucede con la actividad administrativa no formalizada-informal-material (STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1995, p. 574, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017a, p. 867). El ejemplo por antonomasia de actividad administrativa formal es el acto administrativo (GALLEGO ANABITARTE *et al.*, 2001, § I.1.3), aunque no deben olvidarse la norma, el contrato o el convenio.

A estos efectos, me parece que es más útil distinguir entre actividad jurídica y actividad material, pues esta contraposición se fija en su *capacidad de afectar a situaciones jurídicas, y no en si reviste una determinada forma*. Todo ello no implica que la actividad material sea ajena al Derecho, pues éste puede regularla —del mismo modo que puede determinar si es lícita o ilícita (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017a, pp. 867-868)—, lo que sucede es que es inidónea para alterar la realidad jurídica existente en cada momento; carece de «vinculatoriedad» por predominar en ella el elemento fáctico (STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1995, pp. 573-574).

Sobre los distintos significados de «informalidad», VELASCO CABALLERO (1998, pp. 58-59). Dejo para otra ocasión la cuestión de si las actuaciones materiales o informales deben tipificarse también como forma (SCHMIDT-AßMANN, 1993, pp. 29-30).

Con estas coordenadas se intuye sin dificultad que el tipo de actividad que determina *con carácter previo* los requisitos configuradores de la prestación concreta es la actividad formalizada o jurídica. Esta actividad cuenta con dos niveles básicos:

- (a) Un nivel abstracto en el que las normas gobiernan la prestación de servicios residenciales. En este nivel se sitúan las disposiciones de carácter general que regulan la actividad de las residencias y el acceso a las mismas.
- (b) Un nivel concreto en el que es el acto administrativo o el contrato el que regula las especificidades de la prestación que recibirá el usuario.

Como ya se ha mencionado, las normas que regulan la prestación de servicios residenciales —con carácter imperativo, al menos— son muy densas cuando ordenan los servicios de responsabilidad pública pero menos densas cuando se ocupan de los centros privados. Esto es cierto tanto para normas con rango de ley como para normas infralegales. Aun así, es innegable que hay numerosas normas que tienen como destinatarios a los centros privados, por lo que no puede decirse que se trate de un sector caracterizado por su escasa regulación. Sentado esto, puede afirmarse que la actividad jurídica abstracta tiene más peso relativo en los centros públicos y mixtos que en los privados a la hora de configurar la prestación.

Un ejemplo claro lo constituyen los reglamentos sobre acreditación de centros, pues la acreditación suele establecer unos requisitos dirigidos fundamentalmente a centros mixtos e, indirectamente, también a centros públicos [infra 3.3.a(ii)]. El margen conformador en los centros mixtos se ve también constreñido por el instrumento que articule la relación entre la Administración y el gestor privado del centro.

Y, como consecuencia de ello, *el espacio conformador que resta a la actividad jurídica concreta en los centros públicos y mixtos es menor que en los centros privados*. No obstante, tampoco hay que exagerar la diferencia de margen existente entre unos y otros. Correlativamente, la actividad jurídica concreta tendrá algo más de protagonismo en los centros privados que en los públicos, dado el mayor espacio regulativo que dejan las normas al acto o al contrato. Ejemplos de actos administrativos conformadores son los de reconocimiento del derecho a disfrutar de las prestaciones en determinadas condiciones o los que establecen la necesidad de que el residente asuma un copago por disfrutar del servicio.

b. Actividad no formalizada o material

No obstante, todo lo anterior no debe llevar a la conclusión —errónea a mi juicio— de que la configuración de la prestación se logra únicamente a través de la actividad jurídica. El acto administrativo no es lo más característico de las prestaciones de servicio —al contrario de lo que sucede con las prestaciones económicas, pues éstas consisten normalmente en el reconocimiento de

un derecho⁵—. *La clase de actuación más típica de las prestaciones de servicio es justamente la actuación material* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 110). Y aún hay otros elementos que influyen en el resultado final, como la forma en que esté organizado el propio centro —por ejemplo, si está adscrito a una confesión religiosa—.

Ello parece no plantear mayores problemas en el caso que nos ocupa: la provisión del servicio de residencia a mayores es una actividad material dirigida a esos usuarios. Podría entenderse así que esto es un falso indicador, pues siempre se mantiene constante independientemente del tipo del sujeto gestor. En realidad, el régimen de la actuación material de unos y otros gestores puede diferir notablemente, lo que obliga a distinguir entre la actividad material que se enmarca en los servicios de responsabilidad pública y la que no.

Para resaltar la importancia que reviste la actividad material en la conformación de prestaciones como la residencial no puede olvidarse que el acto administrativo carece de eficacia regulativa completa (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 148-149), al igual que sucede con el contrato privado. La actividad jurídica es útil para prescribir previamente cómo debe ser la prestación, pero es claro que no puede fijarla *ex ante*. En otras palabras, el acto administrativo es inidóneo para ejecutar la prestación, sólo sirve para establecer *cómo debe ejecutarse*. La ejecución en sí es actuación material, situada por tanto más allá de las formas administrativas típicas (STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1995, pp. 579-580). Ello explica la renovada importancia que tiene el estudio de la actuación administrativa material en ámbitos como el residencial.

Estos últimos proponen una clasificación de actuaciones materiales informales en las que una de las clases es la actuación material de ejecución. A nuestros efectos, podemos asumir que toda la actividad material en los centros residenciales es de ejecución, pues aquí un ejercicio de clasificación no tendría un interés tanto analítico como taxonómico.

En los centros públicos y mixtos, esta actividad material consiste en dispensar una prestación pública. Como es obvio, en los primeros se ejecuta directamente por la Administración, mientras que en los segundos la actividad material la realiza un privado ajeno a la organización administrativa al que la Administración encomienda su ejecución. De este modo, los centros mixtos suelen ejecutar prestaciones públicas bajo la figura del contrato público de servicios o concesión de servicios o de la acción concertada —gestión indirecta—. Pero en todos los casos *lo que se dispensa es, en definitiva, un servicio público*, y por ello son los centros públicos y mixtos los que se integran en los sistemas autonómicos de servicios residenciales.

Lo contrario sucede en los centros privados, dado que no se integran en el sistema público de residencias de cada comunidad autónoma. Por tanto, aunque la prestación del servicio es indudablemente una actividad material, la actividad que realizan los centros privados no es administrativa y, por tanto, *no constituye una prestación pública*. Y ello por la sencilla razón de que no puede hablarse de actuación administrativa en la medida en que los dos sujetos de la relación prestacional son privados —residente y gestor del centro— y la prestación no es objetivamente administrativa, no estando sujeta, por tanto, al Derecho administrativo (VELASCO CABALLERO, 2014a, pp. 88-93). Se está así ante una mera obligación civil de hacer, cuya dinámica se rige primariamente por normas distintas a las que gobiernan la actividad material en los centros públicos y mixtos. Esta

⁵ En estos casos, la actividad material se limitaría a la realización efectiva del pago.

circunstancia tiene consecuencias evidentes tanto en el margen que resta para la configuración del servicio como en el régimen jurídico de su gestor o titular. Con esto no se ignora que la prestación del servicio de residencia por privados también debe respetar los estándares fijados en la normativa aplicable —actividad jurídica abstracta—. Lo que se pretende es poner el foco en el hecho de que el Derecho administrativo interviene en los centros privados libres para garantizar unos estándares *mínimos*, mientras que en los centros públicos el Derecho administrativo trata de conformar la *totalidad* de características de la prestación recibida por el residente. Y, por ello, las consecuencias prácticas de esta circunstancia en el caso de centros íntegramente privados afectan a la conformación de la prestación, a la dinámica del cumplimiento y a la extinción de la relación prestacional.

De esta forma, y sin perder de vista en exceso que este trabajo pretende ocuparse de la perspectiva del titular del centro, puede esperarse que *el usuario tenga más capacidad de influencia para conformar la prestación en un centro privado libre que en uno público* —al menos por la mayor flexibilidad del primero para atender preferencias que no derivan de necesidades del usuario, lo que se corresponde también con una lógica lucrativa y no de servicio público—. Correlativamente, el gestor del centro también podrá configurar el servicio que presta conforme a sus preferencias, siempre que respete los estándares mínimos exigidos para todos los centros residenciales. Al fin y al cabo, no hay que olvidar que sigue vigente entre las partes el principio de autonomía de la voluntad.

Aunque es cierto que el ámbito para esta autonomía se ve sustancialmente reducido en ámbitos como el residencial, pues la intensidad regulatoria es tal que deja márgenes más bien estrechos para la operación del principio de autonomía de la voluntad o el ejercicio de la libertad de empresa. No debe olvidarse que el espacio disponible para los operadores también queda limitado por las técnicas de control que la Administración tiene a su alcance (infra 3.3).

Aún puede decirse algo sobre los centros mixtos. En el plano de la configuración previa normalmente juegan a la vez el acto administrativo y el contrato, dado que cada uno articula una relación jurídica distinta del usuario con el gestor. Esta combinación tiene su reflejo también en el plano material. El resultado es que, en los centros mixtos —y aun con alguna diferencia entre sus distintas clases— la libertad conformadora de gestor y residente se sitúa en un *punto intermedio* respecto de la existente en los centros públicos y en los privados, aunque probablemente se sitúa más cerca de los primeros dada la intensidad regulatoria de las normas que les son aplicables.

3.2. Relación gestor-residente

Otro factor determinante a la hora de estudiar la posición de los sujetos gestores de residencias es, justamente, la naturaleza y configuración de la relación que les une con el residente. Esta relación varía en función de si se está ante un centro público, mixto o privado. Más precisamente, es el carácter público o privado de la plaza de residente el que determinará la aplicación de uno u otro régimen —pues es posible que centros privados concierten sólo parte de sus plazas con la Administración—.

Es claro que al beneficiario de una *plaza de un centro propio* de la Administración le será de aplicación un régimen exclusivamente jurídico-público, excepto si el centro perteneciera a una sociedad mercantil de titularidad pública o a una entidad pública empresarial, supuesto en el que este régimen podrá variar —caso que no se ha encontrado en ninguno de los supuestos analizados en la práctica

para la realización de este estudio—. Inversamente, el ciudadano que contrate este servicio con un *centro privado no concertado* tendrá una relación netamente civil con el sujeto gestor de la residencia. Las especificidades más relevantes se presentan aquí en los *centros mixtos*, pues no hay dos, sino tres, sujetos implicados en una relación multipolar (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 81-82):

- (a) Existirá entre el residente y la Administración una *relación básica*, derivada del derecho abstracto de aquél a obtener de ésta la prestación y de la obligación de la Administración de garantizar su prestación —lo cual tiene lugar a través de un acto de reconocimiento del derecho a ésta—.
- (b) Entre la Administración y el sujeto gestor del centro o plaza concertado habrá una *relación de colaboración* para la prestación del servicio, que es de responsabilidad pública. La técnica concreta mediante la que se instrumente esta relación de colaboración es en este sentido poco relevante —sea un concierto, un contrato u otro mecanismo—. Ya se han estudiado en el apartado 2 las relaciones de colaboración al analizar los distintos modos en que se articulan.
- (c) Por último, la relación existente entre el sujeto gestor del centro concertado y el ciudadano residente es una *relación prestacional directa*, pues quien materialmente presta el servicio de residencia es el primero y quien lo recibe es el segundo.

Aunque pueda establecerse esta distinción, no plantea dudas el hecho de que estas relaciones *se influyen y condicionan entre sí* y de que estas influencias son evidentes en los centros mixtos. Por ejemplo, si no existe la relación básica no podrá existir la prestacional directa. Y también es claro que la relación de colaboración condicionará la relación prestacional directa, pues aquélla estará configurada para que el gestor preste el servicio de una cierta manera —actividad jurídica previa—. Por ello, resulta útil tener en mente esta triple interacción en el estudio de la posición jurídica de los gestores de centros residenciales. Además, un análisis complementario en clave de relaciones jurídicas permite captar mejor los elementos de obligaciones de tracto sucesivo, como es la prestación del servicio residencial, porque una excesiva atención a la actividad formalizada —fundamentalmente, actos administrativos— presenta dificultades para captar la dimensión temporal de los fenómenos jurídicos que, en realidad, son dinámicos y no estáticos (SCHMIDT-ARMANN, 2006, § 6.44-45; UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2018, p. 24).

Este esquema de relaciones pierde gran parte de su utilidad en los centros públicos (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 116), en los que la relación es bipolar, salvo si el centro es de otra Administración distinta a la autonómica, en cuyo caso seguimos estando ante una relación con tres polos —el residente, la Administración titular del centro y la que reconoce el derecho a la prestación—. Ello provoca que *se superpongan las relaciones básica y prestacional directa* y que la relación de colaboración quede relegada a una cuestión de Derecho de organización —carecerá de relevancia *ad extra*—. Distinguir estas relaciones puede tener interés, por ejemplo, si la Administración gestiona directamente a través de un ente instrumental, cuya actuación se rija por el Derecho privado, sea medio propio o no.

Por otra parte, en los centros privados también hay una relación bipolar en la que, esta vez, la ausente es la Administración. Aquí sucede que *con la Administración desaparece también el fundamento de la relación básica*: no hay nadie frente a quien el residente tenga un derecho a obtener el servicio residencial ni nadie encargado de la garantía de su prestación —para eso están los servicios de

responsabilidad pública—. Por ello, esta triple distinción pierde su capacidad explicativa en los centros privados.

La utilidad de distinguir estas relaciones reside en que es posible adscribir muchos de los aspectos relativos a la prestación a alguna de estas relaciones, de forma que se pone de relieve a quién corresponde su exigencia o su cumplimiento. Así, por ejemplo, la actividad no formalizada que, como se ha visto, conforma la mayor parte de la prestación se enmarca de forma natural en la relación prestacional directa. Esto muestra que el análisis de la actividad conformadora y de las relaciones son dos facetas —objetiva y subjetiva— del fenómeno de la prestación residencial. Por ello, su combinación es necesaria para comprender la dinámica de prestación de los servicios residenciales en cada centro. Además, este doble análisis permite establecer dos ejes de coordenadas del plano en el que pueden situarse con mayor o menor dificultad el resto de los indicadores que se discuten en este trabajo.

3.3. Controles

Un nuevo indicador en el régimen jurídico de cada tipo de gestor es la cantidad y tipo de controles a los que se encuentra sometido por razón de su actividad. Estos controles pueden identificarse genéricamente como toda actividad de intervención administrativa que afecta a los centros residenciales o a sus titulares. Se trata de una actividad de ordenación que trata de evitar peligros o prevenir riesgos, típicamente mediante restricciones de derechos (SCHMIDT-ARMANN, 2006, §§ 3.100-101). Pueden ser *tanto previos al inicio de la actividad como posteriores* a ese momento, y responden a distintas finalidades según los casos: unos establecen o mantienen unos requisitos que se consideran mínimos, mientras que otros garantizan un estándar reforzado de calidad de los servicios residenciales.

Hay que precisar que estas técnicas de control son las específicas del sector de servicios residenciales, pero no hay que olvidar que también existen otros controles adicionales en función de la materia, como urbanismo o sanidad, que no son objeto de este análisis.

a. Controles previos

(i) Autorización administrativa

Una primera categoría de controles se caracteriza por desplegar sus efectos previamente al inicio de la actividad controlada. La técnica de intervención previa por excelencia es la *autorización administrativa*, en cuanto instrumento anterior al ejercicio de actividades privadas que trata de remediar su potencial dañoso o modular la intensidad del uso que comporta. El otorgamiento de la autorización confiere así a su titular una situación jurídicamente protegida que le permite realizar la actividad sujeta a tal control previo (LAGUNA DE PAZ, 2006, p. 37). Por ello, hay que preguntarse (i) qué centros están sujetos a autorización, y (ii) qué es lo que se autoriza en cada caso.

No todos los centros residenciales están sujetos a autorización por parte de la Administración. En general, toda residencia de mayores de titularidad privada debe estar debidamente autorizada por la Consejería competente en materia de servicios sociales (por ejemplo, arts. 83.1 LSSA, 71.1 LSSC, 55.2 LSSM y 59.1 LSSPV). Llama la atención que muchas de las normas autonómicas, desde un punto de vista sistemático, incluyan el régimen de control en la regulación de la iniciativa privada y/o social en

materia de servicios sociales. Ello plantea la pregunta obvia: ¿no están entonces sujetas a autorización las residencias de titularidad pública? La respuesta depende de la comunidad autónoma en que se encuentre el centro. Comunidades como Madrid o la Comunidad Valenciana exigen autorización a todos los centros, independientemente de quién sea su titular. Otras comunidades, sin embargo, exigen la autorización previa únicamente a los centros de titularidad privada. Así sucede, por ejemplo, en el País Vasco. Y aún hay alguna comunidad en que sólo los centros de titularidad autonómica están exentos de la autorización, pero no los de otras Administraciones [art. 4.1 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León (BOCyL núm. 240 de 21.12.2010) (en adelante, LSSCL)].

Naturalmente, ello no implica que los centros públicos no deban reunir los mismos requisitos exigidos a los de titularidad privada para ser autorizados. Sencillamente, lo que sucede es que en algunas comunidades se ha eliminado esta formalidad, probablemente porque se entienda que es innecesario que la Administración autonómica se autorice a sí misma —aunque sea entre sus órganos o entidades instrumentales— siempre que se asegure de cumplir los estándares necesarios. No hay duda de que la estructura habitual de la relación de control —bipolar— es distinta en estos casos, al haber un único sujeto activo y pasivo del control (SCHMIDT-ABMANN, 2006, § 3.100, AGUDO GONZÁLEZ, 2018, p. 133). Haya o no autorización en sentido formal, lo que *sí tiene lugar en todas las comunidades es una comprobación de que el establecimiento proyectado reúne los requisitos* establecidos para esa clase de centros, sea en forma de informe, resolución del consejero u otra distinta.

Conviene también precisar que, aunque la técnica de control común sea la autorización, hay *alguna comunidad autónoma en la que se exige más de una*. Lo más habitual es que sea necesaria una única autorización previa a la puesta en funcionamiento del centro (Madrid, Comunidad Valenciana, Cataluña), pero algunas comunidades exigen dos autorizaciones, cada una con un objeto distinto: una previa a la construcción del centro y otra previa a su puesta en funcionamiento (País Vasco). En los casos en los que se solicita la autorización para la modificación del centro es evidente que éste ya se encuentra construido. En esos casos, la autorización es, como regla, previa al inicio de las obras.

Este régimen de doble autorización previa también existe en Andalucía, conforme al Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de entidades y centros de los Servicios Sociales de Andalucía (BOJA núm. 56 de 28.3.1996). Este Decreto ha sido derogado recientemente por el Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales (BOJA núm. 200 de 16.10.2018). El nuevo Decreto no contempla ya un sistema de doble autorización, sino de autorización única. No obstante, en él se dispone que entrará en vigor a los veinticuatro meses desde su publicación, es decir, el día 16 de octubre de 2020.

Cuando sólo es necesario obtener una única autorización es posible, en ocasiones, recabar el visado de la Administración previamente a la ejecución del proyecto del centro que posteriormente deberá ser autorizado [art. 18 del Decreto 59/2019, de 12 de abril, de ordenación del sistema público valenciano de servicios sociales (DOGV núm. 8546 de 13.5.2019)].

Mediante estas autorizaciones, la Administración comprueba que el centro que se pretende abrir cumple o cumplirá con los requisitos arquitectónicos, funcionales, de personal, de formación y con los estándares de calidad establecidos, que deben respetarse durante toda la vigencia de la prestación del servicio de residencia. Es de destacar que los requisitos exigidos para la autorización de centros son

los mínimos que se entienden exigibles a cualquier centro residencial, pues en caso de que se trate de requisitos para reforzar la calidad del servicio más allá del mínimo estaremos normalmente ante una acreditación.

Un caso particular es la Comunidad Valenciana, en la que se exige autorización también a los centros de los que es titular la Administración autonómica, pero cuyos requisitos no son los de las autorizaciones —estándar mínimo—, sino los de las acreditaciones —estándar reforzado— (infra p. 0).

(ii) Acreditación

La *acreditación* u homologación es una técnica de control típicamente diseñada para certificar que determinados productos o servicios reúnen ciertos requisitos o especificaciones técnicas (LAGUNA DE PAZ, 2006, p. 103). En el caso de los centros residenciales se exige acreditación a los *centros de titularidad privada que van a albergar a beneficiarios de la prestación pública* de residencia, por lo general. El objetivo de la acreditación es entonces verificar previamente que esos centros cumplen con unos estándares cualificados o reforzados de calidad, que por lo tanto se añaden a los mínimos exigidos para su autorización.

El fin que persigue este segundo nivel de control no es otro que *garantizar la calidad del sistema público* de prestaciones sociales, independientemente de si es la Administración quien da el servicio directamente o es una entidad privada colaboradora de ésta (FERNÁNDEZ RAMOS, 2008, p. 119). Es común que se exija a los sujetos privados que obtengan esta acreditación previamente a la presentación de ofertas para un concierto o contrato con la Administración (arts. 84.1 LSSA, 63.1 LSSCV o 75.2 LSSC). Resulta por ello un elemento útil para comparar el régimen entre tipos de centro: si éste es mixto, el sujeto gestor debe obtener y mantener una acreditación autonómica que garantiza y obliga al mantenimiento de unos estándares de servicio por encima de los mínimos para realizar la actividad de forma íntegramente privada. Y ello aunque sólo algunas pero no todas las plazas del centro correspondan al servicio concertado con la Administración.

Aunque es habitual que la acreditación se asemeje a la autorización en su naturaleza jurídica, *en ocasiones se configura como una comprobación contractual previa* a la adjudicación de plazas en centros mixtos. Así, por ejemplo, para el ejercicio 2019 la Diputación Foral de Álava ha convocado una licitación para concertar plazas —mediante el contrato de servicios de la LCSP— a través de un acuerdo marco, cuyo objeto es «la homologación de empresas o entidades titulares de centros con disponibilidad de plazas de atención residencial para personas mayores en el ámbito municipal de Vitoria-Gasteiz, con el fin de que el Instituto Foral de Bienestar Social disponga de una bolsa de plazas» a las que pueda derivar a los beneficiarios del sistema público de prestaciones residenciales (Cláusula I.1.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios, mediante acuerdo marco, de plazas en centros residenciales para personas mayores en el municipio de Vitoria-Gasteiz, expediente 57/18 del Instituto Foral de Bienestar Social de Álava).

Visto el objetivo que persigue la acreditación es claro que *su utilidad es óptima en los centros mixtos*. Es menos habitual que se exija a los centros públicos, posiblemente porque su utilidad se agota en la garantía de que el centro reúne ciertos estándares de calidad y se entienda que los centros de la Administración ya cumplen con esos estándares —de modo similar a lo que sucede con las autorizaciones de centros públicos: el acreditado acredita—. No es necesaria la acreditación formal de residencias públicas en Andalucía, Cataluña o el País Vasco. En la Comunidad Valenciana sólo deben

acreditarse los centros que no son de titularidad de la Generalidad Valenciana —ya que los que sí lo son ya deben reunir los requisitos de la acreditación para obtener su autorización de funcionamiento (art. 58.3 II LSSCV)—. En Madrid también es necesaria siempre que el centro cuente con autorización para 100 o más plazas, independientemente del tipo de centro.

En Castilla y León, *todos* los centros inscritos en el registro autonómico correspondiente debían instar su acreditación antes de que finalizara el plazo de 1 año establecido en la DT 3ª del Decreto 14/2017, de 27 de julio, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención a las personas mayores en Castilla y León (BOCyL núm. 145 de 31.7.2017). No obstante, este Decreto ha sido anulado judicialmente por defectos en el procedimiento, de forma que ha recuperado vigencia el Decreto 2/2016, de 4 de febrero, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención a las personas mayores en Castilla y León (BOCyL núm. 24 de 5.2.2016), que sólo se refiere a la acreditación en el marco de la dependencia. Madrid es un caso algo distinto, pues prevé un sistema de acreditación no para entidades concertadas o concedidas, sino para entidades *colaboradoras* de la Administración (art. 58 LSSM). Unas y otras se distinguen en que las entidades concertadas o concedidas han sido adjudicatarias de un contrato de gestión de servicios públicos, mientras que las entidades colaboradoras son entidades privadas sin ánimo de lucro a quienes se reconoce, mediante la acreditación, que colaboran con la Administración en la realización de programas o actividades sociales. Por otra parte, es el art. 12 de la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Centros y Servicios de Acción Social y Mejora de Calidad de los Servicios Sociales de Madrid (BOCM núm. 304 de 22.12.2002) (en adelante, LCSSM), el que prevé distintos sistemas de evaluación de la calidad de los centros en función del número de plazas. En particular, si el centro cuenta con 100 o más plazas autorizadas, deberá obtener la certificación de calidad de un organismo autorizado —que, desafortunadamente, también se denomina acreditación—.

En definitiva, el sometimiento de los centros mixtos y, en algunos casos, también de los centros públicos a este segundo nivel de control se justifica en la necesidad de certificar la concurrencia de los estándares de calidad exigibles para los servicios del sistema público autonómico. Se configura así un *control doble* sobre estos centros. Aunque no todos los centros públicos deban acreditarse, también deberán reunir los requisitos necesarios para ello, en cuanto son los estándares fijados en cada comunidad autónoma para los servicios de responsabilidad pública. Cuando se trata de la comprobación de requisitos de centros de otras Administraciones se acude también a instrumentos de colaboración —convenios—. Por lo tanto, desde el punto de vista de la intervención administrativa, existe una mayor exigencia de calidad a los servicios dispensados en centros públicos y mixtos, mientras que los centros privados se ven sometidos a requisitos menos exigentes, únicamente necesarios para ser autorizados. Esto es consistente con el distinto objeto que persigue cada una de estas técnicas de intervención.

Cabe hacer una precisión adicional: la acreditación no tiene por qué ser inmediatamente posterior a la autorización. Es perfectamente posible que un gestor privado construya un centro y lo opere durante años y, posteriormente, opte por concertar todas o algunas de sus plazas. Sólo en este segundo momento es cuando necesitará la acreditación, como condición previa para acceder al concierto en cualquiera de sus tipos.

b. Controles posteriores

Los controles previos servirían de poco si no vinieran seguidos de un control posterior del cumplimiento de los requisitos necesarios. Me refiero a este segundo tipo como «posterior» porque tomo como referencia el momento del inicio de la actividad, pero en realidad se desarrolla

simultáneamente durante toda la prestación del servicio. El control posterior es útil no sólo para garantizar el cumplimiento de los requisitos mencionados, sino también para que la Administración recabe una mejor información sobre cuáles de ellos debe exigir y dónde se encuentran los problemas o riesgos de la actividad. Es por ello razonable que todas las normas autonómicas de servicios sociales establezcan reglas sobre inspección de centros y servicios, así como un régimen de infracciones y sanciones —dirigido no sólo a los gestores o colaboradores con la Administración, sino también a los usuarios destinatarios de las prestaciones—.

De este modo, *el control posterior lo realiza la Administración al ejercer su actividad de inspección*, comúnmente identificada como una actuación de comprobación que se enmarca dentro de la actividad administrativa de policía (FERNÁNDEZ RAMOS, 2002, p. 51). La finalidad de este control es fundamentalmente preventiva, dado que se encamina a evitar que los riesgos y peligros inherentes al servicio se concreten debido a la dificultad para su plena reparación. Otras finalidades que también se atribuyen a la actividad inspectora son la correctora de situaciones antijurídicas (FERNÁNDEZ RAMOS, 2002, pp. 21-25), la informativa —para que la Administración obtenga datos relevantes sobre el funcionamiento— y la instructiva —para informar a los infractores sobre incumplimientos involuntarios de la normativa— (RIVERO ORTEGA, 2000, pp. 79-82).

Desde el punto de vista de los servicios sociales, la normativa sectorial típicamente dispone que la *Administración competente para inspeccionar es la autonómica*, como responsable de los servicios públicos residenciales en cada comunidad autónoma. Estas facultades inspectoras se extienden a todos los centros, con independencia de si son públicos, privados o mixtos, aunque el parámetro de comprobación podrá variar entre unos y otros en función de las técnicas previas de control que se apliquen a cada uno de ellos. Debido al reconocimiento genérico de estas facultades en la normativa correspondiente me refiero a ellas como *facultades generales* de inspección.

Ahora bien, hay otro elemento que fundamenta también una actuación administrativa de comprobación sobre los centros residenciales: *el concreto instrumento mediante el que se articula la colaboración* del privado con la Administración. Aquí se enmarcan las facultades que la legislación de contratos reconoce a la Administración que encarga a un tercero la gestión indirecta de un servicio, para que pueda controlar su correcta ejecución —que se han reforzado mediante la figura del responsable del contrato (art. 62 LCSP)—. La actual LCSP prevé que la Administración contratante tendrá facultades de inspección sobre las actividades del contratista en general (art. 190 II LCSP) y sobre las de los contratistas o concesionarios de servicios, cuando sean públicos, en particular (arts. 287.2 y 312.e LCSP)⁶. Dado que estas facultades las ostenta la Administración correspondiente según el modo que tenga de organizar sus servicios, las denomino *facultades especiales* para distinguirlas de las generales. Conviene destacar que, dado que la LCSP se ocupa de las concesiones y de los conciertos contractuales, en los supuestos de acción concertada no habrá facultades especiales, salvo que estén previstas expresamente en el instrumento de concierto o en la legislación que lo regule.

Estas facultades especiales de inspección no pueden identificarse sin más reflexión con las que prevé la normativa autonómica sobre servicios sociales en general. Una primera diferencia se refiere a su *titular*, pues si bien las facultades generales corresponden a la Administración autonómica, las facultades especiales corresponderán a la Administración contratante, que no necesariamente debe

⁶ En el TRLCSP sólo había una mención expresa a los poderes de policía de la Administración contratante en el marco de un contrato de gestión de servicios públicos, fuera concesión o contrato (art. 279.2 TRLCSP).

ser la autonómica. Por lo tanto, es posible que haya simultáneamente más de una Administración que ejerza una actividad inspectora sobre el mismo centro, una en ejercicio de sus facultades generales y la otra, de sus facultades especiales.

Otra aparente diferencia es la *finalidad* que las normas autonómicas atribuyen a la actividad inspectora. La LCSP pretende que las facultades especiales sirvan para «asegurar la buena marcha de los servicios» públicos o que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Sin embargo, algunas normas autonómicas describen las facultades generales o funciones de la inspección autonómica en términos más amplios. No sólo se refieren al buen funcionamiento de los servicios sociales, sino también aluden en ocasiones a la promoción o impulso de medidas para *mejorar* la calidad de los servicios (Castilla y León) —no únicamente para asegurar que se cumple el estándar establecido— y/o a la garantía de los derechos de los usuarios (Andalucía, Comunidad Valenciana). Otras comunidades autónomas, no obstante, omiten estas menciones y se limitan a nombrar la actividad de comprobación (Cataluña).

Es interesante que la LCSP llame la atención sobre estos servicios en concreto, pues parece decir *a contrario* que cuando se trate de un servicio «no público» o sin prestaciones directas a los ciudadanos no habrá facultades especiales de inspección. Esta distinción quizá denota que al legislador le parece que está justificado permitir a la Administración inspeccionar al contratista cuando pueden producirse daños a terceros, pero no cuando la perjudicada sólo puede ser la Administración. En este sentido, la introducción del art. 190 II LCSP no se ha relacionado tanto con la buena marcha de los servicios como con el aseguramiento de que se cumplen las condiciones especiales de ejecución del contrato que conectan con sus fines estratégicos (HERNÁNDEZ CORCHETE, 2018, p. 2087).

Una lectura más detenida revela, sin embargo, que facultades generales y especiales no son tan distintas. La finalidad fundamental de todas estas facultades de inspección es asegurar que en el centro se cumple el ordenamiento jurídico y se dispensa un servicio residencial correcto —prevención y corrección de situaciones antijurídicas—. *Las facultades generales podrán ejercerse sobre cualquier centro* —público, mixto o privado— y tendrán como primera referencia la autorización de la residencia (FERNÁNDEZ RAMOS, 2008, p. 145) y, en su caso, también la acreditación. Por su parte, *las facultades especiales se circunscriben a los centros mixtos* —porque su existencia presupone la gestión indirecta del servicio—, y probablemente tomen como parámetro fundamental el contrato o concierto que instrumenta la relación de colaboración. La mención normativa a la mejora de la calidad o a la garantía de los derechos de los usuarios no debe interpretarse de modo que formen parte de la actividad de comprobación, sino de las *funciones* que desempeña la Inspección de los servicios sociales —Inspección, por tanto, como servicio administrativo—. Tiene todo el sentido que la Inspección que comprueba el funcionamiento de los centros de servicios sociales pueda promover medidas para mejorar su calidad o para garantizar los derechos de los usuarios, ya que cuenta con una información muy valiosa sobre la realidad de su funcionamiento —finalidad informativa—.

Por todo ello considero que las facultades generales y especiales de inspección *pueden recibir un tratamiento similar* a nuestros efectos, aunque no sean idénticas. En los centros públicos y en los privados normalmente habrá inspección sólo por parte de la Administración autonómica, aunque los requisitos comprobados serán distintos —más exigentes para los centros públicos—. Por su parte, en los centros mixtos habrá una o dos Administraciones inspectoras, dependiendo de si la contratante es la autonómica u otra distinta, a excepción de aquellos centros de acción concertada en los que el concierto o la normativa no prevean expresamente las facultades de comprobación de la

Administración concertante. En uno y otro caso, el parámetro principal de control será similar, pero no idéntico. Se ve, por tanto, que todos los tipos de residencias son objeto de inspección, pero no en los mismos términos.

3.4. Imputación a la Administración de la actuación dañosa del gestor frente a usuarios y terceros. Régimen de responsabilidad

Uno de los indicadores clave para determinar cuál es el régimen del sujeto gestor de la residencia es si su actuación dañosa se imputa a la Administración o si, por el contrario, los daños provocados por su gestión le son únicamente imputables a sí mismo. Resulta evidente que no se estará ante dos sujetos con igual régimen jurídico si la actuación de uno de ellos se debe entender hecha por la Administración «de cobertura», mientras que la del otro sujeto no. En definitiva, *es crucial conocer el régimen de responsabilidad patrimonial al que se someten unos y otros sujetos gestores (Haftung)*. Las posibles novedades aquí están en los sujetos privados, pues el régimen de responsabilidad de las Administraciones titulares se sujetará fundamentalmente a las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236 de 2.10.2015) (en adelante, LPAC y LRJSP, respectivamente).

Una primera aproximación puede hacerse partiendo de la *summa divisio* del Derecho, en función de la rama que, en principio, se aplica predominantemente en cada centro. Así, en los centros públicos habrá un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, en los centros privados regirá la responsabilidad civil y en los centros mixtos habrá una combinación de ambos. Aunque es cierto que, en último término, responsabilidad administrativa y civil forman parte de un mismo sistema que comparte fundamento (MEDINA ALCOZ, 2005, pp. 123-125), el objetivo de reparar los daños causados y los elementos más básicos de su configuración (MEDINA ALCOZ, 2009, p. 33), tampoco puede negarse que las diferencias entre ambos subsistemas son lo suficientemente significativas como para sostener que ambos son regímenes distintos.

En los centros residenciales *pueden distinguirse fundamentalmente dos actividades diferenciadas que son susceptibles de generar responsabilidad*: (i) la prestación material del servicio; y (ii) la actividad de control de centros que ya se ha estudiado. La diferencia fundamental aquí dependerá de si al sujeto privado gestor de la residencia le une alguna relación con la Administración—más allá de la intervención o control sobre su actividad— o si presta su actividad libremente.

Aunque no son los únicos casos en los que puede haber responsabilidad en el ámbito residencial, sí son los más significativos y aquellos que dependen de cómo se configure la prestación del servicio. Supuestos como la errónea negación del derecho a una plaza pública o las lesiones causadas a un visitante por el mal estado del pavimento del centro también podrían generar responsabilidad, pero ni el tipo ni el sujeto responsable son consecuencia de la clase de centro.

a. Responsabilidad por la prestación material del servicio

Dependiendo del sujeto que preste materialmente el servicio de residencia el régimen de responsabilidad al que se someterá variará también. De nuevo, hay que distinguir entre centros públicos, privados y mixtos.

(i) En centros públicos

En los centros en los que la Administración es titular y gestora, es claro que su responsabilidad se sujetará fundamentalmente a la LPAC y la LRJSP. Sin duda, el servicio residencial que presta es un servicio público a los efectos del artículo 106.2 CE, y cualesquiera Administraciones titulares de centros públicos entran dentro del ámbito subjetivo de ambas leyes, al igual que sus organismos públicos o entidades de Derecho público vinculadas o dependientes.

Los arts. 32 y ss. LRJSP prevén un *sistema de responsabilidad administrativa* general cuyos elementos son, sintéticamente, los siguientes: (i) un daño relevante o antijurídico; (ii) una acción o hecho lesivo imputable a la Administración; (iii) un nexo causal; y (iv) un título de imputación basado en el funcionamiento de los servicios públicos. Todos estos elementos deberán concurrir para que la Administración que gestiona un centro residencial responda ante el residente, y los problemas para su exigencia que cabe esperar son los comunes a las reclamaciones de esta clase de responsabilidad.

En 2018, la principal causa de desestimación judicial de reclamaciones de responsabilidad administrativa fue la ausencia de título de imputación, seguida de la de antijuridicidad del daño y de nexo causal (PASTOR MERCHANT, 2019, p. 163).

Esta configuración del sistema de responsabilidad de las Administraciones se ha definido tradicionalmente como un *sistema objetivo* que prescinde totalmente del elemento de la culpa, desde la aprobación de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa (BOE núm. 351 de 17.12.1954) (en adelante, LEF). Sin grandes cambios, la redacción del art. 121.1 LEF ha tenido su reflejo en las sucesivas leyes de régimen jurídico de la Administración, así como en el art. 106.2 CE. Esto ha permitido que la caracterización de la responsabilidad administrativa como objetiva haya sobrevivido a los cambios normativos de los últimos 60 años en doctrina y jurisprudencia (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017b, pp. 398-404).

Esta descripción contrasta con otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, como el alemán, en el que la culpa sigue formando parte de la *Amtshaftung*, por mucho que se haya objetivizado la responsabilidad al atribuirse no al empleado público, sino a la organización administrativa (MAURER y WALDHOFF, 2017, § 26.24, GRZESZICK, 2016, § 44.28).

Conviene aquí realizar un breve excurso para tratar el tema del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, pues tiene relación directa con el régimen de responsabilidad aplicable en los centros públicos. La idea de la objetividad del sistema se ha visto recientemente reforzada por la STC 112/2018, de 17 de octubre. Esta sentencia, resuelta en Pleno, deja claro que *el TC considera que el art. 106.2 CE efectivamente prevé un sistema de responsabilidad administrativa necesariamente objetivo*. En ella se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Logroño núm. 1 relativa a la distribución y naturaleza de la responsabilidad en accidentes en carretera provocados por animales de caza prevista en la DA 7ª del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE núm. 261 de 31.10.2015) (en adelante, LTSV). Afirma la sentencia que el art. 106.2 CE refleja la «recepción constitucional del sistema de responsabilidad del Estado previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia», de forma que «el régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones Públicas se rige por criterios objetivos» (FJ 5). En relación

con la remisión a la ley en el art. 106.2 CE para su desarrollo, considera que «no puede, en modo alguno, explicarse como una mera autorización al legislador para que determine el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración», pues para el TC esto es «una regla de cierre que permite al legislador concretar la forma en que una responsabilidad puede ser exigida» (FJ 5). Es decir, el TC parece asumir sin más reflexión que la doctrina administrativista en 1978 afirmaba que la responsabilidad administrativa era objetiva, por lo que ése es el único sentido posible del art. 106.2 CE, que no queda desvirtuado por la remisión a la configuración legal que en él mismo se prevé.

En mi opinión, la fundamentación de la sentencia es inusualmente superficial y poco analítica, especialmente si se tiene en cuenta que el objeto de interpretación es de una enorme relevancia. Es bastante problemático que el TC se remita a la doctrina que en 1978 podía existir en la materia, obviando así lo escrito durante los últimos 40 años —que, a mi juicio, es bastante más cercano a la recta interpretación del art. 106.2 CE (por todos, MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 49 y ss.)—. La cuestión no es tanto preguntarse qué idea de la responsabilidad tenía el constituyente como si en el art. 106.2 CE cabe un sistema de responsabilidad en el que la culpa pueda operar como uno de sus elementos. Y la respuesta no puede ser sino afirmativa, pues *nada se dice en ese artículo en un sentido o en otro* ni nada se deriva de ninguna otra disposición constitucional.

A este respecto, hay que destacar el voto particular que formula el magistrado Andrés Ollero Tassara a la STC 112/2018. En lo que ahora interesa, critica esta supuesta recepción constitucional de la responsabilidad administrativa objetiva y recuerda que *tal carácter objetivo ha sido matizado por la doctrina administrativista*. De esta forma, nuestro sistema admitiría responsabilidades objetivas, pero en modo alguno excluye la culpa por funcionamiento anormal del servicio (así, por ejemplo, la STS, 3ª, 29.10.2010, cas. 4459/2006, FJ 3). Pone así de relieve que, aunque siempre se comience afirmando la objetividad de la responsabilidad, acaban entrando en juego excepciones a esa «presunta responsabilidad universal», y cita como ejemplo el criterio de la *lex artis* como título de imputación, que considera «un modo solapado de dar entrada a criterios de culpa» (en este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, 2012, p. 495; en sentido opuesto, considerando a la culpa un criterio compatible con un sistema objetivo, MIR PUIGPELAT, 2012, pp. 21-24). Entiende así que la doctrina de la STC 112/2018 «lleva a petrificar un modelo objetivo y universalista de responsabilidad, quizá por considerar con notable desfase que era ese el que el constituyente tenía ante sus ojos. Aparte de sus posibles repercusiones sobre el gasto público, se ignora así el reenvío al legislador que el art. 106.2 sin ninguna duda establece».

Efectivamente, el debate en la doctrina administrativista ha venido modulando este carácter tradicionalmente objetivo, avivado sin duda por las conocidas críticas formuladas desde la doctrina civilista (PANTALEÓN PRIETO, 1994) a un sistema puramente objetivo de responsabilidad administrativa. Críticas que han tenido reflejo no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia (MIR PUIGPELAT, 2012, pp. 36-37, MEDINA ALCOZ, 2005, pp. 145 y ss.). En mi opinión, el voto particular acierta al afirmar que la culpa puede ser uno de los títulos de imputación de responsabilidad, algo que legítimamente puede disponer el legislador sin contravenir el art. 106.2 CE. En definitiva, aun admitiendo que «servicio público» a efectos de responsabilidad puede ser toda actividad o pasividad de la Administración (MEDINA ALCOZ, 2009, p. 47), o toda actividad que sirve al interés público aunque no sea responsabilidad de la Administración (ORTEGA BERNARDO, 2017, p. 76), la alusión a «toda lesión» que sufran los particulares no excluye automáticamente la necesidad de que concurra el elemento de la culpa en la actuación lesiva, máxime cuando el propio art. 106.2 CE reserva a la ley la configuración de este sistema de responsabilidad. Dicho de otra forma, *no me parece que un*

régimen objetivo de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos sea constitucionalmente necesario (MEDINA ALCOZ, 2009, p. 44). Cosa distinta es, por supuesto, que haya quien sostenga que la regulación legal de la responsabilidad administrativa termina de consagrar un sistema objetivo (DE AHUMADA RAMOS, 2004, pp. 45 y ss.).

Es más, si tomáramos como acertada la doctrina de la STC 112/2018 habríamos de concluir que probablemente el reparto de responsabilidad efectuado por la LCSP entre contratista y Administración por daños a terceros también es inconstitucional. En esta sentencia, el TC acude a una muy cuestionable «interpretación conforme» para afirmar que, aunque la DA 7ª LTSV no atribuya la responsabilidad a la Administración, siempre puede acudir al sistema general de responsabilidad administrativa general. Sobre esta extraña interpretación conforme véanse los dos votos particulares.

Sin que sea posible aquí desgranar por completo esta cuestión, sí conviene señalar que, a mi juicio, hay muchos casos en los que *se fuerzan los elementos de la responsabilidad o se perpetúan construcciones poco precisas para prescindir artificialmente de la culpa*. Un ejemplo es el uso de teorías normativas para apreciar si hay nexo causal, cuando en realidad sirve en muchas ocasiones para ocultar un juicio sobre el disvalor de una conducta reprochable o que infringe algún deber de conducta (este y otros ejemplos en DOMÉNECH PASCUAL, 2019, pp. 22-24). Se emplean como teorías sobre la causa cuando no son sino teorías sobre la imputación (MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 68-75).

En definitiva, el régimen de responsabilidad aplicable a los centros públicos es el previsto en los arts. 32 y ss. LRJSP. Pero, aunque así sea habitualmente descrito, no creo que pueda hablarse de un sistema puramente objetivo de responsabilidad, sino más bien de un sistema en el que *la culpa puede operar como uno de sus títulos de imputación*. Y ello porque, a mi juicio, del art. 106.2 CE no se deriva necesariamente esa objetividad.

(ii) En centros privados

El caso opuesto es el de los centros privados, en los que la actividad material de prestación del servicio residencial es íntegramente asumida por el gestor privado del centro. Resulta obvio que *esta actuación sólo a él le será imputable*, sin que pueda atribuirse a la Administración resultado alguno del servicio prestado directamente por aquél. Por tanto, será privada la responsabilidad del gestor del centro no integrado en el sistema público, cuando responda por daños causados en el curso de la prestación. La diferencia más relevante con respecto al sistema de responsabilidad administrativa se encuentra en el elemento subjetivo. Si bien la culpa es sobre lo que pivota básicamente el sistema de responsabilidad civil (arts. 1.101 y 1.902 del Código Civil), se acaba de estudiar cómo la responsabilidad administrativa suele describirse como objetiva. Ya se han planteado los reparos a esta pretendida objetividad. Pero, en cualquier caso, es claro que el régimen civil de responsabilidad constituye un estándar distinto respecto del de responsabilidad administrativa, ya sea por la diferencia en el protagonismo del elemento subjetivo o por el manejo de distintos criterios de causalidad o de imputación.

En general, *la responsabilidad de los gestores de centros privados será contractual* (arts. 1101 y ss. CC). Es de esperar que la prestación contratada incluya no sólo el servicio de alojamiento, sino también otros, como alimentación o cuidados. Gran parte de los daños que podrían causarse al usuario se enmarcan en alguna de estas tres categorías que forman lo pactado. Pero, incluso cuando el daño no derive directamente de éstas, es posible que la lesión también entre dentro del ámbito del contrato si se trata de obligaciones accesorias no expresamente pactadas, pero que tienen relación directa con las

obligaciones contractuales (ASÚA GONZÁLEZ, 2014, pp. 729-730). Así, por ejemplo, si un residente sufre un daño causado por un defectuoso mantenimiento de las instalaciones, lo razonable es que se considere que el buen estado de éstas forma parte de la prestación de alojamiento. En esta materia hay que tener en cuenta también el art. 148 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 (BOE núm. 287 de 31.11.2017), que regula la responsabilidad por daños originados a consumidores en el correcto uso de un servicio sanitario en el que no se hayan respetado los niveles de eficacia o seguridad establecidos, y en el que se incluyen expresamente los servicios sanitarios en una lista no exhaustiva.

De esta forma, resulta difícil imaginar casos de responsabilidad extracontractual por daños causados en una residencia de mayores privada. Quizá se den casos en los que el profesional causante del daño no sea un dependiente del gestor del centro, sino completamente independiente. En estos casos, la reclamación frente al causante sería extracontractual. Por lo demás, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es confusa, al menos en lo que hace a los servicios sanitarios, de indudable similitud a los residenciales. Y tiene relevancia en lo relativo a la determinación de lo indemnizable y a la prescripción de la acción (ASÚA GONZÁLEZ, pp. 721-731). Pero la gran mayoría de supuestos lesivos se darán normalmente en la órbita del objeto del contrato, por lo que la responsabilidad extracontractual en este ámbito es excepcional. Nótese que, en todos estos casos, si la reclamación se dirigiera contra un centro público no cabría sino hablar de una única responsabilidad patrimonial de la Administración.

(iii) En centros mixtos

Queda por ver cuál de éstos es el régimen aplicable a los centros mixtos. En materia de contratos públicos en general, el art. 196 LCSP dispone que el contratista indemnizará los daños causados como consecuencia de las operaciones del servicio, a excepción de los «ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración». Para las concesiones, la regla especial del art. 288.c LCSP prevé una excepción parecida, referida ahora a los daños producidos «por causas imputables a la Administración». El art. 312.b LCSP contiene una previsión equivalente para los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas para la ciudadanía. Los contratos contractuales se canalizarán por una u otra vía en función de la existencia o no de traslación del riesgo operacional.

Idénticos términos recogía el TRLCSP en los artículos correspondientes para los contratos en general y para los contratos de servicios públicos. Sin grandes variaciones, ésta es la regulación material de la cuestión desde la LEF. VILLAR ROJAS (2018, p. 87) ha señalado que la LCSP ha replicado gran parte del régimen de las antiguas concesiones de servicios públicos para los contratos con prestaciones directas a la ciudadanía.

La regla general, por tanto, es la responsabilidad directa del contratista, salvo en los casos en los que exista un nexo causal entre el daño producido y la actuación administrativa, en los que responderá la Administración. Esta idea no responde tanto a la transmisión del riesgo operacional al contratista — que no se da en los contratos de servicios— como a la ejecución del contrato bajo su propio riesgo y ventura—distribución de riesgos—, combinada con la dificultad de articular un nexo causal entre la actividad administrativa y el daño causado por la prestación material del servicio residencial. En

efecto, es razonable que el contratista responda por los daños que se causen durante la operación del servicio, siempre que le sean imputables a él y no a la Administración.

Aunque la imputación del resultado a la Administración puede ser automática, si así se desprende del caso. La STS, 3ª, 15.6.2011 (cas. 3246/2007) confirma la STSJM que afirma, en relación con una residencia geriátrica concertada con la Seguridad Social, 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» (FJ 1).

Más allá de esos casos, no es fácil imaginar supuestos en los que la causa de un daño producido durante esa prestación material sea una determinada actuación administrativa, cuando no sea la Administración la que gestione directamente el centro. Será por tanto más habitual que se trate de un daño causado por una deficiente *vigilancia* administrativa, lo que nos sitúa en la clase de responsabilidad por control que se analiza más adelante (infra 3.4.b).

Un problema adicional al de determinar qué sujeto será el responsable es *a qué estándar de responsabilidad se debe someter su actuación*. No cabe duda de que a la Administración se le aplicará el régimen de responsabilidad administrativa, pero esa conclusión no es tan clara para sus contratistas, cuando respondan por daños causados a particulares. Hay argumentos para sostener que a tales supuestos son de aplicación las normas de responsabilidad civil, pero también para sostener que debe aplicárseles el mismo régimen que a la Administración.

Entre los primeros suelen citarse la naturaleza jurídico-privada del contratista y la excepcionalidad del sistema objetivo de responsabilidad. Los partidarios de la responsabilidad administrativa de esta clase de colaboradores esgrimen el carácter público del servicio o las funciones ejercidas, la incongruencia en la diferencia de regímenes entre la Administración y el contratista o la necesidad de unificar las garantías de los ciudadanos (GALÁN GALÁN, 2010, pp. 112-115). Estos argumentos pueden reconducirse a la siguiente idea, de sobra conocida: la opción por uno u otro régimen de responsabilidad varía en función de si entendemos que *debe depender de la opción organizativa de la Administración que decide gestionar indirectamente un servicio*, en lugar de gestionarlo por sí misma (GAMERO CASADO, 2018, pp. 2172-2173). Si la respuesta es afirmativa, el estándar de responsabilidad habrá quedado determinado por un hecho que depende exclusivamente de la voluntad de la Administración.

Hay otro argumento muy utilizado en esta cuestión que ya se ha tratado aquí [supra 3.4.a(i)]: el relativo al *carácter objetivo que contendría la cláusula de responsabilidad del art. 106.2 CE*. Mediante una sencilla operación lógica se dice que, ya que del art. 106.2 CE se deriva un régimen objetivo de responsabilidad, y dado que el daño en un centro mixto se produce como consecuencia de un servicio público, la responsabilidad aplicable a los contratistas sólo puede ser la administrativa, en cuanto es el régimen objetivo de responsabilidad que hay (BELADÍEZ ROJO, 1997, p. 79). Además, concurren otros elementos como la existencia de una lesión o la concurrencia de un título de imputación. Me remito aquí a las consideraciones realizadas en relación con el art. 106.2 CE y a la inexistencia de un sistema de responsabilidad necesariamente objetivo ex constitutione.

Dado que, en mi opinión, el art. 106.2 CE no obliga a ese régimen objetivo, puede formularse de nuevo la pregunta sobre qué estándar de responsabilidad, civil o administrativa, es el que debe aplicarse al contratista de la Administración. Aun admitiendo la fortaleza de ambas posturas, nos decantamos por

sostener que *este estándar debe ser el de la responsabilidad administrativa* que se extrae fundamentalmente de la LRJSP, y no el de la responsabilidad civil. Varias son las razones para esta afirmación:

- (a) En materia de servicios públicos, *el estándar de responsabilidad aplicable no debe depender exclusivamente de una decisión organizativa* de la Administración (GAMERO CASADO, 2018, p. 2174). Aún más gráficamente, puede afirmarse que las formas en que se organiza la Administración para prestar servicios son puramente convencionales, por lo que no tiene sentido anudar a estas formas la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial (MEDINA ALCOZ, 2009, p. 46). Es cierto que no es lo mismo si un contratista ajeno a aquélla presta materialmente el servicio, que si es la Administración la que «huye» del régimen administrativo mediante una forma privada de personificación. En este segundo caso es aún más claro que el estándar por el que se responda debe ser el mismo. Pero tampoco parece que haya razones suficientes para justificar una diferencia en las garantías del usuario —al alza o a la baja— según se preste el servicio por la Administración o a través de un contratista (PÉREZ MONGUIÓ, 2008, pp. 173-174). La idea, por tanto, no es que la responsabilidad administrativa sea más garantista que la civil, o que sea necesaria ex art. 106.2 CE, sino que debe ser la misma para la Administración y para quien actúe en su lugar.
- (b) La aplicación del estándar de responsabilidad administrativa a los supuestos de gestión directa o indirecta a través de contrato *previene posibles problemas* en situaciones en las que la Administración y el contratista deban responder, bien sea por concurrencia de causas, bien porque uno repita contra el otro. Si los estándares de responsabilidad son distintos es de imaginar que se multiplicarán los supuestos litigiosos. Así, por ejemplo, quien responde indirectamente puede negarse a hacerlo porque si hubiera respondido directamente no habría satisfecho cantidad alguna —conforme al estándar que le hubiera sido aplicable—.

Aunque el fondo del caso es distinto (daños causados por un concesionario de aprovechamiento hidráulico), la STS, 3ª, núm. 2295/2016 (cas. 2537/2015, FJ 5) declara que el afectado debe dirigirse a la Administración concesionaria para reclamar, quien deberá determinar, *conforme a la legislación de contratos*, si la responsabilidad es imputable al concesionario o a la Administración. En el primer caso, el particular podrá acudir a la vía civil, y en el segundo a la vía administrativa. Al margen de otras cuestiones, es posible que la asignación por la Administración de responsabilidad al contratista no se verifique luego en la vía civil, porque una y otra empleen distintos estándares de responsabilidad.

Y en los casos de concurrencia de culpas será muy difícil establecer conforme a qué criterios debe fijarse la indemnización y, sobre todo, qué porcentaje de la misma corresponde a cada sujeto responsable, pues los criterios sobre causalidad e imputación aplicables a cada sujeto son distintos. Igualar el estándar de responsabilidad para Administración y contratista permite evitar estos problemas.

De algún modo, esto es lo que ha venido sucediendo en la jurisprudencia, en los casos en los que se demanda conjuntamente a la Administración y al contratista. Por ejemplo, la STSJM 432/2016 (rec. 779/2012) resolvió una reclamación de responsabilidad frente a la Administración titular y el sujeto privado gestor de una residencia aplicando a ambos el estándar de responsabilidad administrativa.

- (c) No es fácil encontrar argumentos sólidos para extraer de la naturaleza jurídico-privada del contratista un régimen civil de responsabilidad. La personificación jurídico-privada no garantiza

que sólo será de aplicación un único régimen jurídico, en responsabilidad o en cualquier otra materia. La división entre el Derecho público y el Derecho privado no puede tomarse en este sentido sino como una cualidad graduable, más que como un rasgo binario, de modo que una solución típicamente jurídico-pública puede ser de aplicación también a supuestos en los que habitualmente acudimos al Derecho privado para obtener soluciones, y viceversa. Así, el estándar de responsabilidad administrativa —norma originalmente dirigida a la Administración— debe *abstraerse de su destinatario original y proyectarse sobre el particular contratista*, que se encuentra en una situación similar a la del destinatario original (VELASCO CABALLERO, 2014a, §§ I.36 y II.9). Además, no todos los contratistas gozarán de personalidad jurídico-privada, pues es posible que su personificación sea jurídico-pública. Un argumento en favor de la igualdad de estándares aplicable también entre contratistas parece reforzar la conclusión de que, en todos estos casos, el régimen de responsabilidad debe ser el administrativo, con independencia de la forma de personificación.

- (d) A mi juicio, no existirá inseguridad jurídica sobre el estándar de responsabilidad *siempre que el contratista sea consciente* de que el aplicable será el administrativo, y no el civil. Por ello, este problema es fácilmente evitable si esta circunstancia se determina previamente con claridad.

En definitiva, para fijar el estándar de responsabilidad de los contratistas de la Administración debe seguirse un criterio objetivo y no subjetivo, de modo que respondan conforme al sistema administrativo de responsabilidad cuando el servicio que dispensan sea de responsabilidad pública.

Pero a esta cuestión se le suma otra, de carácter procesal: la relativa al *orden jurisdiccional competente* para resolver las reclamaciones de responsabilidad contra contratistas o concesionarios de servicios. Para estudiarla conviene hacer un breve repaso de la evolución del problema en la normativa. El primer hito relevante se encuentra, una vez más, en la LEF, en este caso en su art. 123. En él se establece que, cuando se trate de servicios concedidos, las reclamaciones se dirigirán contra la Administración concedente. Ésta resolverá sobre (i) si procede indemnizar, y (ii) quién debe abonar la indemnización. Además, prevé que tanto el particular como el concesionario podrán acudir a la vía contencioso-administrativa, en caso de desacuerdo. Es decir, se centraliza en la Administración la decisión sobre la existencia de la indemnización y el sujeto responsable, y se atribuye al orden contencioso el conocimiento de los recursos que procedan.

La siguiente referencia es el art. 98.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119 de 19.5.1995), que en principio derogó tácitamente el art. 123 LEF. Este artículo se refería a la indemnización de daños y perjuicios por los contratistas de la Administración. Su apartado 3 establece que el órgano de contratación se pronunciará, previo requerimiento potestativo del perjudicado, sobre el sujeto responsable —Administración o contratista—, quedando interrumpido el plazo de prescripción de la *acción civil*. Parece entonces que, si el responsable es la Administración, la responsabilidad es administrativa y de ello conoce el orden contencioso-administrativo. Pero si la responsabilidad es del sujeto privado, se aplican las normas civiles de responsabilidad y de ello conoce el orden jurisdiccional civil [así, con matices, la STS, 1ª, núm. 655/2008 (cas. 1848/2001)]. Esta regulación es criticable por dos motivos: (i) uno de fondo, porque hace depender el estándar de responsabilidad de una decisión organizativa de la Administración; y (ii) otro de forma, porque crea la posibilidad de que haya sentencias contradictorias de los distintos órdenes jurisdiccionales que provoquen un peregrinaje jurisdiccional.

El art. 97.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE núm. 148 de 21.6.2000), reprodujo el art. 98.3 anterior de forma casi idéntica, pero dejó fuera el adjetivo «civil», de forma que la reclamación de responsabilidad sencillamente interrumpía «el plazo de prescripción de la acción». De este modo pareció reunificarse el sistema y puede defenderse también que el art. 123 LEF recobró vigencia. Ésta es la redacción que hoy sigue vigente en el art. 196.3 LCSP. Una interpretación cabal de estas normas lleva a la conclusión de que no sólo es el estándar aplicable el administrativo, por los motivos expuestos en este epígrafe, sino que *el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones debería ser el contencioso-administrativo, ya se dirijan contra la Administración, contra el contratista o contra ambos*. Y, aunque el art. 196.3 LCSP se refiera a que los particulares pueden, potestativamente, requerir al órgano de contratación que se pronuncie sobre su reclamación, una interpretación coherente debería llevar a entender que cuando no haya requerimiento, la competencia seguirá siendo del orden contencioso.

Sin embargo, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS ha mantenido un criterio distinto desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285 de 27.11.1992), apoyado posteriormente en el art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167 de 14.7.1998) y la modificación del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio (BOE núm. 167 de 14.7.1998). Este criterio es fundamentalmente el siguiente: cuando se reclame responsabilidad contra sujetos privados que intervienen en los servicios públicos —no sólo en servicios sociales—, *el orden jurisdiccional competente será el contencioso-administrativo sólo si también se demanda a la Administración responsable del servicio*⁷. Lo mismo ocurre si se demanda a sus entidades de Derecho público vinculadas o dependientes o aquellas en las que el capital de titularidad público sea mayoritario⁸. Por el contrario, si únicamente se demanda al sujeto privado en tal calidad, la competencia objetiva corresponderá al orden civil⁹. Así sucede, por ejemplo, en los casos en los que el perjudicado no hace uso de la facultad de solicitar a la Administración que se pronuncie sobre quién, si ella o el contratista, es el responsable. Este criterio también ha sido seguido por la Sala de lo Civil¹⁰ y la de lo Contencioso-Administrativo del TS¹¹.

Especialmente elocuente es la sentencia de la Sala Especial núm. 4/2003 (conf. 8/2002), en la que se afirma la competencia del orden contencioso para conocer de una reclamación por deficiente servicio sanitario contra la Administración, el hospital y el médico. Afirma que «es irrelevante el hecho de que la pretensión resarcitoria formulada ante el Juzgado [de Primera Instancia e Instrucción] se dirija contra una pluralidad de responsables —litisconsorcio pasivo—, de los cuales uno de ellos es una persona privada, *pues lo decisivo*, en atención a la situación fáctica sobre la que se fundamentó la reclamación, *fue el funcionamiento del servicio público sanitario*, que sólo puede ser enjuiciado ante la

⁷ Entre muchos otros, AATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, núms. 5/1998 (conf. 32/1998), 30/1998 (conf. 25/1998) y 19/2000 (conf. 9/2000).

⁸ AATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, núms. 21/2001 (conf. 16/2001), 10/2018 (conf. 5/2018), 12/2018 (conf. 3/2018) y 5/2019 (conf. 23/2018).

⁹ AATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, núms. 8/2003 (conf. 42/2002), y 77/2004 (conf. 40/2004). Recientemente, ATS núm. 9/2019 (conf. 42/2018).

¹⁰ Por ejemplo, SSTs, Sala 1ª, núms. 655/2008 y 598/2012 (cas. 500/2010).

¹¹ STS, 3ª, 30.3.2009 (cas. 10680/2004), aunque no se refiere expresamente a la vía «civil» para reclamar solamente contra el contratista.

jurisdicción contencioso-administrativa» (FJ 2, cursiva mía). Esto pone de manifiesto que, si la clave es efectivamente el servicio público, cuando sólo se demande al sujeto privado que lo ejecuta la competencia también debería corresponder al orden contencioso. Si bien ésta debiera ser la solución, a mi juicio, es claro que no es lo que viene sosteniendo hasta hoy de forma constante el TS.

Aunque tal sea la conclusión para centros concertados contractualmente y centros concedidos, conviene realizar alguna consideración más en relación con la acción concertada. En la medida en que los concertados no son contratistas de la Administración por haberse declarado normativamente esta fórmula como no contractual, *no puede aplicárseles automáticamente* la solución prevista en el TRLCSP o la LCSP. El art. 123 LEF habla de servicios «concedidos», por lo que tampoco sería inmediatamente aplicable. Tampoco las leyes que los regulan establecen su régimen de responsabilidad, más allá de genéricas alusiones a las responsabilidades civiles, penales o administrativas que les correspondan, o a la exigencia de un seguro de responsabilidad civil a los concertados no contractuales. Pero ni siquiera este requisito puede interpretarse como una indicación de que la responsabilidad de estos concertados será civil, pues no corresponde a una norma sectorial autonómica definir ese régimen de responsabilidad. Éste debe encontrarse en la legislación general sobre responsabilidad (VELASCO CABALLERO, 2014b, §§ 36-37).

Si el instrumento de acción concertada es materialmente contractual, la solución pasa por entender aplicable el régimen de la responsabilidad del contratista, pues se trata, al fin y al cabo, de situaciones equivalentes desde el punto de vista material. Para el caso de conciertos auténticamente no contractuales, y dado que no hay un régimen expresamente previsto, es posible aplicar analógicamente el sistema de responsabilidad de los contratistas, pues se trata de un supuesto esencialmente idéntico (CANO CAMPOS, 2002, pp. 57-59) —aunque también puede tomarse como referencia primigenia el art. 121.2 LEF—. En definitiva, lo que aquí sucede es que, mediante una decisión organizativa, la Administración encarga a un tercero que preste un servicio que es de su propia responsabilidad (*Verantwortung*), pero *condiciona la prestación de la misma forma que en el marco de un contrato*. Si ese encargo es contractual o no sólo es relevante ahora para seleccionar la norma aplicable en responsabilidad (*Haftung*): si es contrato, se aplica el TRLCSP o la LCSP. Pero si no lo es, y ante la ausencia de otra norma que prevea cuál debe ser el régimen de responsabilidad, la semejanza entre ambas situaciones —la del concertado contractual y no contractual—permite aplicar la misma regla: en los supuestos de acción concertada, el concertado responderá por todos los daños producidos a causa de la operación del servicio que presta, a excepción de aquellos que sean causalmente atribuibles a la Administración. En este caso, me parece claro que el silencio normativo sobre esta cuestión no significa que haya una remisión al sistema de responsabilidad civil y que, por tanto, no haya una laguna jurídico-administrativa que puede colmarse a través de la analogía.

b. Responsabilidad derivada de la actividad administrativa de control de centros residenciales

El segundo tipo de actividad que puede dar lugar a responsabilidad en el marco de los centros residenciales es la intervención o control que la Administración ejerce sobre ellos. Ya hemos visto cómo las residencias, cualquiera que sea su tipo, están sometidas a las facultades administrativas de intervención. Esta intervención no debe limitarse a autorizar, sino también a asegurar que las condiciones bajo las que se autoriza se mantienen en el tiempo. Tal es la razón de que las leyes sectoriales prevean, sin excepción, un régimen de inspección para los centros, normalmente diferenciados en función del tipo —y, por tanto, de las técnicas de control de las que son objeto—. Y, si anteriormente se distingue entre controles anteriores y posteriores, se sigue ahora que ambas

clases son susceptibles de generar responsabilidad. En cualquier caso, hay que destacar que *esta clase de responsabilidad por controles es intrínsecamente administrativa*, pues esta actividad de control sólo corresponde a la Administración.

(i) Responsabilidad administrativa por controles previos

En relación con las técnicas de control previo que ya hemos visto —autorización y acreditación— pueden imaginarse supuestos en los que un mal funcionamiento del «servicio de intervención» dé lugar a supuestos en los que la Administración incurra en responsabilidad. Un ejemplo sencillo es el del usuario de un centro privado que se ve perjudicado por la revisión de oficio de la autorización del centro otorgada erróneamente, al constatar la Administración que incurría en un vicio de nulidad de pleno Derecho no imputable al autorizado (GALLEGO ANABITARTE *et al.*, 2001, § VI.4.4). En este caso el particular afectado podría plantearse exigir responsabilidad patrimonial a la Administración que no actuó correctamente al autorizar el centro. En el ámbito local se prevé expresamente esta posibilidad en el art. 16.3 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (BOE núm. 196 de 15.7.1955) (en adelante, RSCL).

No cabe duda de que el daño producido es causado por una conducta activa atribuible a la Administración (MIR PUIGPELAT, 2000, p. 144), quien inicialmente no realizó las comprobaciones suficientes sobre los requisitos que debía reunir el centro pero generó una confianza legítima en su legalidad aparente. Además, el riesgo generado por ese acto autorizatorio supera lo permitido, y se ha concretado en un daño al particular, de modo que es objetivamente imputable a la Administración. Se trata de un *riesgo inherente a la actividad de autorización* sin que, en principio, hayan intervenido terceros en el curso causal, lo que operará como título de imputación de la responsabilidad (BELADÍEZ ROJO, 1997, pp. 107-109, 128, MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 244 y ss.). Se ve, por tanto, cómo no es necesario que opere la culpa para poder imputar responsabilidad a la Administración por este motivo. En caso de que hubiera habido una intervención en el curso causal ajena a la Administración —por ejemplo, un informe técnico externo aportado por el interesado para obtener la autorización— podría plantearse si el daño deja de ser objetivamente imputable a la Administración o si se da una concurrencia de causas.

Los casos en los que puede plantearse la exigencia de responsabilidad administrativa por controles previos son muy variados. Los centros pueden ser públicos, privados y mixtos, del mismo modo que los perjudicados pueden ser tanto los sujetos autorizados como los usuarios, o incluso terceros distintos de éstos. En cualquier caso, lo fundamental es destacar que si hay daños causados por controles previos *nos situamos en la gran mayoría de los supuestos en el esquema más habitual de responsabilidad administrativa*, al existir una conducta activa de la Administración a la que puede imputarse objetivamente un daño. No obstante, también podría darse algún supuesto en el que la inactividad formal de la Administración —desestimación presunta de la solicitud de autorización— cause daños resarcibles. En tal caso, el título de imputación sería el incumplimiento, en su modalidad de morosidad —por tanto, funcionamiento anormal— (MEDINA ALCOZ, 2005, pp. 312, 327).

(ii) Responsabilidad administrativa por controles posteriores

Conforme a lo expuesto anteriormente (supra 3.3.b), los controles posteriores se fundan en facultades de inspección administrativa generales o especiales. Estas facultades van acompañadas de la correspondiente obligación de la Administración de ejercerlas, lo que implica, a efectos de

responsabilidad, que está vinculada por un deber de actuar positivamente, de hacer. Esto sitúa la cuestión en la responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando*, que ya ha sido ampliamente debatida por la doctrina (entre otros, BELADÍEZ ROJO, 1998, MIR PUIGPELAT, 2000 y 2012, DE AHUMADA RAMOS, 2004 y GALLEGÓ CÓRCOLES, 2008). Las consideraciones que siguen también son aplicables, en gran medida, a las reclamaciones de responsabilidad de la Administración que se refieran a una deficiente vigilancia *en el centro* —durante la prestación material del servicio—, no sobre el centro.

El anclaje normativo de la culpa *in vigilando* como título de imputación no se encuentra tanto en la responsabilidad administrativa por hecho ajeno (arts. 196, 288.c y 312.b LCSP) como en la cláusula general del art. 32.1 LRJSP. Se trata de una responsabilidad por la omisión de una *conducta propia*, la de inspeccionar (BELADÍEZ ROJO, 1998, p. 197, GALLEGÓ CÓRCOLES, 2008, p. 266). En otro caso se trataría de la responsabilidad ya estudiada por la prestación material del servicio (supra 3.4.a). Hay un dato adicional que también evidencia la distinción entre ambas clases de responsabilidad: mientras la responsabilidad por hecho ajeno se circunscribe a los centros mixtos —se aplica la LCSP—, la responsabilidad por omitir la propia actividad inspectora *puede darse en cualquier tipo de centro* —aunque en los públicos distinguirlas en la práctica sea, como mínimo, complejo—.

Para poder apreciar responsabilidad por culpa *in vigilando* deben concurrir dos elementos que le son peculiares: (i) que se omita una conducta debida por parte de la Administración; y (ii) que la conducta omitida hubiera sido idónea para evitar la concreción del riesgo en el daño efectivamente causado (BELADÍEZ ROJO, 1998, pp. 196-197, GALLEGÓ CÓRCOLES, 2008, p. 288).

- (a) En la comprobación de la causalidad entre la actuación administrativa y la lesión, hay que recordar que una omisión nunca puede ser causa de un resultado, en un sentido naturalístico. Por ello, lo que debe analizarse es si la acción debida y omitida por la Administración —que sí contaría con eficacia causal— habría formado parte del curso causal que desembocó en la concreción del riesgo. Se trata, por tanto, de un juicio sobre *causalidad hipotética* (MIR PUIGPELAT, 2000, p. 243).
- (b) Comprobada de este modo la relación de causalidad, para que el resultado dañoso sea objetivamente imputable a la Administración es necesario que la conducta omitida hubiera sido *idónea* para alterar el curso causal que terminó en ese resultado (BELADÍEZ ROJO, 1997, p. 197, MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 243-244, GALLEGÓ CÓRCOLES, 2008, p. 290).

Para establecer cuándo la conducta omitida era debida hay que acudir a los *estándares medios del servicio* (GALLEGÓ CÓRCOLES, 2008, p. 269). Más allá de cómo deben ser fijados y conforme a qué criterios sí puede afirmarse que, para que la Administración pueda eludir su responsabilidad por haber actuado conforme a tales estándares, es necesario que éstos sean razonables. A mi juicio, no cabría entender que la Administración actúa diligentemente cuando no inspecciona una residencia durante 10 años, aunque el estándar del servicio estableciese que tal es la frecuencia exigible. No será necesario comprobar la razonabilidad del estándar en cuestión cuando la Administración no acredite ni siquiera haber cumplido con él, como sucede en la STSJM 541/2017 (rec. 61/2016) —referida a un supuesto de deficiente vigilancia de un residente que se suicidó por padecer una enfermedad mental—.

Se ha dicho que los estándares medios del servicio se determinan jurisprudencialmente (GALLEGÓ CÓRCOLES, 2008, p. 269). No obstante, hay otros elementos que probablemente también contribuyen a

fijarlos, como las cartas de servicio. Lo que es cierto es que jurisprudencialmente se comprobará si ese estándar es suficiente para evitar que la Administración responda.

Conviene precisar que el hecho de que exista este deber positivo de inspeccionar *no sitúa a la Administración en una posición de garante*. Para que la Administración sea considerada garante no es suficiente con que deba actuar, sino también que esté obligada a evitar el daño. Se ha propuesto que esta posición de garante es necesaria para poder afirmar la existencia de responsabilidad por culpa *in vigilando*, porque sólo entonces se podrá imputar causalmente el resultado dañoso a la omisión de la Administración (MIR PUIGPELAT, 2000, pp. 241-244). Desde mi punto de vista no hay duda de que si la Administración se encuentra en una posición de garante la imputación del resultado se ve facilitada, porque el nivel de diligencia que se le exige es máximo, pero el sistema de responsabilidad patrimonial no excluye necesariamente que la omisión de una conducta por su parte dé lugar a esa responsabilidad, cuando tal conducta fuera debida, aunque no exista esa posición de garante (GALLEGO CÓRCOLES, 2008, pp. 289-290). Esta idea se apoya en el argumento de que no toda facultad inspectora, por el hecho de tener una finalidad preventiva, hace a su titular garante de la legalidad. Es decir, la titularidad de facultades inspectoras no conlleva una obligación de resultado que consista en evitar cualquier daño. Para entender que existe posición de garante hace falta algo más, pues la atribución de facultades de inspección no se dirige a evitar el daño a toda costa, sino a asegurar el buen funcionamiento del servicio (supra p. 0).

A pesar de ello, la construcción de la responsabilidad por culpa *in vigilando* que se acaba de exponer está lejos de abarcar una gran cantidad de casos en los que la Administración debe responder. El juicio sobre causalidad hipotética supone un primer filtro para excluir la responsabilidad en los casos en los que la actuación omitida nada tiene que ver con el *iter* causal. Pero es el segundo nivel el que permite excluir una cantidad aún mayor de supuestos, pues sólo admite la responsabilidad administrativa si la conducta omitida habría servido para evitar el daño, al intervenir de forma determinante en el curso causal del daño. Es decir, aunque la Administración haya sido poco diligente en su labor inspectora, *no deberá responder salvo que no haya duda de que su intervención habría evitado la lesión*.

Y aún hay que añadir un elemento adicional. Ya se ha dicho que una omisión no puede ser causa natural de un resultado, de modo que tiene que haber alguna conducta activa que haya causado el daño. Por ello, en estos casos de responsabilidad *in vigilando* se dará una *conurrencia de causas* entre la omisión administrativa y la acción del sujeto que haya generado efectivamente el daño. Este sujeto será, por lo general, el gestor privado de la residencia —mixta o privada—, quien responderá solidariamente junto con la Administración frente al reclamante que haya sufrido la lesión (BELADÍEZ ROJO, 1998, p. 207). Y tampoco hay que descartar que se produzca una conurrencia de causas cuando son dos las Administraciones que no han ejercido diligentemente sus facultades inspectoras.

Por todo ello, esta responsabilidad por culpa *in vigilando* es exclusivamente administrativa, pues sólo a la Administración corresponde la inspección de los centros residenciales. Y se trata de una responsabilidad administrativa susceptible de surgir en relación con cualquier tipo de centro. Sin embargo, en aquellos centros públicos que la Administración gestiona directamente —los controla y lleva a cabo la ejecución del servicio— puede afirmarse que en los centros públicos no hay responsabilidad administrativa *in vigilando*, o que, si la hay, es prácticamente indistinguible de la responsabilidad por prestar el servicio. Por tanto, *sólo en los centros mixtos y privados es donde hay más responsabilidad*: a la responsabilidad exigible al sujeto gestor puede sumarse, bajo determinadas circunstancias, la responsabilidad de la Administración que ha vigilado de forma negligente. En

definitiva, en los centros públicos la responsabilidad frente a terceros la asume enteramente la Administración, mientras que en los centros mixtos y privados se comparte con los sujetos privados, en distinta medida.

3.5. Régimen económico

a. Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario como contraprestación de servicios públicos

La prestación residencial que dispensan los centros públicos y mixtos puede calificarse de servicio público. En esa medida, resulta ahora imprescindible analizar el régimen económico general en la recepción de servicios públicos para después aplicarlo al caso de las residencias. Durante décadas ha habido un debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza de las prestaciones percibidas por la recepción de servicios públicos y su naturaleza de precio público, tasa, tarifa o prestación patrimonial de carácter público no tributario. Puede decirse que, tras ese debate, el concepto de *prestación patrimonial pública*, cuyo establecimiento se encuentra sometido a *reserva de ley* (art. 31.3 CE), se caracteriza por las siguientes notas:

- (a) *Coactividad*. Hay coactividad cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público; cuando la obtención del bien o servicio es objetivamente indispensable para satisfacer las necesidades de la vida personal o social de las personas o cuando el ente público de que se trate tiene un monopolio de hecho o de Derecho sobre los bienes, servicios o actividades de que se trate (STC 185/1995, FJ 3).
- (b) Inequívoca *finalidad de interés público* (STC 182/1997, FJ 15).

Es fácil ver que ésta es una categoría amplia que incluye, entre otros ingresos, los tributos. Éstos son naturalmente de imposición obligatoria y el fin de interés público básico al que responden es el *sostenimiento de los gastos públicos* (art. 31.1 CE). Por ello, cuando nos encontramos ante una prestación coactivamente impuesta y que responde a un interés público, su calificación como tributo no debe depender tanto de la forma de gestión como de si contribuye a sostener los gastos públicos. La LCSP ha realizado alteraciones relevantes de la normativa en esta materia en dos sentidos:

- (a) La DF 11ª LCSP modifica la DA 1ª de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302 de 18.12.2003) (en adelante, LGT), antes referida a las exacciones parafiscales y que ahora define lo que debe entenderse por *prestaciones patrimoniales de carácter público tributario y no tributario*. La diferencia fundamental radica en que no serán tributarias aquellas prestaciones obtenidas por la prestación de servicios gestionados indirecta o directamente mediante personificación privada.
- (b) El art. 289.2 LCSP establece que las contraprestaciones que perciban los concesionarios de servicios se denominan *tarifas* y tienen naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

En relación con estas modificaciones legislativas —y otras relacionadas— se planteó un recurso de inconstitucionalidad resuelto recientemente por la STC 63/2019, de 9 de mayo. Las quejas de inconstitucionalidad se refieren fundamentalmente a dos aspectos. El primero es que se vulnera la

reserva de ley del art. 31.3 CE, pues no puede entenderse satisfecha con la escasa regulación contenida en el art. 289.2 LCSP. El segundo es que esta reforma desconoce la doctrina del TC sobre el art. 31 CE y, en particular, lo que dijo en la STC 185/1995, de forma que altera el régimen jurídico existente de las tasas. Según el grupo parlamentario recurrente, esa doctrina interpreta que la naturaleza de las contraprestaciones es tributaria siempre que se trate de servicios públicos por los que, directa o indirectamente, se abone una contraprestación a la Administración. Es decir, que *la forma de gestión sería irrelevante* a los efectos de calificar jurídicamente la contraprestación, que deberá considerarse una tasa. Por lo demás y en lo que aquí interesa, plantea también una posible vulneración del art. 14 CE, en la medida en que hacer depender de una decisión organizativa de la Administración —gestión directa o indirecta— la naturaleza de la contraprestación puede dar lugar a situaciones de desigualdad o discriminación entre usuarios del mismo servicio público.

El TC ha desestimado íntegramente el recurso de inconstitucionalidad contra estas normas:

- (a) Tras analizar su propia doctrina, llega a la conclusión de que *la STC 185/1995 no predetermina el modo de gestión ni de financiación de los servicios públicos*, sobre todo si se tiene en cuenta que el problema fundamental resuelto entonces era de reserva de ley (FJ 3.c). Entiende que la nueva regulación no afecta al régimen jurídico de las tasas y precios públicos, ya que la configuración de las nuevas tarifas corresponderá a la regulación específica del servicio (FJ 6.a). La decisión sobre cuál debe ser la forma de prestación o financiación de los servicios públicos corresponde al legislador, de forma que no queda predeterminada por la jurisprudencia del TC, y menos aún puede inferirse que impide utilizar la categoría de prestación patrimonial de carácter público no tributario en ese contexto (FJ 6.b). Por ello, la previsión abstracta de esta categoría en la LCSP no es contraria a la CE.
- (b) La reserva de ley del art. 31.3 CE no se ve lesionada, dado que no exige que se fijen legalmente todos los elementos de la prestación, sino únicamente que se establezcan por ley los *criterios para la cuantificación* de la prestación. A juicio del TC, el art. 289.2 LCSP contiene criterios para determinar la cuantía, al relacionarla con el coste del contrato. Y ello sin perjuicio de que su fijación deba hacerse conforme a la normativa reguladora del correspondiente servicio público (FJ 6.c).
- (c) Por último, no aprecia vulneración del art. 14 CE, pues los argumentos dados por el grupo recurrente *no demuestran que pueda producirse una diferencia entre situaciones iguales* que dé lugar a un trato discriminatorio. En este sentido, recuerda que la naturaleza de la contraprestación dependerá de la previa decisión del legislador sobre cada servicio (FJ 7).

La STC 63/2019 viene a resolver varias dudas interpretativas que se habían planteado tras la aprobación de la LCSP, pero quedan aún algunas cuestiones por aclarar. La primera de ellas es que el TC *no se plantea que haya contraprestaciones que no se impongan coactivamente* y, por tanto, no merezcan la calificación de prestaciones patrimoniales públicas, tributarias o no. No queda claro entonces si una norma con rango de ley puede elevar a categoría de prestación patrimonial pública y someter así a reserva de ley algo que, materialmente, no lo es. Sí se afirma en la STC 63/2019 que la denominación legal no predetermina que deban encuadrarse automáticamente en el art. 31.3 CE, pero no se dice cuál es la consecuencia de ese no encuadramiento (FJ 5.a). Es claro que no en todo caso concurrirá necesariamente la nota de coactividad, por lo que no siempre deberán ser consideradas

prestaciones patrimoniales de carácter público, y por tanto no será necesario su establecimiento con arreglo a la ley (TORNOS MAS, 2017, p. 11).

Un problema similar se plantea en la Comunidad Valenciana, en la que por ley se califica como tasa cualquier contraprestación abonada en centros públicos o concertados (infra § 0).

Una segunda duda se plantea porque sigue sin quedar del todo clara la determinación de *cuándo nos encontramos ante una contribución al sostenimiento de los gastos públicos*, pues éste es el criterio determinante ex art. 31.1 CE para saber si estamos ante una tasa o una de las nuevas tarifas. La STC 63/2019 bendice que el legislador pueda optar por una financiación tributaria o tarifaria de los servicios públicos, pero entiende que esta nueva regulación de las tarifas «se hace salvaguardando el régimen jurídico existente referido a las tasas, que no resulta modificado» (FJ 6.b). Esta conclusión sólo puede alcanzarse si se entiende que nunca una tarifa del art. 289.2 LCSP sostendrá los gastos públicos. Pero, aunque ése pueda ser el resultado típico, es posible que haya situaciones en las que sí sostengan los gastos públicos —por ejemplo, por cómo esté configurada económicamente la concesión—. En ese caso, serán tasas por mandato del art. 31.1 CE, por mucho que digan la DA 1ª LGT o el art. 289.2 LCSP. El TC parece asumir que en estas tarifas la nota de coactividad siempre estará presente y no concurrirá la de contributividad, pero la variedad de servicios públicos y posibles supuestos aconsejan no descartar una configuración distinta de estas prestaciones. Como recuerda la misma STC 63/2019, estas prestaciones «tienen cada una la naturaleza propia que se derive de su configuración y régimen jurídico, sin que este Tribunal deba verse vinculado por el *nomen iuris* dado por el legislador» (FJ 5.a).

Si no hay coactividad no habrá prestación patrimonial de carácter público, tributario o no. Pero, cuando sí haya coactividad, permanece la duda del sostenimiento a los gastos públicos. El TC pareció decantarse tempranamente por entender que la contribución a sostenerlos sólo existe cuando el ingreso se abona directamente a la Administración, mientras que el pago entre privados refleja una ausencia de contributividad (STC 182/1997, FJ 15). No obstante, las SSTC 102/2005 y 121/2005 sostuvieron el carácter tributario de las tarifas portuarias independientemente de si la gestión era directa o indirecta —de modo que su abono no se realizaba necesariamente a la Administración—. De esta forma, existen dos posibles soluciones a esta cuestión. La primera consistiría en entender que hay carácter tributario allí donde, directa o indirectamente, se financia o evita un gasto público (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2018, p. 336) —ésta es la tesis del grupo parlamentario recurrente en la STC 63/2019—. Así, la opción por la gestión indirecta de un servicio estaría conectada con su mayor eficiencia, o, al menos, con un ahorro de la Administración. Y ello también estaría estrechamente relacionado con la irrelevancia de la forma de gestión para entender que nos encontramos ante tasas. Una segunda postura apuntaría al *criterio formal de observar cuál es el sujeto que recibe el abono*, de forma que si es la Administración habría carácter contributivo, mientras que si se abona a un privado no lo habría (GÓMEZ-FERRER RINCÓN, 2015, pp. 42 y 44).

La STC 63/2019 no da muchas pistas, pero parece optar implícitamente por este segundo criterio al analizar la evolución de la doctrina constitucional sobre las tasas cuando sostiene que «la gestión de los servicios públicos de forma directa pero mediante entidades con personificación privada, o de forma indirecta, podría en su caso ser financiada mediante figuras no tributarias, denominadas tarifas» (FJ 3.e).

El TC hace esta afirmación al analizar la eliminación del segundo párrafo del art. 2.2.a LGT obrada por la DF 58ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (BOE núm. 55 de 5.3.2011). Este párrafo especificaba que formaba parte del hecho imponible de las tasas —como actividad en régimen de Derecho público— la ejecución de servicios mediante las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión de servicios públicos de titularidad pública. Este párrafo se introdujo precisamente para aclarar el hecho imponible de las tasas a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2018, pp. 320-322). Así, se interpretó de forma que, a efectos de calificar una contraprestación como tasa, era irrelevante la forma de gestión del servicio siempre que éste fuera de titularidad pública. Por ello, la STC 63/2019 entiende que su supresión hizo que recuperara vigencia el esquema anterior, conforme al cual sólo la gestión directa por la Administración constituía el hecho imponible de las tasas, siendo lo demás financiable a través de tarifas que, por tanto, no tenían carácter tributario (FJ 3.e). En la medida en que considerar irrelevante la forma de gestión para calificar la contraprestación no dependía del art. 2.2.a LGT, sino de la interpretación del art. 31 CE por el TC, ha habido quien ha sostenido que su supresión no debió suponer el abandono de la irrelevancia y la vuelta al criterio anterior (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2014, pp. 240-243, 2018, p. 322). No obstante, es ahora el propio TC el que confirma que ese esquema anterior sí había de ser recuperado.

A mi juicio, el criterio debe ser el relativo al sujeto perceptor de la contraprestación. A pesar de que su marcado carácter formal podría llevar a resultados contrarios al art. 31.1 CE, tales disfunciones podrían evitarse mediante la introducción de alguna *cláusula correctora*, como entender que no hay sostenimiento de los gastos públicos si la Administración recibe el ingreso en calidad de mera depositaria, dado que transferirá íntegramente el importe cobrado al contratista, y viceversa —tanto si se trata de un contrato de servicios como de una concesión—. Por lo demás, esta interpretación se compadece con el art. 289.2 LCSP y la DA 1ª LGT. Estos preceptos deben interpretarse en el sentido de que el legislador entiende que, *tendencialmente*, los servicios prestados directamente mediante formas privadas, o indirectamente mediante concesión, se fijan coactivamente y no contribuyen a sostener los gastos públicos, pero ese análisis no puede sino realizarse caso a caso. Habrá que atender también a la normativa específica del servicio público de que se trate, pues estas modificaciones legales abstraen del ordenamiento tributario a estas tarifas (VILLAR ROJAS, 2018, p. 97), algo que también ha confirmado la STC 63/2019 (FJ 6.a). Y sin negar el atractivo de la idea de que la forma de gestión no debería afectar a la naturaleza del ingreso —similar al argumento relativo al estándar de responsabilidad aplicable a los centros mixtos [supra § 1(a)]—, tampoco puede extenderse el concepto de contribución a sostener los gastos públicos hasta el extremo de entender que abarca todo ingreso satisfecho por la recepción de servicios públicos, independientemente de la forma de gestión y del sujeto perceptor —es decir, independientemente de qué gastos sostenga—. Y quedaría por afrontar la abstrusa cuestión relativa a cuándo se evita un gasto público: aunque la gestión indirecta haga que la Administración evite un gasto inmediato, es posible que surjan otros relativos a la vigilancia del servicio o el equilibrio económico del contrato que planteen dudas sobre si se ha producido un verdadero ahorro. A lo sumo, *tal carácter contributivo debería demostrarse en el caso concreto*, lo que permite trabajar con el sujeto perceptor como criterio orientativo de la naturaleza de la contraprestación, pues será normalmente quien la incorpore a su patrimonio para sostener sus propios gastos.

Una tercera cuestión es la referida a la reserva de ley de las tarifas como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias (art. 31.3 CE). Por muy relativa que sea esa reserva, la ley tiene que intervenir en la configuración básica de las tarifas. El art. 289.2 LCSP únicamente menciona su revisión y remite a la regulación general de la revisión de precios en la LCSP, por lo que se plantea la posible vulneración de la reserva de ley. Sin embargo, el TC no aprecia esa vulneración, pues las prestaciones

patrimoniales públicas ven satisfecha la reserva de ley cuando se establecen por ley los criterios para su cuantificación (STC 63/2019, FJ 6.c). Y en la mención a la revisión de precios *el TC ve criterios legales para la determinación de la cuantía que se asocian al coste del contrato*, sin perjuicio de que haya de estarse a la normativa del servicio público correspondiente para el cálculo final. Sin que pueda aquí desarrollarse esta cuestión en detalle, es posible que esa remisión genérica constituya un envío a otras normas —previsiblemente infralegales— que, «por su indeterminación, [suponga] una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador» (STC 185/1995, FJ 6.c). Eso sí, parece quedar descartada la posibilidad de que su configuración derive directamente del contrato de concesión de servicios.

La cuarta y última duda que queda tras la STC 63/2019 es si de verdad puede descartarse que haya discriminación de ciertos usuarios causada por la distinta naturaleza de contraprestaciones que deban abonar por el mismo servicio público. La sentencia rechaza esta posibilidad, pero no por un argumento de fondo, sino porque el recurso de inconstitucionalidad no concreta, a su juicio, casos en los que quede demostrada una diferencia de trato que sea discriminatoria. El TC sostiene que esas diferencias se deberán a la previa decisión del legislador acerca de cómo debe prestarse y financiarse el servicio. Por ello, no aprecia irrazonabilidad, arbitrariedad o carencia de justificación, ya que entra dentro del margen de configuración de que goza el legislador (FJ 7). El problema entonces se planteará cuando el legislador no opte, que será lo normal: si la ley permite distintas formas de gestión, tanto directa como indirecta, *será la Administración quien disfrute de ese margen*. Y no puede descartarse en absoluto que haya decisiones administrativas sobre la organización de servicios sociales que, por su motivación ausente o deficiente, puedan generar diferencias discriminatorias. De esta forma, aunque no pueda apreciarse una vulneración abstracta del art. 14 CE por la nueva regulación de las tarifas, no debe rechazarse a priori que haya casos concretos en los que sí se lesione. Un ejemplo de ello podría ser que se determinara que la Administración ha optado por una forma indirecta de gestión en un centro con el único objetivo de sortear el límite que supone, para la cuantía, el sometimiento de las tasas al principio de equivalencia de coste, pero no en todos los centros, sino sólo en algunos [infra § 1(b)].

Lo anterior se refiere a las concesiones de servicios. La pregunta evidente que surge con esta última modificación legal es por qué el legislador no ha establecido el mismo régimen de tarifas para los contratos de servicios con prestaciones directas para la ciudadanía. Para estos contratos el art. 312 LCSP sólo menciona que al contratista le será abonada la contraprestación económica fijada para que los particulares utilicen el servicio (art. 312.b LCSP). Atendiendo al hecho de que la DA 1ª LGT no establece una lista cerrada de supuestos y a la identidad de fundamento y función de estas contraprestaciones con las obtenidas por los concesionarios, *pueden calificarse también como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario* (VILLAR ROJAS, 2018, p. 98). Pero esta afirmación es la concreción de un criterio más general: debe realizarse el test de la coactividad, el interés público y la contribución al sostenimiento de los gastos públicos en cada caso para determinar si estamos ante un tributo, una prestación pública no tributaria o un precio privado. No obstante, también se ha señalado la incompatibilidad de las nuevas tarifas del art. 289.2 LCSP con la ausencia de transmisión del riesgo operacional al contratista de servicios del art. 312 LCSP, lo que llevaría a entender que, generalmente, éste percibiría tasas (TORNOS MAS, 2017, p. 10). Confieso que no veo una relación necesaria entre ausencia de transmisión del riesgo operacional y carácter tributario del ingreso, pues el hecho de *que el contratista no asuma el riesgo no implica automáticamente que lo ingresado por él contribuya a sostener los gastos públicos*. Dos ideas: aunque el contratista perciba tarifas, del resto del contrato puede derivarse que no asume el riesgo operacional; y en el cálculo del importe de la tasa nada impide incluir un beneficio industrial razonable del contratista (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2014, pp. 263-265). Creo que ambos argumentos conducen a desconectar el contrato de

servicios con el carácter tributario de la contraprestación. Y a ello cabría añadir una tercera razón: siguiendo el criterio formal del sujeto que ingresa, lo habitual es que lo haga el propio contratista, de modo que tampoco se sostendrían los gastos públicos —el argumento es idéntico al derivado del art. 289.2 LCSP y la DA 1ª LGT—.

b. Las contraprestaciones por la prestación del servicio residencial

Visto todo lo anterior es posible ya clasificar los ingresos percibidos por los sujetos gestores de las residencias de mayores. En los *centros públicos* hay dos posibilidades: que la contraprestación sea *una tasa o un precio público*. Será tasa si hay coactividad, que puede consistir en un monopolio de hecho o en que la prestación del servicio residencial sea objetivamente indispensable para la vida del usuario. En caso de que no exista coactividad, la naturaleza de la contraprestación será la de un precio público.

En cualquiera de los dos casos, será de aplicación la legislación sobre tasas y precios públicos que corresponda. Normalmente será aplicable en primer lugar la normativa autonómica sobre esta materia y supletoriamente la estatal, dado que la competencia sobre servicios sociales es autonómica.

En los *centros mixtos* sucede algo similar. Ya se ha señalado que la diferencia de tratamiento en la LCSP entre los centros concertados y concedidos no justifica automáticamente una calificación distinta de las contraprestaciones percibidas en cada uno. Por tanto, *debe comprobarse si la recepción del servicio es coactiva y, en caso de que lo sea, si contribuye o no a sostener los gastos públicos*. La coactividad debe evaluarse de la misma forma que se acaba de indicar para las residencias públicas —al fin y al cabo, el servicio sigue siendo de responsabilidad pública—. Si no hay coactividad no habrá prestación patrimonial pública, llámese tarifa u otra cosa (TORNOS MAS, 2017, p. 11). En caso de que la recepción del servicio sea coactiva, debe analizarse si con su abono se contribuye a sostener los gastos públicos. Y ya se ha indicado que el nuevo art. 289.2 LCSP debe interpretarse en el sentido de que, por lo general, no se produce tal contribución en los contratos de concesión de servicios, de forma que lo que percibirá el contratista son tarifas. Si la hay, serán tasas. De la misma forma, puede entenderse que en los conciertos contractuales —si están articulados a través de contratos de servicios del art. 312 LCSP— habrá tasas o tarifas, en función de si los pagos son satisfechos a la Administración responsable del servicio o directamente al contratista. Y, por último, en los centros de acción concertada —no contractual— la solución es similar, no porque deba aplicarse analógicamente la LCSP a supuestos que, en principio, no entran en su ámbito de aplicación, sino porque el test propuesto puede aplicarse de igual forma a los ingresos obtenidos a través de instrumentos de acción concertada —pues su fundamento es constitucional (art. 31)—. Deberá comprobarse así si hay coactividad y, en su caso, si se contribuye a sostener los gastos públicos. A todo ello hay que añadir que varias normas autonómicas prohíben a los gestores de centros mixtos cobrar cantidad alguna sin autorización administrativa expresa (arts. 63.2 LSSPV o 104.3 LSSA).

No obstante, el art. 112.1 LSSCV prescinde de estas consideraciones y opta por calificar directamente como tasa toda contraprestación que abonen los residentes en centros públicos y concertados, siempre que el acceso a la plaza se obtenga mediante una resolución administrativa, pues se considera así que el servicio residencial se presta en régimen de Derecho público. Esto es un intento claro de igualar el régimen económico de los servicios residenciales prestados directamente y a través de concierto, a pesar de que tengan formas de gestión distintas —no sucede lo mismo con los prestados a través de contratos públicos, aunque no se ofrece motivo para ello—. Pero ya se ha visto cómo la forma de gestión sí es relevante a la hora de calificar jurídicamente las contraprestaciones por la recepción de servicios sociales (supra § 0), por lo que plantea bastantes dudas el hecho de que una ley califique de tasa una

determinada contraprestación, con independencia de si reúne o no las notas que caracterizan a los tributos. El problema es similar al que surge cuando es la LCSP la que califica como prestación patrimonial pública no tributaria a toda contraprestación percibida por el concesionario, aun cuando no concurra la nota de coactividad (supra § 0). La conclusión debe ser que cada una debe calificarse atendiendo a las circunstancias del caso, independientemente de su denominación legal, pues ésta debe subordinarse, en todo caso, a lo que dispone el art. 31.CE.

En el caso de los *centros privados* resulta claro que se tratará, en cualquier caso, de *precios privados* fijados libremente y normalmente sometidos a algún tipo de intervención —por lo general, comunicación a la Administración autonómica (arts. 19.3 LCSSM y 123 LSSA)—.

Las *consecuencias* de que se esté ante una tasa, una tarifa, un precio público o un precio privado son las siguientes:

- (a) La tasa y la tarifa están sometidas a *reserva de ley* (art. 31.3 CE), aunque la intensidad de la reserva a la que se somete la tasa es más intensa (art. 133.1 CE) (STC 63/2019, FJ 5). No obstante, ambas reservas de ley son relativas, lo que permite una remisión a normas infralegales para fijar aspectos de la prestación siempre que los criterios o principios para ello estén previstos en la ley (SSTC 185/1995, FJ 5, 102/2005, FJ 3, y 63/2019, FJ 6.c). Por otra parte, la tarifa sólo estará reservada a la ley si hay coactividad; la tasa, siempre.

En el caso de los municipios, la reserva de ley tributaria se ha flexibilizado aún más atendiendo a la legitimidad democrática directa del Pleno de la Corporación —principio de autoimposición de la comunidad— y al principio de autonomía local del art. 137 CE interpretado como un mandato de optimización (STC 233/1999, FJ 10) (VELASCO CABALLERO, 2009, § I.28).

- (b) La tasa debe respetar el *principio de equivalencia de coste grupal*, que establece con carácter general que el importe de la tasa deberá tender en su conjunto a cubrir el coste del servicio prestado por la Administración [art. 7 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (BOE núm. 90 de 15.4.1990) (en adelante, LTPP)]. No obstante, el coste es normalmente el límite mínimo para cuantificar precios públicos (art. 25 LTPP).

En el ámbito local el coste no es el importe al que tenderá la tasa sino su límite máximo, según dispone el art. 24 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE núm. 59 de 9.3.2004) (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2014, p. 256).

En cuanto a las tarifas, probablemente también superen el coste del servicio para que éste pueda resultar económicamente viable al contratista, pues de lo contrario irán acompañadas de una compensación por parte de la Administración que conceda o concierte. Esto no es incompatible con la asunción por el concesionario de servicios del riesgo operacional si la compensación se establece en función del número de residentes en el centro concedido. Además, el TC anuda su cuantificación al coste del contrato (supra § 0). Y es natural también que los precios privados incluyan un margen de beneficio neto para el sujeto gestor del centro, por lo que también superarán el importe del coste.

- (c) Por último, desde el punto de vista de la *gestión recaudatoria* también hay diferencias. Los precios privados se rigen por la legislación de Derecho privado. Pero mientras que las tasas y los precios públicos podrán recaudarse a través del llamado procedimiento de apremio, esa conclusión no

parece tan clara para las tarifas, por dos razones: no son tributos —por lo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la LGT—; y se ingresan a privados, por lo general. Por ello, aunque pudieran calificarse de ingresos públicos, todo indica que su recaudación se hará sin posibilidad de acudir a la vía de apremio.

Esta calificación podría suponer un argumento para aplicar el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (BOE núm. 210 de 2.9.2005), cuyo art. 1 se refiere genéricamente a «recursos de naturaleza pública» en desarrollo de la LGT. En Andalucía, el art. 122.6 LSSA no distingue entre estos supuestos cuando dispone que será aplicable el citado reglamento, así como la LGT, a los ingresos en centros públicos y mixtos —que son los que componen el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía—. Por otra parte, en el ámbito local sí está previsto que el concesionario pueda solicitar al Ayuntamiento la recaudación por vía ejecutiva de las tarifas, como disponen los arts. 128.4.2º, 130 y 155.1 RSCL. En este caso, la recaudación ejecutiva corresponderá necesariamente al personal del Ayuntamiento (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2018, p. 335).

De estos tres grupos de consecuencias se deriva ya un *distinto régimen para cada uno de los tipos de ingresos*. Las tasas se enmarcan en la gestión directa del servicio —centros públicos— cuando hay coactividad, por lo que se someten a reserva de ley relativa, pueden recaudarse por la vía de apremio y no pueden superar, en su conjunto, el coste del servicio. En los casos de gestión directa sin coactividad se tratará de precios públicos, que deberán cubrir como mínimo el coste del servicio pero también podrán recaudarse en vía de apremio, y no tienen que estar previstos por ley. Si la gestión es indirecta —centros mixtos— pero la recepción del servicio es coactiva, se estará ante tarifas sometidas a reserva de ley —ya colmada— que podrán superar conjuntamente el coste del servicio y no podrán ser exigidas en apremio. Si son centros mixtos pero no hay coactividad, la única diferencia será la ausencia de reserva de ley. Y, finalmente, si se trata de centros privados no es necesario respetar el principio de equivalencia de coste y no hay reserva de ley, pero sí sometimiento a intervención administrativa de precios, que no podrán exigirse en vía ejecutiva.

Este ejercicio clasificatorio tiene la ventaja de poder servir para el análisis, incluso *ex ante*, de los principales *efectos que tiene la decisión administrativa sobre una u otra forma de gestión* del servicio de residencias de ancianos. En lo económico, cuando hay coactividad la gestión directa se caracteriza por una ventajosa gestión recaudatoria, pero supone un riesgo de déficit del servicio y está constreñida por una reserva de ley, aun relativa. La gestión a través de centros mixtos evita ese riesgo —que, en los centros concedidos, asumiría el contratista—, pero puede suponer un mayor coste para los residentes, aunque no se autorice más cobro que el de una contraprestación básica por el alojamiento. Si no hay coactividad, tanto la gestión directa como la indirecta son más caras para los residentes porque ambas cubren el coste del servicio, pero a cambio no hay reserva de ley. Y si la Administración opta por dejar en manos de los centros privados la prestación de estos servicios, los precios también cubrirán los costes más un margen y la Administración sólo podrá someterlos a comunicación o, como mucho, a aprobación —aunque no está claro con qué criterios—. Eso sí, ni el límite de la reserva de ley ni las dificultades recaudatorias preocuparán en ese caso a la Administración.

3.6. Requisitos organizativos

El último aspecto cuyo estudio es más relevante en relación con el régimen de los sujetos gestores de centros residenciales es algo que, de modo genérico, identifico como requisitos organizativos. Con ello me refiero a normas que inciden en dos vectores fundamentales de la configuración del centro: la organización *stricto sensu* —en un sentido burocrático, si se quiere— y la política de personal.

a. Relevancia de los requisitos organizativos en las prestaciones sociales

Ya se ha indicado en este trabajo que la actividad jurídica no es suficiente para la realización efectiva de prestaciones materiales como la residencial, sino sólo para establecer ex ante cómo debe ser ejecutada (supra § 0). Es entonces cuando puede apreciarse la relación que se da en este tipo de prestaciones entre la actividad jurídica y la material, al programar la primera cómo debe ejecutarse la segunda. Ahora bien, la simple previsión jurídica sobre el modo de ejecutar una prestación *no es suficiente*, por tres razones:

- (a) Deben existir técnicas que sirvan para incorporar a la prestación material las prescripciones establecidas previamente, pues de lo contrario existiría un riesgo de desconexión entre la actividad jurídica y la material.
- (b) No es posible conocer previamente cuáles van a ser las situaciones y necesidades que surjan durante toda la duración de la prestación y, por tanto, menos aún puede determinarse cómo deben ser afrontadas.
- (c) En las prestaciones materiales la actuación de la persona que ejecuta la prestación es esencial desde un punto de vista fáctico, pues a través de ella es como se concreta su contenido.

Estos reparos no admiten una solución condicional o materialmente programada, de forma que es inevitable acudir a la organización, al procedimiento y a la formación del personal como técnicas para dirigir las prestaciones materiales o de servicios (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 110, 127-128, 151-154, 2016, pp. 19-22, ORBEGOSO SILVA, 2018, pp. 86-88). Pero el empleo de estas técnicas no es sólo necesario para una correcta ejecución de los servicios sociales, sino que *conecta directamente con los derechos fundamentales en su vertiente objetiva*. La organización y el procedimiento «sociales» se configuran así como una exigencia *iusfundamental* que obliga a los poderes públicos y, singularmente, a la Administración social a desarrollar una actuación positiva para la realización de los derechos fundamentales de los usuarios. Y se trata, en definitiva, de una obligación derivada de la cláusula del Estado social del art. 1.1 CE, que exige estructuras eficaces para la realización de sus fines (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 129-134, ORBEGOSO SILVA, 2018, pp. 175-177).

b. Requisitos organizativos para los centros residenciales

(i) Organización de los centros

Tras comprobar cuáles son los requisitos que se exigen a los distintos centros residenciales en las normas autonómicas puede afirmarse, en general, que *a todos los centros se les exige la misma clase de requisitos organizativos y funcionales*. Su establecimiento se hace a nivel legal y/o reglamentario y se encuentran típicamente vinculados a los requisitos para la autorización del centro —junto con otros, como los relativos a la formación del personal, la asistencia sanitaria en el centro o requisitos arquitectónicos y de seguridad—. Estas exigencias pueden resumirse del siguiente modo:

- (a) Creación de *órganos de participación* en el seno de los propios centros (no me refiero, por tanto, a los órganos colegiados de participación que se han creado a nivel local o autonómico en varias comunidades autónomas para la participación *agregada* de los operadores del sector). La

composición de estos órganos es mixta, con miembros de la dirección, del personal y de los usuarios del centro. Aunque varias normas autonómicas fomentan o exigen la existencia de mecanismos para la participación democrática de los usuarios en la toma de decisiones que les afectan directamente (arts. 57 LSSC, 101 LSSCV y 41 LSSM), como son estos órganos participativos, su creación no responde tanto a la cláusula del Estado democrático como a la del Estado de Derecho. La idea que está detrás de esta participación no es la de la defensa del interés general de un pueblo, sino más bien la defensa de los derechos fundamentales de los usuarios — interés particular— que pueden así influir en la conformación de una prestación que afecta intensamente a tales derechos (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 177).

No obstante, ya hace tiempo se hacía referencia al carácter democrático de este sistema de participación en el Informe sobre la situación de las residencias de la tercera edad de la Comisión del Senado de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos (BOE núm. 322 de 9.6.1989, Serie I, pp. 12502-12503, 12506).

- (b) Sistemas de planteamiento de *sugerencias y quejas* por parte de los usuarios, ya sea como una necesidad organizativa o como un derecho de los residentes (arts. 9.1.j LSSPV, 4.j LSSM, 9.e LSSC o 10.e LSSA).
- (c) *Ratios* máximas de personal del centro por personas usuarias del mismo (arts. 43.1 LSSC, 17.f LSCM, o 59.2 LSSA).

Estos requisitos se exigen a todos los centros. No obstante, es común que para los centros que dispensan prestaciones del sistema público —centros públicos y mixtos— se establezcan especificidades algo más estrictas, encaminadas a asegurar un *estándar superior de calidad del servicio*. Estas exigencias reforzadas se vinculan a la obtención de la acreditación —o documento equivalente— y afectan habitualmente a los procedimientos del centro. Así, por ejemplo, en el País Vasco es necesario que los centros homologados adecúen sus objetivos y programas a los de la Administración competente y que establezcan procedimientos de participación en la comunidad y el entorno social en el que la residencia se sitúa [Anexo V del Decreto 41/1998, de 10 de marzo, sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad del País Vasco (BOPV núm. 66 de 7.4.1998)]. Otro requisito que en ocasiones se exige expresamente es el de que los centros acepten e incorporen las sugerencias e instrucciones que reciban de la Inspección (Anexo V del citado Decreto 41/1998) o de la Consejería competente [art. 22.2 del Decreto 109/1993, de 20 de mayo, por el que se regula la autorización, la acreditación y el registro de las entidades, servicios y centros de carácter social en Castilla y León (BOCyL núm. 98 de 26.5.1993)].

(ii) Personal de los centros

El otro ámbito en el que se enmarcan estos requisitos establecidos por la normativa sobre servicios sociales es el del *personal que presta su servicio* en los centros. Existe en estas prestaciones un gran componente personal, pues la actuación material de ejecución la llevan a cabo, inevitablemente, personas. Por tanto, es claro que el modo en que la persona la ejecute es crucial para que el residente obtenga una prestación de buena calidad. Desde esta perspectiva, las cualidades de la persona prestadora juegan un papel fundamental (arts. 43.2 LSSC y 52 LSSCL) —por ejemplo, el residente y el gestor del centro deben poder confiar en esa persona—. Pero, como en el tipo de Administración «conformadora» no funcionan bien los programas condicionales o materiales para dirigir la conducta,

el legislador se ha preocupado de establecer requisitos relativos a la formación de las personas que prestan sus servicios en centros como los residenciales.

En esta materia, las previsiones más habituales sobre personal en las distintas normas son las siguientes:

- (a) El establecimiento de requisitos mínimos de *cualificación* y de ratios mínimas de personal por número de usuarios. Considero que este último requisito afecta tanto a la organización como al personal del centro, por lo que lo incluyo en ambas categorías.
- (b) La necesidad de garantizar su *formación continua*, ya sea como mandato a los poderes públicos o como requisito organizativo exigido al gestor del centro (arts. 121 LSSCV, 53 LSSCL o 43.1 LSSC).
- (c) La previsión de normas relativas a sus *condiciones de trabajo* —como la estabilidad laboral (art. 43.1 LSSC) o la buena conciliación de la vida laboral y familiar (art. 64.4 LSSPV).

La intensidad de estos requisitos varía en función del tipo de centro de que se trata, en función de si es público, mixto o privado. Por ello, marcan también diferencias en el régimen del gestor del centro y, correlativamente, en la configuración final de la prestación ofrecida. No obstante, puede decirse que *la tendencia es similar a la de los requisitos de organización y procedimiento*: se exigen unos mismos requisitos a todos los centros que, para el caso de los públicos y mixtos, se ven normalmente ampliados o reforzados. Un ejemplo son los ratios de personal por número de usuarios (art. 36.1 del Decreto castellanoleonés 2/2016 o Anexo II del Decreto vasco 41/1998). Esta ampliación se articula, de nuevo, a través del acceso a la acreditación del centro o equivalente, aunque nada impide que también se haga a través de las prescripciones técnicas de las distintas modalidades de concierto.

Hay que recordar una vez más que el reforzamiento de los requisitos organizativos para los centros públicos y mixtos tiene como objetivo garantizar la calidad de los sistemas públicos de residencias. Que el personal cuente con estabilidad laboral y un reconocimiento social y laboral adecuado (art. 43.1 LSSC) es un buen ejemplo de cómo estos requisitos en materia de personal son capaces de orientar la prestación de un servicio, pues incluso la *actitud* de la persona prestadora influye sustancialmente en cómo realiza su trabajo. Es más, la estabilidad laboral también evita que el personal tenga que aprender continuamente el tratamiento que corresponde a cada paciente, e incluso propicia las relaciones afectivas de los residentes con el personal.

Así, dice el Pliego de prescripciones técnicas del contrato de servicios de la residencia para personas mayores, con servicio de estancias diurnas, de Priego (expediente 2702TO18SER00021 de la Secretaría General de la Consejería de Bienestar Social de Castilla-La Mancha) que la «empresa adjudicataria procurará que exista la necesaria continuidad del personal, asegurando su permanencia en la misma área del Centro [...], con el propósito de mantener un ambiente predecible y facilitar que las personas usuarias puedan sostener unas pautas estables y enriquecedoras de comunicación social y afectiva, con las personas pertenecientes a los diferentes grupos profesionales».

En el País Vasco, por ejemplo, los centros que quieran acceder a un concierto deberán acreditar haber implantado medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar, así como la perspectiva de género en su gestión (art. 64.4 LSSPV). Y en la Comunidad Valenciana, la política de gestión del personal opera como uno de los criterios para concertar plazas (art. 89.2 LSSCV). A un fin similar sirve

el establecimiento de catálogos de derechos y deberes del personal que presta servicios de responsabilidad pública (arts. 63 LSSA, 56 LSSCL y 12 y 13 LSSCV). En definitiva, tanto los requisitos organizativos como de personal que se exigen a las residencias de mayores también son un elemento de dirección —*Steuerung* (BURGI, 2016, §§ 7.18 y 10.6)— de la prestación que permite comparar su ejecución en cada tipo de centro.

En cualquier caso, conviene distinguir entre aquellos requisitos que se encaminan a mejorar las condiciones de trabajo del personal de los centros residenciales de aquellas previsiones legales que persiguen fines no relacionados con la prestación residencial. Un ejemplo de requisitos que responden a fines «parasociales» es el favorecimiento de la acción concertada con entidades que emplean a personas en situación de exclusión social, víctimas de violencia de género y machista o jóvenes extutelados (art. 89.2.n LSSCV). Se trata de normas referidas al personal de los centros, pero no se encaminan a garantizar una mejor situación laboral o de desempeño profesional, sino a realizar otros fines que el legislador también considera importantes.

4. Conclusiones

Aunque en estas páginas no puede abordarse un estudio completo de estos indicadores, ni de otros que probablemente habría que añadir, la utilidad de este estudio reside en que permite establecer parámetros que comparan analíticamente, desde el punto de vista del régimen jurídico, las ventajas e inconvenientes de cada forma de organizar las residencias de mayores, según la clasificación de éstas que se ha propuesto.

En un ejercicio de abstracción, que hay que realizar con cierta cautela, puede decirse que los indicadores que ponen de manifiesto una *mayor diferencia* entre los tipos de centros son el régimen económico y el de responsabilidad, así como los controles a los que se someten. La relevancia de que el centro sea público, mixto o privado incide en todos los aspectos de la contraprestación que abona el residente: naturaleza jurídica, importe, sujeto perceptor y sistema de recaudación. No tiene nada que ver la tasa abonada en un centro público con el precio privado satisfecho en un centro privado, pero es que éstos también guardan diferencias esenciales con las tarifas abonadas en los centros mixtos. En el régimen de responsabilidad sucede algo similar, pues los daños acaecidos en cada centro se someten a regímenes que difieren sustancialmente entre sí, tanto material como procesalmente. A ello se suma que en las residencias privadas y mixtas puede haber dos sujetos que respondan: el privado y la Administración —aunque ésta no siempre por el mismo motivo—. En lo que hace a los controles, es evidente que su número e intensidad varía en función del tipo de residencia, de forma que son máximos en los centros mixtos y mínimos en los privados. Y, como se ha visto, esta circunstancia no sólo afecta al control en sí, sino también a la posible existencia de responsabilidad administrativa.

Por otra parte, otros indicadores *revelan diferencias más moderadas* entre unos y otros centros. Es el caso del estudio de las actividades que conforman la prestación residencial, la relación entre el gestor y el residente o los requisitos organizativos de los centros. En el caso de las actividades conformadoras, las variaciones entre centros son perceptibles, pero no son diferencias cualitativas, sino cuantitativas. Al final, se trata de ver cuánto margen real de configuración de la prestación existe en cada centro. El análisis de las relaciones entre el gestor y el residente resulta clarificador y permite explicar, por ejemplo, la configuración del régimen de responsabilidad. Pero tampoco hay que exagerar su utilidad. Y si bien los requisitos organizativos suponen diferencias relevantes entre los

tipos de residencias, su importancia probablemente no es comparable a los contrastes que hay en materia económica, de responsabilidad o de controles.

La ventaja de manejar estos indicadores es que *permiten tomar decisiones más informadas a la hora de optar por uno u otro modelo prestacional*, en este caso de las residencias de mayores. De esta forma, es posible incorporar a la opción sobre la configuración del servicio consideraciones sobre el efecto que ésta va a tener, desde el punto de vista de régimen jurídico. Y esto puede hacerse en dos planos distintos.

- (a) El plano inferior es el organizativo, en el que las decisiones sobre el modelo prestacional responden a razones exclusivamente jurídicas y tienen que ver con las posibilidades efectivamente disponibles para organizar la prestación residencial. En este nivel se manejan únicamente criterios técnico-jurídicos.
- (b) Pero hay también un plano superior en el que estos indicadores pueden tener mucha proyección, pues en él se combinan las preferencias políticas con la opción por uno u otro modelo. Así, quizá sea organizativamente posible que un nivel de gobierno preste un servicio social directamente o a través de un concierto —cualquiera que sea la modalidad— e, incluso, que la forma de prestarlo sea organizativamente neutra. Pero puede que, por motivos políticos, se opte por la gestión directa para limitar el coste que soporta el usuario, aunque ello conlleve mayor carga de gestión y exposición a posibles reclamaciones de responsabilidad para el Ayuntamiento. O, inversamente, puede suceder que razones políticas lleven a querer permitir mayor libertad de configuración de la prestación a los actores privados por encima de otras cuestiones, de forma que la gestión directa sería la menos recomendable. Pensar en clave de indicadores permite predecir mejor qué pasa cuando se opta por un modelo o por otro.

Lo que se pretende mostrar con ello es lo que este análisis trata de aportar a la organización de los servicios residenciales: una mayor precisión en la determinación ex ante de las consecuencias que cada forma de organización tiene en el servicio, precisamente *para dirigir mejor* su prestación hacia los objetivos que se pretenda alcanzar.

5. Bibliografía

Jorge AGUDO GONZÁLEZ (2018), *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas.

Clara Isabel ASÚA GONZÁLEZ (2014), «Responsabilidad civil médica», en Luis Fernando REGLERO CAMPOS y José Manuel BUSTO LAGO (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 697-815.

Francisco Javier DE AHUMADA RAMOS (2004), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.

Margarita BELADÍEZ ROJO (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos.

Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE (1992), *El régimen jurídico de la acción social pública*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.

Miguel Ángel BERNAL BLAY (2018), «La contratación de los servicios a las personas», en Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGRO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 2791-2823.

Martin BURGI (2016), «Verwaltungsorganisationsrecht», en Dirk EHLERS y Hermann PÜNDER (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlín-Boston, De Gruyter, pp. 256-323.

Tomás CANO CAMPOS (2002), «La analogía en el Derecho administrativo sancionador», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 113, pp. 51-88.

Silvia Díez SASTRE (2019), «La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios», en Antonia AGULLÓ AGÜERO *et al.*, *Financiación de la sanidad, tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 231-261 (en prensa).

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2019), «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *InDret*, núm. 2/2019.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (2002), *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, Comares.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (2008), «Los centros residenciales para personas mayores en el marco del sistema de servicios sociales», en Isabel ZURITA MARTÍN (Coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, Bosch, pp. 93-156.

Alfredo GALÁN GALÁN (2010), «La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración», en Alfredo GALÁN GALÁN y Cayetano PRIETO ROMERO (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Barcelona, Huygens, pp. 85-123.

Alfredo GALLEGU ANABITARTE (1993), *Derecho Administrativo I. Materiales*, 5ª ed., Madrid.

Alfredo GALLEGU ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH *et al.* (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons.

Isabel GALLEGU CÓRCOLES (2008), «Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa *in vigilando* como título de imputación», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, pp. 265-291.

Eduardo GAMERO CASADO (2018), «Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros en la ejecución del contrato», en Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGU CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2151-2208.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2017a), *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I*, 18ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2017b), *Curso de Derecho Administrativo. Volumen II*, 15ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas.

Andrea GARRIDO JUNCAL (2017), «Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, pp. 84-100.

Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2015), «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos* [Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo], Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 25-67.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2012), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.

Bernd GRZESZICK (2016), «Staatshaftungsrecht», en Dirk EHLERS y Hermann PÜNDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlín-Boston, De Gruyter, pp. 881-981.

Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE (2018), «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos», en Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGU CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 2083-2150.

Francisco Lorenzo HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2017), «La adjudicación directa de contratos públicos a entidades sin ánimo de lucro», en José Carlos LAGUNA DE PAZ, Íñigo SANZ RUBIALES, Isabel DE LOS MOZOS TOUYA y José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (coords.), *Derecho Administrativo e*

integración europea. Estudios en Homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz, Vol. 2, Tomo 2, Madrid, Reus, pp. 1035-1052.

José Carlos LAGUNA DE PAZ (2006), *La autorización administrativa*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2014), *El principio de equivalencia en el sistema tributario español*, Madrid, Marcial Pons.

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2018), «Aspectos tributarios. En especial, las novedades en las contraprestaciones por los servicios públicos locales», en Silvia Díez SASTRE (ed.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*, 2ª ed., La Coruña, Iuris Utilitas, pp. 315-342.

Hartmut MAURER y Christian WALDHOFF (2017), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19ª ed., Múnich, C.H. Beck.

Luis MEDINA ALCOZ (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.

Luis MEDINA ALCOZ (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función», en Tomás CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo IV*, Madrid, Iustel, pp. 31-68.

Oriol MIR PUIGPELAT (2000), *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas.

Oriol MIR PUIGPELAT (2012), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Edisofer.

Miluska F. ORBEGOSO SILVA (2018), *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Julia ORTEGA BERNARDO (2017), «Servicios públicos e iniciativa económica local», en Francisco VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho económico local*, Madrid, Marcial Pons, pp. 73-104.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1994), «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, pp. 239-253.

Fernando PASTOR MERCHANT (2019), «Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial», en Silvia Díez SASTRE (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2019*, Madrid, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid, pp. 141-172.

José María PÉREZ MONGUIÓ (2008), «La responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados a personas mayores ingresadas en centros residenciales», en Isabel ZURITA MARTÍN (coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, Bosch, pp. 157-179.

Ricardo RIVERO ORTEGA (2000), *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007), *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons.

Eberhard SCHMIDT-ARMANN (1993), «La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual», *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, pp. 7-31.

Eberhard SCHMIDT-ARMANN (2006), *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª ed., Berlín-Heidelberg, Springer.

Rolf STÖBER y Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995), «Las actuaciones materiales o técnicas», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 267, pp. 573-590.

Joaquín TORNOS MAS (2017) «La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», *La Administración al día* (INAP), publicado el 12 de diciembre de 2017 (consultado el 3 de diciembre de 2018). Disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508103>

Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2018), «La relación jurídico-administrativa», ponencia presentada en el XII Seminario de Teoría y Método, 25 de mayo de 2018, Universidad de Santiago de Compostela.

Marcos VAQUER CABALLERÍA (2002), *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Francisco VELASCO CABALLERO (1998), *La información administrativa al público*, Madrid, Montecorvo.

Francisco VELASCO CABALLERO (2009), *Derecho local. Sistema de fuentes*, Madrid, Marcial Pons.

Francisco VELASCO CABALLERO (2014a), *Derecho público más Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.

Francisco VELASCO CABALLERO (2014b), «Sujetos privados en las comunicaciones previas y las declaraciones responsables para el control municipal de las actividades económicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, pp. 29-70.

Francisco José VILLAR ROJAS (2017), «Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, pp. 12-21.

Francisco José VILLAR ROJAS (2018), «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal 2017*, núm. 11, pp. 75-101.