



Universidad de Oviedo

Programa: Derecho

“Responsabilidad patrimonial del municipio en el Common Law: similitudes con la regulación española”.

“Municipality’s liability in the Common Law legal system: similarities to Spanish regulation”.

Autora: Lourdes Morate Martín



Universidad de Oviedo

Programa: Derecho

“Responsabilidad patrimonial del municipio en el Common Law: similitudes con la regulación española”.

“Municipality’s liability in the Common Law legal system: similarities to Spanish regulation”.

Director: Prof. Dr. D. Leopoldo Tolivar Alas, Catedrático de
Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

| 1.- Título de la Tesis | |
|---|---|
| Español/Otro Idioma: "Responsabilidad patrimonial del municipio en el Common Law: similitudes con la regulación española". | Inglés: "Municipality's liability in the Common Law legal system: similarities to spanish regulation". |

| 2.- Autor |
|---|
| Nombre: Lourdes Morate Martín |
| Programa de Doctorado: Derecho |
| Órgano responsable: Comisión Académica del Programa de Doctorado. |

RESUMEN (en español)

Es objetivo de este trabajo, analizar cómo, a consecuencia de la globalización, resulta apreciable en los últimos tiempos la influencia del sistema jurídico del Common Law en nuestro ordenamiento jurídico. Se parte de la premisa de que, aun resultando aquel tradicionalmente ajeno al Derecho español, sin embargo, es constatable su influencia en el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial administrativa municipal, existiendo similitudes evidentes en la determinación del nexo causal y en el elenco de circunstancias susceptibles de influir en el mismo tal y como se detalla en la presente Tesis, la cual parte del análisis de la doctrina de la inmunidad de la Corona a las demandas de daños y la pervivencia de la misma en lo referente a la inmunidad del municipio en algunos ordenamientos jurídicos anglosajones. Se analizan ciertos puntos en común del tratamiento de la responsabilidad administrativa del municipio en ambos sistemas jurídicos, como es la forma de inicio del procedimiento. De hecho, en la mayoría de los casos, se concede a la Administración la oportunidad de pronunciarse antes que el asunto llegue a los tribunales de justicia, debiendo interponerse previamente una "claim" o "notice of claim", similar a la reclamación previa del Derecho español. También se estudian ciertos aspectos generadores de responsabilidad administrativa, como es la vulneración de los principios "duty to warn" o "duty to care" ("deber de prevenir el riesgo" o el "deber de cuidado") en el supuesto de deficiencias en las vías públicas causantes de un daño a un particular, integrados también dentro de los estándares del servicio, cuya exigibilidad a la hora la determinación del nexo causal en la responsabilidad administrativa se ha ido extendiendo en los últimos años en el sistema jurídico español.



En idéntica línea, se detalla la aplicación por los tribunales de justicia de criterios muy similares en ambos sistemas jurídicos a la hora de determinar el nexo causal, moderadores o exoneradores de la responsabilidad administrativa, tales como el “*contributory negligence*” o la “*intervención de la víctima en la causación del daño*” o incluso el criterio de “*culpa exclusiva de la víctima*” sin olvidar el obligado respeto a los “*estándares del servicio*” de la Administración, los cuales, configurados jurisprudencialmente en nuestro Derecho español, tienen su origen en el sistema jurídico del Common Law, donde, históricamente, siempre han sido tenidos en cuenta como elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial administrativa. Por otro lado, se hace un estudio de los “*damages*” entendiendo por ellos la cuantía económica reconocida a un demandante como compensación por una pérdida o daño sufrido. Se examina en este trabajo esta institución tradicionalmente anglosajona, y su paralelismo con nuestra indemnización por daños y perjuicios, cuya finalidad en ambos casos, es lograr, el resarcimiento íntegro del perjudicado a través de una cuantía económica obtenida del causante del daño. Se detallan los diferentes tipos de “*damages*”, y su cuantía limitada en muchos casos por la doctrina de la inmunidad municipal, partiendo de un análisis detallado de las similitudes y diferencias respecto del tratamiento de la indemnización por daños y perjuicios en España, con especial referencia a los daños punitivos. En último lugar, se puntualiza la influencia del sistema jurídico del Common Law en la introducción en el Derecho español de figuras de resolución de conflictos típicamente anglosajonas provenientes de las tradicionales ADR (“*alternative dispute resolution*”) tales como el arbitraje, la conciliación y más concretamente la mediación, entendiendo por ésta el método alternativo de la resolución de conflictos, que, en los últimos años, ha obtenido respaldo de instituciones como el Consejo General del Poder Judicial cuya introducción está fomentando, para evitar la altísima litigiosidad que, en esta materia de daños hay en el ámbito contencioso-administrativo.



RESUMEN (en Inglés)

The main purpose of this Thesis is to analyze how, as a result of globalization, the influence of the Common Law legal system in our legal system, as it has been appreciable in recent times. It is based on the premise that, even though it is traditionally alien to Spanish law, however, its influence on the legal regime of municipal administrative patrimonial responsibility is verifiable, with evident similarities in the determination of the causal link and in the list of circumstances likely to influence it, as detailed in this Thesis, which is based on the analysis of the doctrine of the immunity of the Crown to claims for damages and the survival of the same in relation to the immunity of the municipality in some Anglo-Saxon legal systems. Certain points in common in the treatment of the administrative responsibility of the municipality in both legal systems are analyzed, such as the way in which the procedure is initiated. In fact, in most cases, the Administration is granted the opportunity to rule before the matter reaches the courts of justice, having previously filed a "claim" or "notice of claim", similar to the prior claim of the Spanish law. Certain aspects that generate administrative responsibility are also studied, such as the violation of the principles "duty to warn" or "duty to care" in the event of deficiencies in public roads causing damage to an individual, also integrated within the standards of the service, whose enforceability when determining the causal link in administrative responsibility has been extended in recent years in the Spanish legal system.

Moreover, the application by the courts of justice of very similar criteria in both legal systems is detailed when determining the causal link, moderators or exonerations of administrative responsibility, such as "contributory negligence" or "intervention of the victim in causing the damage" or even the criterion of "exclusive fault of the victim" without forgetting the obligatory respect for the "service standards" of the Administration, which, configured by jurisprudence in our Spanish Law, have their origin in the legal system of Common Law, where, historically, they have always been taken into account as determining elements of administrative patrimonial responsibility. On the other hand, a study of the "damages" institution is made, understanding by them the economic amount recognized to a plaintiff as compensation for a loss or damage suffered. This traditionally Anglo-Saxon institution is examined in this work, and its parallelism with our compensation for damages, whose purpose in both cases is to



Universidad de Oviedo

achieve full compensation for the injured party through an economic amount obtained from the cause of the damage. The different types of "damages" are detailed, noting that, its amount is limited in many cases by the doctrine of municipal immunity. It has also been addressed a detailed analysis of the similarities and differences regarding the treatment of compensation for damages in Spain, with special reference to punitive damages. Lastly, the influence of the Common Law legal system is pointed out in the introduction into Spanish Law of typically Anglo-Saxon conflict resolution figures from traditional ADR ("alternative dispute resolution") such as arbitration, conciliation and specifically mediation, understanding by this the alternative method of conflict resolution, which, in recent years, has obtained support from institutions such as the "Consejo General del Poder Judicial", in order to avoid the extremely high level of litigation that, in this matter, of damages there are in the contentious-administrative field.

**SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO
EN DERECHO.**

Debo manifestar mi profundo agradecimiento a D. Leopoldo Tolivar Alas, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, sin cuyo apoyo e iniciativa, esta obra no hubiese tenido lugar. Muchas gracias por la Dirección de esta Tesis, por su inmensa paciencia, su apoyo incondicional, por las sugerencias y orientaciones (siempre acertadas), por su interés en el tema, y en definitiva...por creer en mí.

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

ADR: Alternative Dispute Resolution.

Art. Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC.: Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE Constitución Española.

Col: Colectivo.

DIR: Directiva Europea.

ECHR: European Court of Human Rights. Corte Europea de Derechos Humanos:

JCA: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

LBC: London Borough Council.

LBRL: Ley de Bases Régimen Local 7/1985.

LCS: Ley del Contrato de Seguro, 50/1980.

LCSP: Ley de Contratos del Sector Público 9/2017.

LEF: Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

LGTC: Local Government Tort Claims Act.

LJCA: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998.

LMACM: Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles 5/2012.

LO: Ley Orgánica.

LPAC: Ley de Procedimiento Administrativo Común, 39/2015.

LRJAE: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

LRJSP: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, 40/2015.

LRPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 30/92.

LRSVDPAC: Ley de reforma del sistema de valoración de daños y perjuicios derivados accidentes de tráfico. (Ley 35/15).

ONCA: Ontario Court of Appel.

ONSC: Ontario Superior Court.

OR: Ontario regulation.

P: Página.

RD: Real Decreto.

REF: Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957.

REG: Reglamento.

RSRE: Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, R.D. 300/04, de 20 de febrero.

Rev. Den.: Revision denied.

ST: Sentencia.

STAN: Sentencia del Audiencia Nacional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJ: Sentencia del Tribunal de Justicia.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo Derechos Humanos

TFUE: Tratado Fundacional UE.

TREBEP: Texto Refundido Estatuto Básico del Empleado Público, 5/2015.

TRET: Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores 2/2015.

TRLCSP: Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público 3/2011.

TRLGSS: Texto Refundido Ley Reguladora de la Seguridad Social.

TRLS: Texto Refundido Ley del Suelo 7/2015.

UE: Unión Europea.

UKHL: United Kingdom House of Lords.

UKHC: United Kingdom House of Commons.

V: Versus.

Vol: Volumen.

INDICE

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN | 9 |
| 1. Ideas previas. Presentación del objeto de estudio..... | 9 |
| 2. Objetivos y alcance..... | 15 |
| II. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN..... | 16 |
| 1. La inmunidad del soberano como idéntico punto partida en ambos sistemas jurídicos. | 16 |
| 2. Diferente naturaleza de las fuentes informadoras de ambos sistemas jurídicos.. | 20 |
| 3. Orígenes de la responsabilidad patrimonial en el Derecho español, de la responsabilidad por culpa o negligencia, a la responsabilidad objetiva. | 23 |
| 4. Situación actual de ordenamiento jurídico español en materia de responsabilidad administrativa..... | 25 |
| 5. La inmunidad de la Corona en el Common Law..... | 30 |
| 6. Doctrina de la inmunidad soberana en los EEUU. | 32 |
| 7. Evolución del principio de la inmunidad soberana hacia la doctrina de responsabilidad del Estado y entes locales por la causación de daños a particulares. 36 | |
| 8. Tipología de actos de las entidades locales que dan lugar a responsabilidad en el sistema del Common Law..... | 42 |
| 9. Comparativa de la distinción entre actos ministeriales y discrecionales en el sistema jurídico del Common Law con la existente entre actos reglados y discrecionales en el Ordenamiento jurídico español. | 43 |
| 10. Evolución del Ordenamiento jurídico anglosajón. Los inicios del sistema de responsabilidad por daños. La doctrina “Contributory Negligence”. | 50 |
| III. RECLAMACIÓN PREVIA. CUESTIONES PROCEDIMENTALES EN AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. | 62 |
| 1. Inicio del procedimiento..... | 65 |
| 2. Contenido del escrito iniciador..... | 69 |
| 3. La “ <i>notice of claim</i> ” en el Reino Unido..... | 70 |
| 4. Peculiaridades de la “ <i>notice of claim</i> ” en EEUU..... | 73 |
| 4.1 Requisitos y plazo para interponer la reclamación..... | 74 |
| 4.2 Requisitos en los distintos Estados de EEUU. Reclamación previa o “ <i>notice of claim</i> ”. Requisitos formales de la reclamación..... | 75 |
| 5. La “ <i>notice of claim</i> ” en otros países sujetos a la Common Law: Canadá, Australia y Nueva Zelanda: | 89 |
| 6. La incorporación de la mediación a la responsabilidad patrimonial. | 100 |
| 7. Impulso de la mediación administrativa en España por el Consejo General del Poder Judicial..... | 105 |

| | |
|---|------------|
| IV. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: PRINCIPIOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. | 109 |
| 1. Cuestiones generales. Nexo de causalidad. | 111 |
| 2. El principio “ <i>res ipsa loquitur</i> ” o “ <i>the thing speaks for itself</i> ” (“la cosa habla por sí misma”). | 121 |
| 3. Principios o “ <i>duty to warn</i> ” (“deber de advertir”); “ <i>duty of care</i> ” (“deber de cuidado”) y “ <i>contributory negligence</i> ” (“compensación de culpas”). | 126 |
| 4. Principio “ <i>standard of care</i> ” o “estándar de cuidado” | 132 |
| 5. Supuestos específicos en otros países de tradición anglosajona: Casuística en la valoración de la prueba. | 134 |
| V. SUPUESTOS DE EXONERACIÓN ADMINISTRATIVA | 138 |
| 1. Respeto a los estándares de funcionamiento del servicio en el Derecho español. Influencia del sistema jurídico del Common Law | 138 |
| 2. El respeto a los estándares de funcionamiento del servicio en países de tradición anglosajona. Analogías con el tratamiento de los mismos en el Derecho español... .. | 143 |
| 3. La culpa exclusiva de la víctima en la causación del daño. | 165 |
| 4. El deber jurídico de soportar el daño como criterio legal de exención de responsabilidad. | 177 |
| 5. La fuerza mayor como criterio exonerante en ambos ordenamientos jurídicos. | 180 |
| VI. INDEMNIZACIÓN VS. DAMAGES. | 187 |
| 1. Introducción..... | 187 |
| 2. Los “damages” asimilados a “indemnización de daños y perjuicios”. | 190 |
| 3. Doctrina de la mitigación de los daños..... | 195 |
| 4. Aproximación a los diferentes tipos de daños en Derecho anglosajón. | 196 |
| 5. Clases de daños en el ordenamiento jurídico español | 208 |
| 6. La intervención de las compañías aseguradoras del riesgo de la Administración en ambos sistemas jurídicos. | 211 |
| VII. RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS Y AUTORIDADES EN AMBOS SISTEMAS JURÍDICOS. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA. ... | 217 |
| 1. La responsabilidad de la Administración por los daños causados por funcionarios o agentes en el Derecho español. | 217 |
| 2. Supuestos específicos de daños causados por funcionarios de los cuerpos o fuerzas de seguridad en ambos ordenamientos. | 224 |
| 2.1 Peculiaridad en el tratamiento de la responsabilidad por los actos cometidos en ejercicio del voluntariado. | 235 |
| 2.2 Supuestos específicos de responsabilidad por daños causados por funcionarios o agentes en el Reino Unido..... | 235 |
| 3. Esbozo de la responsabilidad del contratista en el Derecho anglosajón..... | 239 |
| 4. Responsabilidad del contratista en el Derecho Español. | 243 |
| VIII. CONCLUSIONES | 250 |

| | |
|---------------------------|-----|
| SENTENCIAS CITADAS..... | 268 |
| BIBLIOGRAFIA CITADA | 279 |

I. INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN

1. Ideas previas. Presentación del objeto de estudio.

La revolución tecnológica, e informática comandada por internet desde los años 80, ha cambiado la influencia social, económica e incluso jurídica de otros países y culturas en el nuestro. Se ha hecho realidad la manida afirmación de encontrarnos en una “aldea global”, y su influencia se manifiesta en todos los ámbitos de la vida. El sistema jurídico español no podía resultar ajeno esa globalización en cuanto que el Derecho en sí mismo representa un conjunto de normas que se acomodan a la realidad social de cada momento en el marco de un contexto histórico determinado, y es en dicho marco, en el que debe ser interpretado. Conforme refiere KELSEN¹, “*el Derecho no es una categoría eterna y absoluta, sino que su contenido cambia con la historia, por lo que se encuentra condicionado a las circunstancias de tiempo y lugar*”. Por ello, no deja de ser un fiel reflejo de la revolución cultural, social y principalmente tecnológica, de finales del siglo XX y primeras dos décadas del XXI que ha acercado a nuestro sistema jurídico culturas extrañas a la tradición continental europea, como es la anglosajona, cuya transcendencia en nuestra esfera jurídica había sido mínima hasta finales del siglo pasado. De esta manera, este trabajo versa sobre la influencia del sistema jurídico del Common Law en el Derecho español en determinados aspectos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y de manera específica, en la responsabilidad patrimonial del municipio.

Un primer influjo es claramente apreciable en el orden de la prelación de las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico que, de facto, se ha visto modificado. Ciertamente, pese a que nuestro Código Civil proclama como principio en su artículo 1.1 que las fuentes del mismo son “*La ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*”, y puntualiza en el artículo 1.6 el valor complementario de la jurisprudencia, (entendiendo como tal únicamente la doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, y los principios generales del Derecho), sin embargo, y en la práctica, podemos afirmar que la jurisprudencia ha pasado de ser esa fuente informadora del Derecho a adquirir primacía, en ocasiones, sobre la propia Ley. Además, actualmente puede afirmarse que la doctrina de órganos

¹ KELSEN, H.: *La Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1934, p. 25.

jurisdiccionales intermedios que, en puridad no puede denominarse jurisprudencia, como son las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales adquiere una importancia fundamental y determinante como criterio informador del ordenamiento jurídico, doctrina que en algunos supuestos, ha devenido en la inaplicación de un precepto legal contradictorio con la Jurisprudencia de nuestro TS y la doctrina del TC², tal y como ocurrió en la interpretación del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en el supuesto silencio administrativo negativo. En relación a esta cuestión, señala el profesor BALLESTEROS MOFFA³: *“Superada la doctrina de la caducidad de la acción para recurrir en caso de silencio negativo, se conceptúa la misma como reducción a mera vía para permitir al interesado acceder a la garantía jurisdiccional, como superación de la pasividad paralizante de la Administración, la principal tesis sobre la que ha basculado la justicia constitucional y ordinaria, de consuno con la mejor doctrina”*.

No menor es el influjo en nuestro ordenamiento de la doctrina del TJUE. Nuestro sistema jurídico parte de la base de la primacía del ordenamiento jurídico comunitario, (doctrina sentada en el asunto *“Melloni”*⁴), tanto del Derecho originario de los Tratados Constitutivos y Tratados de Adhesión, como del Derecho derivado. En este sentido, el art. 288 del TFUE atribuye capacidad legislativa a las instituciones, en orden a ejercer las competencias de la Unión, a través de Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes. Así se ha reconocido en nuestro ordenamiento jurídico tanto por la CE de 1978 en sus artículos 93 y siguientes, como por la propia doctrina constitucional, valga por todas la STC 28/1991 de 14 de febrero, que refiere: *“(…)a partir de la fecha de adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades europeas, originario y derivado, el cual... constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema de los Estados*

² Ver interpretación del art.46.1, segundo inciso, de la ley 29/98 de la jurisdicción contencioso-administrativa, relativo al plazo de caducidad para la interposición de un recurso en caso de silencio administrativo, conforme reiterada doctrina de nuestro TC en su STC 52/2014, de 10 de abril, (RTC 2014\52) respecto de la compatibilidad del art.46.1, segundo inciso, de la L 29/1998.

³ BALLESTEROS MOFFA, L.A.: “La capitulación del acto consentido y firme”. *Revista de Administración Pública*, nº 192, Madrid, septiembre-diciembre, 2013.

⁴ La sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, en el asunto C399/11 (*“Melloni”*) reitera la doctrina sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea, con el siguiente argumento: *“(…) En virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado”*.

miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (...)". Es tal la importancia del Derecho de la Unión Europea, que obliga a interpretar nuestras normas jurídicas conforme sus criterios, convirtiéndose en un auténtico canon interpretativo de los ordenamientos propios de los países miembros, esbozándose inicialmente dicha primacía en la STJUE de 15 de julio de 1964⁵, en el asunto "*Costa Enel*", y consolidándose definitivamente con la STJUE, "*Simmenthal*", de 9 de marzo de 1978⁶ la cual constituyó el precedente judicial a partir de la que se elaboró todo un compendio doctrinal sobre dicha primacía, fundamentada en el principio de que "*el órgano jurisdiccional debe excluir la norma interna incompatible y aplicar la norma comunitaria*". Se consigue de este modo que, en caso de confrontación, siempre prime el Derecho comunitario lo que, con apoyo en lo dispuesto en el art. 4 bis de la LOPJ, permite que el juez al resolver un caso excluya una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, los propios Reglamentos comunitarios, de conformidad con lo dispuesto en el art. 288 del TFUE, producen efectos vinculantes, con alcance general y obligatorio en todos sus elementos y son inmediatamente aplicables en cada Estado miembro desde su promulgación. En palabras de, ORDOÑEZ SOLIS⁷ "*El Derecho comunitario ha reforzado los poderes del juez, ha actuado como límite en función de Derecho sustantivo y también ha establecido nuevas figuras procesales con relevancia en el Derecho nacional. Por una parte y por lo que se refiere a la ampliación de los poderes del juez, ha de tenerse en cuenta la fuerza que deriva de la conocida jurisprudencia Marleasing⁸ en virtud de la cual se exige del juez nacional que, a la hora de aplicar el Derecho nacional, haga todo lo posible por interpretarlo de conformidad con el objeto y la finalidad del Derecho comunitario europeo*".

Este Derecho de la UE desplegó plenitud de efectos en todos los Estados miembros desde la fecha de su vigencia, creando derechos y obligaciones para todos aquellos que pudieran verse afectados por su ámbito de aplicación⁹, así el art. 4 bis de

⁵ Asunto 6/64.

⁶ Asunto 106/77.

⁷ ORDOÑEZ SOLIS, D, *La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo*. Derecho español contemporáneo. Editorial Reus, 2011.

⁸ Sentencia dictada en el asunto, "Marleasing", STJUE de 13 de noviembre de 1990, C-106/89.

⁹ ORDOÑEZ SOLÍS, D. "La configuración del espacio judicial europeo" *Cuadernos Europeos de Deusto* nº 50/2014 , Bilbao, 2014, pp.105-139.

la LOPJ¹⁰, dispone: *"Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea"*. En este sentido, el deber de inaplicar una norma de Derecho interno que contradiga el Derecho europeo, se consagra en la Jurisprudencia europea a medio de la STJUE de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli¹¹, y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov¹².

Tal es la importancia del Derecho europeo, que el incumplimiento de una norma comunitaria podría dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor de producirse un daño a los particulares derivado del mismo, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello conforme reiterada doctrina del TJUE, que en numerosas sentencias, dispone que el Derecho de la UE configura el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados en torno a estos tres requisitos¹³: *"a) el incumplimiento de una norma europea destinada a conferir derechos a los particulares; b) la cualificación de dicho incumplimiento como una «violación suficientemente caracterizada»; y c) la relación de causalidad directa entre tal tipo de incumplimiento estatal y el daño originado"*. El cumplimiento de estos requisitos es ineludible por los jueces nacionales, de manera que, como señala el profesor COBREROS MENDAZONA, *"Ni los legisladores estatales pueden mantener —o, lo que sería peor, crear— normas contrarias a los mismos ni los aplicadores estatales (entre nosotros: Administración primero y juez contencioso-administrativo después) pueden interpretar su ordenamiento de manera que resulte incompatible con la construcción del principio de responsabilidad estatal, en cuya base están los tres requisitos mencionados. Constituyen, así, exigencias comunes e ineludibles para todos los Estados miembros; o, dicho de otra manera, estos tres requisitos, tal y como han sido acuñados, son ius cogens para las autoridades estatales"*.

¹⁰ Artículo introducido en la LOPJ. a raíz de la modificación operada por la Ley 7/2015 de 21 de julio.

¹¹ C-188/10 y C-189/10.

¹² C-173/09.

¹³ COBREROS MENDAZONA, E. "La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea". *Revista de Administración Pública* 12, núm. 196, Madrid, enero-abril (2015), pp. 11-59.

Esta consideración ha provocado que la doctrina del Alto Tribunal europeo, desplace “*de facto*” la propia normativa interna¹⁴ (en acomodo con lo dispuesto en el artículo 96 de nuestra CE) manifestándose dicha primacía en todo tipo de materias, un ejemplo de las cuales es la protección de consumidores y usuarios, causando las sentencias dictadas por el TJUE en el ámbito hipotecario y bancario, una auténtica revolución doctrinal, en tanto que en alguno de los asuntos resueltos, el TJUE sentó una doctrina diferente, no sólo a la regulación normativa española, sino también a la “*ratio decidendi*” sobre la misma cuestión determinada por nuestro TS. La eficacia del ordenamiento jurídico comunitario despliega, así mismo, su influencia en los denominados actos administrativos transnacionales, que producen sus efectos más allá del ámbito territorial del que ha dictado el acto¹⁵.

Sin obviar esa primacía del Derecho europeo, como el primer ordenamiento jurídico internacional que modifica nuestro sistema de fuentes, algo que ha sido tratado en innumerables estudios doctrinales¹⁶, se hacía necesario un estudio detallado que precisase hasta dónde ha llegado la globalización, en el sentido de si, otros sistemas jurídicos internacionales de origen absolutamente diferente al Derecho continental europeo, y cuyo influjo tradicionalmente había sido imperceptible, han podido también impregnar en las últimas décadas nuestro sistema jurídico. Por todo ello, entendí que podía resultar de especial importancia llevar a cabo una investigación sobre la influencia del sistema jurídico del Common Law en el ordenamiento jurídico español, planteando el análisis desde sus orígenes, encontrándose su fundamento en la inmunidad de la Corona, que devino con el tiempo en la del municipio a las

¹⁴ Respecto de la obligación de los Estados de garantizar la ejecución de las sentencias del TJUE, se pronuncia el mismo en la Sentencia de 5 de marzo de 1996, dictada en los asuntos “*Brasserie du pêcheur*” y “*Factortame*” C-46/93 y C-48/93.

¹⁵ Como refieren los profesores BOCANEGRA R. Y GARCÍA LUENGO J. “Los actos administrativos transnacionales” *Revista de Administración Pública*, núm. 177, Madrid., septiembre-diciembre (2008), pp. 9-29. Refieren los profesores: “Una vez que la armonización se ha producido, bien mediante un tratado internacional por la vía de la existencia de una norma común adoptada por la Unión Europea, el reconocimiento de los actos administrativos dictados de conformidad constituye, por su parte, una regla directamente dirigida a la agilización del tráfico jurídico y a la simplificación de trámites”.

¹⁶ ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARIA, P.: “La Unión Europea y el Derecho de los Tratados” *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol.68, nº 2, julio-diciembre 2016, pp. 51-102; COBREROS MENDAZONA, E. (...) *op.cit.* pag 8; ALEGRE MARTINEZ M.A.: “La Primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Estatal; Aspectos constitucionales” *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1994, pp. 93-173

demandas por daños causados a los particulares, resultando ello el germen de la diferente concepción de ambos sistemas jurídicos, anglosajón y continental.

Resulta además de interés conocer cómo ha evolucionado dicha doctrina en los distintos países de influencia del Common Law. Partiendo de ese punto, y dada la magnitud de la tarea, ante la existencia de múltiples regímenes jurídicos distintos, he considerado necesario abordar las diferencias y similitudes procedimentales de un modo global, desde la exigencia, en la mayoría de los casos, de plantear previamente una reclamación ante el municipio (*"notice of claim"* o *"claim"*) antes de interponer la demanda judicial, pasando por principios generales de valoración de pruebas en el Derecho anglosajón, algunos similares a los existentes en Derecho español ("respeto a los estándares de funcionamiento del servicio", el "estándar mínimo de cuidado exigible", o el "deber de advertir el riesgo"), incidiendo también sobre cuestiones anexas al procedimiento, como la responsabilidad de autoridades y funcionarios, los criterios exoneradores de responsabilidad en ambos sistemas jurídicos, la intervención de terceros en la causación del daño, la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor. También se hace referencia a otras cuestiones diversas de procedimiento como la intervención de las compañías aseguradoras, la responsabilidad de la contratista, o incluso la posible canalización del procedimiento de reclamación de daños al municipio a través de una mediación como método alternativo de la resolución de conflictos, directamente importado del Derecho anglosajón, donde es considerado como un medio existoso para finalizar una controversia jurídica en los países del Common Law¹⁷.

También ha sido objeto de estudio en esta Tesis el influjo anglosajón en aspectos tales como la indemnización de daños y perjuicios, término asimilado al concepto

¹⁷ *"The Small Claims mediation service in England and Wales"* recibió un 94,4% de aceptación favorable por los usuarios del servicio (estadísticas 2007-2011). Safer Communities Directorate, Scottish Government, *"An International Evidence Review of Mediation in Civil Justice"*. Crime and Justice Social Research. <https://www.gov.scot/publications/international-evidence-review-mediation-civil-justice/>. También el Derecho canadiense establece la posibilidad de que las partes en el momento de interponer una *"notice of claim"* o reclamación administrativa en materia de daños causados por entes públicos, soliciten acudir a una mediación en lugar de una solución judicial del conflicto, de hecho, en algún municipio canadiense es habitual acudir a un modelo normalizado, denominado *"notice to mediate"*, como sucede en el municipio de British Columbia¹⁷, donde el mismo sustituye a la reclamación administrativa cuando lo que se pretende es un acuerdo en materia indemnizatoria.

“damages” del Derecho anglosajón, pudiendo apreciarse similitudes en el tratamiento que la materia tiene en el Derecho español en cuestiones varias como determinados conceptos indemnizatorios y partidas indemnizables, aunque sin obviar las diferencias en cuanto a la aplicación de los daños punitivos y la limitación de las cuantías indemnizatorias derivadas del propio concepto de la inmunidad municipal.

2. Objetivos y alcance.

El objetivo general que persigue esta investigación es conocer cómo la globalización y el sistema del Common Law están influyendo en la materia de daños en el ordenamiento jurídico administrativo. En idéntico sentido, el objetivo específico viene determinado por la influencia del mismo en la propia concepción de la responsabilidad administrativa del municipio, sobre los siguientes aspectos:

- Introducción de conceptos anglosajones en la valoración de la responsabilidad de la Administración, como la negligencia contributiva, los estándares del servicio, y similares criterios para determinar la responsabilidad de funcionarios y autoridades en la causación del daño, similares a los habitualmente utilizados en nuestro ordenamiento jurídico.
- Conocer cuáles son las circunstancias exoneradoras de responsabilidad del municipio más habituales en los ordenamientos anglosajones y su similitud con las utilizadas en el Derecho español (culpa exclusiva de la víctima, intervención de tercero, fuerza mayor).
- Incremento de los supuestos indemnizatorios en los que las Administraciones Locales deben responder.
- Influjo en determinadas reglas de valoración de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial similares a las tradicionales presunciones del Derecho español.
- Valoración de la similitud del tratamiento doctrinal de diferentes tribunales de justicia de cuestiones tales, como la responsabilidad medioambiental o urbanística municipal e influencia de la primera en el incremento de las indemnizaciones de daños, y en la superación de la doctrina de la inmunidad municipal en dicha materia.

Es objeto de este trabajo abordar como se concreta el influjo del sistema Common Law en la materia de daños del Derecho español y su reflejo en el tratamiento de la misma que realizan diariamente las Administraciones que mayor litigiosidad acumulan en ese ámbito, como son las entidades locales, entendiendo por aquellas las definidas en el artículo 3 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/85.

II. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN.

1. La inmunidad del soberano como idéntico punto partida en ambos sistemas jurídicos.

La evolución histórica nos ha mostrado los diferentes orígenes de ambos sistemas jurídicos. Estas diferencias fundamentalmente se manifiestan en que el Derecho de los países de la Europa continental, está basado en una arraigada tradición normativa, en la que la Ley es la fuente fundamental del Derecho y en la que además tiene una influencia muy importante la doctrina. Es en consecuencia, un Derecho mucho más racional y teórico que el anglosajón. Pero lo cierto es que, pese a sus diferentes orígenes y tradiciones jurídicas, existe un primer punto partida común en ambos sistemas jurídicos basado en la ausencia de responsabilidad del soberano, y por ende del Estado¹⁸. Este principio evolucionó en ambos sistemas juntamente con la sociedad de forma paralela al Derecho, consolidándose con el tiempo, la ruptura de la doctrina de la irresponsabilidad de la Corona, pasando a entenderse que la Administración tenía la obligación de responder por los daños causados a los ciudadanos, como consecuencia de su actuación. No obstante, tanto el momento en que esa ruptura se produce, como las circunstancias en que ello acontece, son diferentes en ambos sistemas jurídicos.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson Reuters, Decimocuarta edición, 2015. Refieren los profesores: “Si el sustrato real que alimentó durante tantos siglos el principio de irresponsabilidad del soberano es común a todos los ordenamientos, común a todos ellos es también el que generó su ruptura en estrecha interdependencia con las transformaciones socioeconómicas. Varía, en cambio, como no podía ser de otro modo, la forma en que esta ruptura se produjo en cada ordenamiento de acuerdo con sus peculiares tradiciones. Dos son a este respecto los modelos que ofrece, en principio, el Derecho comparado, según sea la vía de progreso, legislativa, o Jurisprudencial, en cada caso seguida. Al primero de ellos se ajustan los ordenamientos anglosajones, en los que la ruptura del viejo principio de la Common Law de irresponsabilidad del poder público se produce bruscamente a través a través de una rectificación legislativa muy próxima en el tiempo a nuestra LEF (...)”.

Esta concepción de la ausencia de responsabilidad del Estado propia de la época medieval, y derivada la doctrina absolutista del poder real y de la Corona, imperó en toda Europa tanto en la continental, en relación a la cual, a finales del siglo XIX, refería LAFERRIÈRE¹⁹: “*Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación*”, como en la anglosajona, hasta que las circunstancias sociales, culturales o históricas, propiciaron en distintos momentos históricos la ruptura con la doctrina basada en el principio “*King can do not wrong*”²⁰. En este sentido, el Derecho español no podía ser ajeno a teoría de la inmunidad de la Corona a las demandas de daños que aparecía representada por el principio de ausencia de responsabilidad del soberano, imperante también en la Europa continental, así lo cierto es que no es hasta principios del siglo XIX cuando empiezan a apreciarse los primeros indicios de la doctrina de la responsabilidad patrimonial administrativa del Estado. En este sentido, la Ley de 9 de abril de 1842, declara la obligación de la nación de indemnizar los daños materiales causados tanto en el ataque como en la defensa de las plazas, pueblos y edificios en el curso de la primera guerra carlista. De hecho, como bien señala el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA²¹, dicha guerra acabó con “*el simbólico abrazo entre los dos bandos contendientes*”, lo cual “*parecía excluir toda posible expansión de la norma a situaciones similares, como el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de octubre de 1904 tendrá ocasión de declarar a propósito de los daños producidos en la guerra de Cuba*”. Eran en definitiva, como subrayan los autores anteriores, algunas leyes especiales las que reconocían la indemnización en supuestos concretos, por ejemplo la Ley de “*Policía de Ferrocarriles*” subrayaba en su artículo catorce la posibilidad de indemnizar a los particulares por los daños causados por el ferrocarril (...) y en idéntico sentido, las Leyes de 31 de diciembre de 1945 “*sobre indemnización por muertes o incapacidades ocasionales por el uso de armas por las fuerzas de militares o de orden público*”.

¹⁹ LAFERRIÈRE, E.: *Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et cie. Libraires-éditeurs, 1887.

²⁰ GARRIDO FALLA, F: “La Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 119. Madrid, Mayo-agosto 1989. pp. 30 y sstes. En palabras del profesor: “*Sorprende la vitalidad de una institución que para llegar al momento actual ha tenido que superar una situación inicial absolutamente adversa. La vieja y preconstitucional doctrina del ius eminens (con su formulación anglosajona “King can do not wrong”) explicable dentro del contexto del “origen divino del poder” mantiene todavía su vigencia cuando los poderes absolutos del príncipe han sido heredados por la soberanía nacional*”.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II (...)*, op.cit. p.16.

En este orden de cosas y, aunque la concepción de la responsabilidad administrativa, tal y como la entendemos actualmente, proviene de la Ley de Expropiación forzosa, sin embargo, encontramos su precedente en el Código Civil de 1889, concretamente en sus artículos 1902 y 1903 abocando, la redacción de este último artículo, actualmente modificada, a la posibilidad de reclamar daños en el supuesto de que aquellos fuesen producidos por mandatarios singulares, es decir, de aquellos que no pertenecían a la Administración Pública estableciendo el principio general de que toda persona responde de los daños *“que por acción u omisión causa a otro, interviniendo culpa o negligencia”*, puntualizando el artículo 1.903, que dicha responsabilidad es exigible no sólo por actos u omisiones propios sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder, incluyéndose en dicha redacción hasta su supresión por la Ley 1/1991, la responsabilidad del Estado cuando *“obra por mediación de un agente especial pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”*.

La legislación española, durante la primera mitad del siglo pasado apenas si había evolucionado en materia de responsabilidad patrimonial hasta que, la Constitución de 1931 introdujo la primera regulación expresa de la responsabilidad patrimonial, aunque entendiéndola como una responsabilidad de carácter subsidiario por ello, tenemos que esperar hasta mediados del siglo XX para poder observar de una forma más o menos clara una regulación que verdaderamente comience a ser eficaz para servir de garantía del ciudadano frente a los daños causados por la Administración. La disquisición sobre cuál ha de ser la respuesta adecuada indemnizatoria se configura como una auténtica garantía para la víctima, de hecho, en palabras del profesor, GARCÍA DE ENTERRÍA: *“El Juez requerido para decidir tiene ante sí a un demandante que, en cuanto a la víctima del daño causado, tiene Derecho a una completa reparación, que no sería justo denegar ni demorar cuando es claro que el sujeto concretamente demandado ha contribuido con su conducta (sin perjuicio de que otros lo hayan hecho) a producir ese daño”*²².

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II (...), op.cit.* p. 16.

Efectivamente, es en la primera mitad del siglo XX, cuando empieza a observarse una preocupación del legislador por regular de forma específica el derecho de los ciudadanos a la indemnización por los daños causados por los entes públicos y, más concretamente, los ocasionados por municipios y provincias, concibiendo este sistema de responsabilidad como una auténtica garantía de los administrados. En este sentido, la consagración de la responsabilidad patrimonial en la esfera local, acontece con la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, que en su artículo 405, preceptuaba una responsabilidad directa o subsidiaria de los Entes Locales por los daños causados a los particulares. Proveniente de una clara tradición continental, el sistema se articuló desde un principio fundamentado en la protección de las garantías de las víctimas que han sufrido el daño causado por el funcionamiento de la Administración. De hecho, la jurisprudencia francesa en ese ámbito desde sus comienzos había sido un ejemplo de esta actitud garantista, refiriendo la necesidad de que, entre el hecho y el daño causado hubiera una relación directa para que surgiera la consecuencia indemnizatoria²³. Así mientras en el Derecho continental europeo, la teoría de la responsabilidad administrativa se configuró a partir de las reformas normativas que en cada país fueron acometiendo, en el Reino Unido dicha ruptura se simbolizó con la aprobación de la Crown Proceedings Act de 1947, a partir de la cual la Corona (el Estado) pasó a responder de los daños causados a los particulares “*de idéntica manera a una persona privada*”²⁴. Los nuevos retos afrontados por los Estados, y, singularmente, las dos guerras mundiales, hicieron concebir en el resto de países continentales la idea de la necesidad de abordar la doctrina de la responsabilidad del Estado y de la Administración en relación con los daños causados a particulares.

²³ En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II (...)*, op.cit. p. 16: “*La Jurisprudencia francesa constituye un ejemplo muy claro de esta actitud pragmática a la que acabamos de hacer referencia. En efecto, es habitual en ella afirmar que la relación entre el hecho y el daño debe ser siempre directa para que pueda surgir el deber de resarcimiento. Sin embargo, a la hora de interpretar esta exigencia de flexibilidad es notable. Así por ejemplo, El Conseil D'Etat ha declarado la responsabilidad de un municipio por los daños sufridos a las víctimas de un accidente de autocar sobre la base de la negligencia de las autoridades municipales al permitir que el transportista pusiera en circulación un vehículo sin esa asegurado de acuerdo con los reglamentos aplicables (arrêt ville de Dôle de 1942). Del mismo modo ha estimado que la Administración que por su negligencia se ha dejado sustraer un vehículo de su propiedad, está obligada a reparar los daños causados a terceros por el vehículo robado (arrêts Espinosa et Vazquez 1948, Seiller 1932, etc.)*”.

²⁴ 2 All ER 241, (1946) AC 543.

2. Diferente naturaleza de las fuentes informadoras de ambos sistemas jurídicos.

El Common Law es un Derecho recogido fundamentalmente en sentencias y resoluciones judiciales, de contenido pragmático y enmarcado en la actividad y doctrina judicial²⁵, que resuelve o toma decisiones aplicando los precedentes judiciales al caso concreto, introduciendo una metodología jurídica centrada en la jurisprudencia consistente en aplicar la inducción a partir de los precedentes (*precedents*), como puntualiza la profesora BESTUE SALINAS²⁶, que señala que los principales rasgos que marcan las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos tienen su causa en que, mientras que en uno la fuente primordial es la Ley, el segundo tiene su origen en la jurisprudencia, resultando que esos distintos orígenes han dado lugar a un enfoque jurídico totalmente distinto, en este sentido, concluye la autora que: *“En efecto, mientras los juristas anglosajones utilizan una metodología empírica que va de lo particular a lo general, los juristas continentales proceden de forma completamente inversa, es decir, por deducción aplican la norma general al caso concreto”*²⁷.

Ciertamente, las diferentes raíces pesan, pero ello no es óbice para que cada vez sea mayor la influencia del Derecho anglosajón en el ordenamiento jurídico español, más concretamente, en la forma de hacer derecho de los tribunales españoles. El Derecho español tiene unas claras raíces romano-germánicas, y al igual que en la

²⁵ En lo referente a la forma de creación del Derecho en el sistema jurídico del Common Law, señala el profesor HYLTON KEITH, N.: *“Tort Law a modern perspective” 2016, Cambridge University Press, 2016*, pp.4.: *“(…) El Common Law se ha desarrollado a través de las resoluciones públicas de cientos de disputas. En cada una de ellas, ha valorado con la precaución de considerar las consecuencias sociales de su decisión. Como resultas de ello, el Common Law se ha desarrollado como una fina malla de regulaciones (...) que reflejan un equilibrio con respecto a las consecuencias futuras, tanto para las presentes partes en disputa, como para las futuras, y para el sistema en su conjunto”*. (Traducción libre).

²⁶ BESTUE SALINAS, C.: *“Traducir los daños sin efectos colaterales: Análisis comparado del Derecho de daños.” Hermēneus. Revista de Traducción e Interpretación*; núm. 11, 2009.

²⁷ Refiere la profesora, BESTUE SALINAS, C.: *“En el Common Law los jueces tradicionalmente justifican sus decisiones en referencia a los precedentes y normas sociales, o por amplios requerimientos de racionalidad presupuestos por políticas públicas. Los jueces de la tradición continental tradicionalmente justifican su interpretación de las leyes directamente en referencia a su significado (...). Debido a que los jueces de Derecho consuetudinario se basan relativamente más en decisiones judiciales pasadas y los jueces de Derecho continental confían relativamente más en las palabras de los estatutos, el sistema Common Law se basa más en los precedentes que el sistema de Derecho continental, el método del Derecho consuetudinario se logra leyendo casos y argumentando directamente a partir de ellos, mientras que el método continental se enseña leyendo el código y argumentando a partir de los comentarios sobre él”*.

mayor parte de los ordenamientos jurídicos continentales, la Ley es, en teoría, y conforme al orden de prelación de fuentes del Código Civil, la principal fuente del Derecho. En España, no obstante, estamos viendo cómo, cada vez más, la jurisprudencia, altera este sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, no siendo poco frecuente encontrar decisiones jurisdiccionales tanto de órganos judiciales nacionales como supranacionales, fundamentalmente del TJUE y del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDHE), que modulan la aplicación del Derecho e incluso ya no sólo suplen lo no regulado, sino que en alguna ocasión inaplican lo dispuesto en una norma jurídica²⁸. No obstante, si algo resulta evidente es que, la influencia sistema jurídico del Common Law, derivada de este mundo globalizado, ha ido creciendo. En los últimos años la relevancia de las decisiones judiciales en el elenco de fuentes del Derecho ha adquirido progresivamente una mayor preponderancia, en muchas ocasiones superior a las normas jurídicas que supuestamente aplican o interpretan, lo que conduce a plantearnos cuál es el origen de esa modificación del sistema de fuentes de tradición continental, y si la misma es debida a la influencia del Derecho anglosajón, así como el reflejo que esta variación en el sistema de fuentes ha tenido en el ordenamiento jurídico administrativo español.

El profesor CIVITARESE²⁹ puntualiza que el fundamento de la distinción entre ambos sistemas jurídicos es la diferente manera de llegar a una conclusión jurídica en la resolución de cada caso planteado³⁰, apreciándose además en los años previos al Brexit una tendencia a la armonización que derivaba de la obligatoria aplicación de la normativa de la Unión Europea y de las decisiones del TJUE en el territorio de Gran

²⁸ RTC 2014\52: La Sentencia del TC de 10 de abril de 2014 (siguiendo la estela de otras anteriores del TS y del propio TC, confirma la “inaplicación del art. 46.2 “in fine de la L.29/98 JCA, refiriendo al respecto que : “El silencio negativo es una mera ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, pero que deja subsistente la obligación de la Administración de resolver expresamente: acto administrativo que no tiene encaje en el concepto legal de «acto presunto»: las desestimaciones por silencio no están sujetas al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1 LJCA (...)”.

²⁹ CIVITARESE, S.: “A European convergence towards a stare decisis model” *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 14, segundo semestre/2015, pp. 173-194.

³⁰ Concluye el profesor CIVITARESE, S., lo siguiente: “La distinción entre el Derecho proveniente de la Common Law y el Derecho continental con respecto a los precedentes no funciona como una dicotomía, coexistiendo como prácticas sustancialmente superpuestas, todavía existen tecnicismos que hacen que la tradición del Derecho Common Law sea distinta por Derecho propio. Dejando de lado tales tecnicismos, lo que parece estar en el corazón del enfoque inglés de los precedentes radica principalmente en un cierto estilo de razonamiento, desarrollado y refinado a través de la práctica de un análisis basado en hechos para identificar el fundamento de una decisión (...)”.

Bretaña³¹. Todo lo cual, nos lleva indefectiblemente a plantearnos qué puede suceder después, en el momento en que, toda vez que el Brexit ya se ha hecho plenamente efectivo y se culmine el proceso de sustitución de toda la normativa de la UE por normativa propia del Reino Unido, proceso de adaptación que se está acometiendo hoy en día, pareciendo irremediable que, con el transcurso del tiempo, las diferencias entre ambos sistemas jurídicos se vayan a incrementar progresivamente.

No obstante, la tendencia a la globalización se manifiesta también de forma inversa, de este modo, la importancia de la ley y demás normas escritas como fuentes inspiradoras del ordenamiento jurídico está creciendo en algunos países bajo el amparo de la Common Law como en EEUU³², donde han sido dictadas en los últimos tiempos, leyes del Gobierno central, cuya intención es homogenizar la interpretación y la aplicación del Derecho en distintos sectores normativos de los diferentes Estados³³. Por su parte, en el Derecho continental y más concretamente en el ordenamiento jurídico español, esa influencia del sistema Common Law, se ha apreciado fundamentalmente en la creciente importancia de la jurisprudencia. De acuerdo con nuestro sistema de fuentes, en sentido más estricto, únicamente puede denominarse jurisprudencia, la doctrina emanada por nuestro TS, no obstante, es evidente que, cada vez más, las decisiones de otros órganos jurisdiccionales (precisamente por la influencia del Derecho anglosajón), la denominada jurisprudencia menor, compuesta por la doctrina establecida por los TSJ de las

³¹ "(...) Si es posible y hasta qué punto es razonable hablar de una convergencia hacia un modelo de "stare decisis" impulsado por el rol de armonización que ha desempeñado la Corte de Justicia de la Unión Europea. Se argumenta también que aunque hay aún algunas diferencias entre el Common Law y el civil law, estas se refieren más a la forma de razonar y a la comprensión de las relaciones entre la decisión de una Corte y sus pasadas decisiones que a la existencia misma de limitaciones de la última en relación con la anterior. Recientes reformas del Derecho contencioso-administrativo que se refieren a la fuerza vinculante de las decisiones de las altas cortes administrativas han sido entendidas como un evento de cambio hacia un modelo de precedente (...) se concluye que una especie de mecanismo de "stare decisis" ha sido, en efecto creado (...)". <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4296/4880>. Consulta 9 de diciembre de 2020.

³² En los países de la common-law como Gran Bretaña y Estados Unidos, los códigos de leyes generales son la excepción (fundamentalmente, porque la Ley está basada en las previas decisiones judiciales que son muy cambiantes) no obstante, en los Estados Unidos cada estado dispone de su propio Estatuto y ha habido intentos de establecer códigos compilatorios de leyes en distintas áreas del derecho un ejemplo de los cuales es el "Uniform Commercial Code" (Código de Comercio), que se aplica en numerosas jurisdicciones distintas dentro del país. Por otra parte, en Gran Bretaña el trabajo de compilación de Leyes no está todavía tan avanzado y sólo se han compilado normas de pequeñas áreas del Derecho como el Derecho de sociedades y todavía se está realizando hoy en día, un enorme trabajo de consolidación y revisión de los Estatutos propios de distintas zonas del Reino Unido.

³³ Un órgano específico encargado de la compilación normativa en los Estados Unidos, es la "National Conference of Commissioners on Uniform State Laws".

distintas CCAA en asuntos de su competencia, e incluso, excepcionalmente, la referida a un caso concreto definida por los JCA en casos específicos (que por cuantía no llegan a ser conocidos en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia) es fundamental y por ello, en ocasiones merece en este trabajo una referencia obligada.

Es preciso, por tanto, partir de la regulación actual de la responsabilidad administrativa en el Derecho español para establecer a partir de ella, las analogías y diferencias y examinar cómo se manifiesta este influjo, en el día a día de las decisiones de los órganos jurisdiccionales en esta materia.

3. Orígenes de la responsabilidad patrimonial en el Derecho español, de la responsabilidad por culpa o negligencia, a la responsabilidad objetiva.

La concepción de la responsabilidad basada únicamente en el concepto de “culpa” o “negligencia” nace con la LEF de 1954. Esta Ley incorporó al sistema de garantías patrimoniales la indemnización por los daños derivados de las actuaciones de los poderes públicos, e introdujo, como novedad, un derecho a la indemnización de los ciudadanos por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. La Ley anteriormente mencionada, junto a su normativa de desarrollo, el REF de 1957, así como la LRJAE de 26 de julio de 1957, implicaron un vuelco de 180 grados en la sistema de responsabilidad administrativa, implicando una auténtica revolución doctrinal que, en un primer momento, se miró con desconfianza, tanto por la doctrina, como por los tribunales de justicia, pues no era entendible que la Administración se viese obligada a indemnizar a sus ciudadanos ante la causación de cualquier tipo de daño.

El profesor GARCIA DE ENTERRÍA autor de la novedosa primera redacción del artículo 121 de la LEF de 1954, en un artículo doctrinal comentando la misma³⁴, refería:

“(…) Se parte de un principio objetivo de garantía del patrimonio, del cual surgiría el deber de reparar las lesiones causadas a esta integridad. Que este deber

³⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E.: “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa” *Estudios monográficos, Anuario de Derecho Civil*, ed. BOE, Madrid, pp. 1023 y ss.

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_Derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1955-40102301166

no puede explicarse como una consecuencia de una supuesta antijuridicidad de la acción dañosa es claro, tanto porque hay acciones antijurídicas de las que no surge responsabilidad, como porque esta responsabilidad se presenta también en casos de acciones perfectamente regulares para el Derecho, e incluso obligadas por éste”. Hay que esperar no obstante hasta la Constitución de 1978 para ver inaugurado el sistema actual de la responsabilidad patrimonial en que se fundamenta nuestro sistema jurídico, al establecerse en el art. 106.2 el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la ley, a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, “(...) siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Este artículo ha venido a “constitucionalizar los resultados ya alcanzados a nivel de Ley ordinaria por nuestro Derecho positivo”³⁵. De hecho, la introducción en el artículo 106.2 de la CE del principio de responsabilidad de la Administración por el “funcionamiento de los servicios públicos”, sin referencia alguna a si esta se produce por el funcionamiento normal o anormal, se ha entendido por una rama de la doctrina administrativa como una consagración “a nivel constitucional de la responsabilidad objetiva -salvo fuerza mayor- de la Administración, frente a la responsabilidad de carácter subjetivo consagrada por el art. 1902 del Código Civil”, lo cual “evidencia que la Norma fundamental viene a elevar al rango constitucional la regulación contenida en la legislación preconstitucional”³⁶.

El artículo citado fue desarrollado por la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre de LRJAPAC (Título X, artículos 139 a 146), modificada parcialmente por la Ley 4/1999 de 13 de enero³⁷. Es necesario precisar en este punto que, bajo la

³⁵ GARRIDO FALLA, F: “La Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 119. Madrid, Mayo-agosto 1989. pp. 30 y sstes.

³⁶ GÓMEZ FERRER M.: “Incidencia de la Constitución Española sobre el Derecho Administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 150, 1999, pp. 165 y 204.

³⁷ CUETO PÉREZ, M: “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92” *Revista de Administración Pública*, núm. 152. Mayo-agosto 2000 pp 269 y 287. En este sentido, la profesora CUETO PÉREZ, señalaba “La regulación inicialmente contenida en la 30/92 antes de la reforma acometida por la Ley 4/99 era, sin embargo claramente mejorable en algunos aspectos: la responsabilidad del Estado legislador se incluía en términos muy restrictivos; la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas quedaba reducida a las fórmulas colegidas de actuación; el cálculo de la cuantía se hacía con referencia al día en que la lesión se produjo y no al momento de la ejecución de sentencia, que era el modo de valoración que había establecido la jurisprudencia; faltaba la regulación de la responsabilidad de concesionarios o contratistas de la Administración, y nos encontramos con una más que dudosa redacción de los preceptos dedicados a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

vigencia de la Ley 30/1992, y el sistema de responsabilidad desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo³⁸, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, se inauguró una regulación normativa específica en ese ámbito concreto que, sin embargo, resultó ser escasa y que dio lugar a una enorme casuística resuelta por la doctrina jurisdiccional, dando lugar a un compendio de doctrina jurisprudencial en materia de daños causados por entes públicos, de enorme casuística y en ocasiones confuso y contradictorio, como bien señala el profesor DIEZ PICAZO³⁹ que critica la *“incertidumbre que provoca una Jurisprudencia nada uniforme en la que parece que primero se decide si conviene otorgar una indemnización y después se construye su argumentación jurídica para justificarla”* señalando que *“la decantación casuística a favor de la justicia del caso concreto, produce una Jurisprudencia multiforme y muy confusa (...)”*. Actualmente, derogadas esas normas y sustituidas por las Leyes 39/2015, LPACAP y 40/2015, LRJSP, nos encontramos con la misma problemática, e incluso acrecentada la inseguridad jurídica, pues la regulación en la materia es, ciertamente insuficiente, y ahora aún más confusa por la división de la materia de responsabilidad patrimonial, en dos Leyes distintas. Así, los principios de la responsabilidad patrimonial están definidos en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP que preceptúa una regulación general, en tanto que resulta ser aplicable a todas las Administraciones y Entes Públicos españoles, articulándose el procedimiento de reclamación de daños en la LPAC.

4. Situación actual de ordenamiento jurídico español en materia de responsabilidad administrativa.

La importancia de la responsabilidad patrimonial ha ido creciendo en los últimos años de manera exponencial vinculada a la mayor actividad prestacional de las Administraciones Públicas, dando lugar a un gran incremento de los asuntos que en dicho ámbito llegan a los tribunales de justicia, de esta manera, tal y como señaló el profesor MARTIN REBOLLO⁴⁰ la jurisprudencia del TS recaída en los tres años y medio anteriores (1973-1975) estaba representada por 71 sentencias en total (20 al

³⁸ Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (actualmente derogado).

³⁹ DIAZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*. Editorial Civitas. Madrid, 1999, p.124.

⁴⁰ MARTIN, REBOLLO, L.: “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones” *Revista de la Administración Pública*, núm. 150. Enero-abril, 2000.

año) pasando a 44 en el principio de los años 80, y a partir de ahí creciendo exponencialmente, llegando a 175 en los años 90 y a partir de ahí ha continuado incrementándose progresivamente *“El aumento de los números hace también aparecer los casos límite, tanto en la vía administrativa y civil como en la vía penal de la responsabilidad subsidiaria de la Administración derivada de delito de sus funcionarios (...)”*.

Actualmente, la importancia de la responsabilidad patrimonial, en cuantía y número de procedimientos, se constata en las estadísticas en la materia que aportan los municipios españoles. En este sentido, los datos del portal de transparencia del Ayuntamiento de Madrid⁴¹ nos muestra como el número de reclamaciones presentadas durante el año 2016, ascendió a 2.079, en el año 2017 a 2.265, siendo el año 2018 el que más litigiosidad acumuló en la materia, con 2.318 reclamaciones presentadas, decreciendo en el año 2019, a 2.165, y ulteriormente en el año 2020 por efectos del confinamiento decretado motivado por la Pandemia Covid 19, que motivaron que el número de reclamaciones presentadas en la materia descendiera a 1.359⁴². Por materias, el mayor número de procedimientos se incoó por daños motivados por deficiencias en la pavimentación y obras en la vía pública (787 en 2006 hasta 1.032 en 2019), seguido por los daños producidos por la caída de arbolado en el término municipal oscilando desde los 579 expedientes en 2016 a los 389 en 2019. En millones de euros, se ha pasado de abonar, 2.000.000 euros en 2.016 a cerca de 3.403.000 en 2.019 (la mayor parte de esas cuantías fueron abonadas por las compañías aseguradoras del riesgo)⁴³.

⁴¹ Datos del portal de transparencia actualizados a 16 de marzo de 2021.

⁴² En lo que se refiere a las estadísticas judiciales, en un municipio capital de provincia, de pequeño tamaño como Oviedo, el número de procedimientos judiciales en materia de responsabilidad patrimonial osciló entre los 71 asuntos de diversas índole en 2017, mayoritariamente referidos a caídas en las vías públicas del municipio, sumando 66 asuntos en 2018, 61 procedimientos en 2019, y 50 finalizados en el año 2020, cifra menor ciertamente motivada por la Pandemia Covid 19. La cuantía a reclamar en el año 2.017 al Ayuntamiento ascendió a 2.155.823,54, de los cuales finalmente resultó en sentencias condenatorias al mismo, finalizados los procedimientos judiciales en 213.092,66, asumidos en su mayoría por las compañías aseguradoras del riesgo, en 2018 siendo reclamados 2.362.144,65 euros y obtenidas condenas por importe de 166.290,79, y en 2019, suponiendo una cuantía total reclamada de 1.054.923,34 euros e implicando unas cuantías condenatorias al municipio por importe de 157.639,37.

⁴³ En lo relativo a las cantidades abonadas por los contratistas de la Administración, derivadas de responsabilidad patrimonial, la cifra se ha modificado sustancialmente debido a los cambios doctrinales en la materia, de manera que de los 16.343,26 euros abonados en concepto de responsabilidad patrimonial por los contratistas de la administración en el año 2016 se ha pasado a 267.078,64 euros en el año 2019, una cifra ciertamente todavía escasa para un municipio de la entidad de Madrid.

La evolución normativa y jurisprudencial justifican que hoy deba entenderse que estamos en un entorno de la responsabilidad objetiva, en virtud de la cual la Administración responde por los daños causados por el mero funcionamiento del servicio público, sin precisar la intervención de ningún género de culpa o negligencia, infracción de deber alguno o incremento irrazonable del riesgo. En palabras del autor antes mencionado, “(...) es, sobre todo, un sistema de responsabilidad objetiva, esto es, la idea de culpa no es determinante”.

Mientras, en el Derecho comparado continental, el criterio más común de adopción de la responsabilidad objetiva exige una decisión legal que la imponga o una jurisprudencia estable, en el Derecho español, por razones históricas y por influencia de la normativa sobre expropiación forzosa, la responsabilidad objetiva es el principio general del cual partió el legislador administrativo al establecer la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el art. 106.2 de la CE de 1978. Dicho reconocimiento puede ser objeto de diferentes críticas, por un lado, porque supone una garantía patrimonial a la parte más indefensa de la relación jurídica como son los ciudadanos, pero por otra parte, puede oponerse que este sistema no puede únicamente considerar a la Administración como una entidad destinada a garantizar la indemnidad de éstos. En idéntico sentido, también ha sido objeto de crítica por implicar, en ocasiones, una contención de la actividad de los entes públicos para evitar reclamaciones de daños millonarias que aboquen a un déficit presupuestario difícilmente abarcable. Sobre esta cuestión concluye el profesor DIEZ PICAZO⁴⁴: “*El deseo de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones, con la idea subyacente de que, de este modo, se realizaba una labor de socialización y las consiguientes tensiones entre culpa y riesgo como criterios de imputación de la responsabilidad, son otros tantos datos que han significado una cierta crisis del sistema legislativo*”.

No obstante, y sobre este punto conviene añadir la conocida doctrina establecida por nuestro T.S. que preceptúa que la Administración no puede ser una aseguradora universal de todos los riesgos que puedan sufrir los ciudadanos. En este sentido, las

⁴⁴ DIEZ PICAZO, L. *op.cit.* pag 23, pp.

SSTS de 13 de septiembre de 2002⁴⁵ y de 30 de septiembre de 2003 (...) ⁴⁶. Doctrina que ha sido reproducida por los restantes órganos jurisdiccionales, TSJ y Juzgados unipersonales. A modo de ejemplo, la sentencia del TSJ de Madrid de 12 de mayo de 2011⁴⁷, dispone:

“(...) Este deber legal de mantenimiento de los viales en condiciones de seguridad, no puede suponer que, ante la acción imprevista de un tercero, como a falta de otras evidencias debe considerarse la aparición de una mancha de aceite en la calzada, y en ausencia de aviso y de un tiempo mínimo razonable para que la Administración pueda reaccionar frente a la aparición de esa fuente de peligro, deba imputarse a aquélla, sin más, la responsabilidad patrimonial derivada del siniestro que se produzca en tales condiciones, siendo que, conforme a una reiterada Jurisprudencia, no puede convertirse a los Ayuntamientos, y a las Administraciones Públicas en general, en aseguradores universales o en entidades providencialistas reparadoras de todos los daños que sufran los ciudadanos al utilizar las vías públicas (...)”.

Pese a que ese sistema de responsabilidad objetivo ha sido objeto de modulación por los tribunales de justicia, con la intención de no convertirlo en un mero sistema providencialista, sin embargo, en los últimos años, esta tendencia se ha frenado, siendo frecuente el reconocimiento por parte de aquellos de indemnizaciones cada vez más cuantiosas, sobre todo en determinados ámbitos como la responsabilidad sanitaria⁴⁸. Como bien delimitó la profesora, CUETO PÉREZ⁴⁹: *“Si tuviésemos que*

⁴⁵ RJ/ 2002/8649; Refiere la citada, amparándose en reiterada jurisprudencia que: *“La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.*

⁴⁶ RJ/2004/586.

⁴⁷ TSJ Madrid, Sentencia de 12 May. 2011, Rec. 125/2011. (JUR 2011\269164).

⁴⁸ STJ de Canarias de 17 de septiembre de 2018, (JUR 2019\232157) confirma la dictada por un Juzgado de lo Contencioso Administrativo (JCA de 11 de julio de 2017). Esta última había declarado la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de Salud por diagnosticar erróneamente que el feto se encontraba en perfectas condiciones, cuando en realidad era portador de una mutación genética causante de una grave enfermedad, el Síndrome de Lesch-Nyhan; Se reconoce una indemnización a los padres de 1.300.000 euros.

⁴⁹ CUETO PÉREZ, M. *“La responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria”* Tirant Lo Blanch, 1997.

señalar solamente una nota para caracterizar la responsabilidad de la Administración Pública ésta sería la de su carácter objetivo. A diferencia de la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa en el Derecho Español prescinde de toda idea de ilicitud o culpa, idea que en principio sólo sirvió para negar la responsabilidad del Estado, por entender que éste no podía incurrir en ningún tipo de negligencia a la hora de organizar los servicios públicos. (...) El ordenamiento jurídico español se mostró de este modo como el más avanzado y pro administrado del Derecho Comparado en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Los autores, CODERCH SALVADOR y GONZÁLEZ RAMOS⁵⁰ refieren en este sentido que “(...) esa responsabilidad objetiva no ayuda a que la víctima extreme la precaución a la hora de prevenir el daño”⁵¹ consideración que, ciertamente se comparte a la luz de los pronunciamientos judiciales de diferentes órganos jurisdiccionales de años pasados. No obstante, para evitar las disfunciones que la aplicación estricta de esta doctrina pudiera ocasionar, en las últimas décadas se ha venido interpretando la misma de una forma más restrictiva (utilizando la manida fórmula de nuestro TS, “*la Administración no puede ser una aseguradora universal de todo tipo de riesgos*”), en parte quizás para evitar los posibles abusos o excesos que una concepción amplia de la responsabilidad objetiva, propiamente dicha, pudiera llegar a irrogar en las maltrechas arcas públicas.

En idéntico sentido, la sentencia del TSJ de Asturias de 31 de marzo de 2021⁵², refiere: “*Eso nos lleva a apreciar la existencia de una decisión de oportunidad que recae sobre la Administración, pero sin que pueda perder de vista el nivel mínimo de atención y servicio, que resulta exigible socialmente en atención a las circunstancias del caso. Así pues, en el campo que nos ocupa, de pavimentación y conservación de vías públicas, el estándar exigible dependerá de la naturaleza de la vía (ubicación,*

⁵⁰ CODERCH SALVADOR, P. y GONZÁLEZ RAMOS, S.: “Las cuatro reglas básicas de la responsabilidad. El remedio indemnizatorio en el Derecho español de daños, Análisis, aplicación e instrumentos comparados”, *InDret revista para el análisis del Derecho*. 9ª edición, 2020.

⁵¹ “(...) La regla de la responsabilidad objetiva incentiva a los causantes potenciales daños a adoptar los niveles requeridos de precaución, pero no incentiva a sus víctimas potenciales a adoptar ningún género de cuidado (...) pues por diligente que haya sido el causante de los daños, este responderá por las consecuencias dañosas que se deriven de su actuación. Asimismo, la responsabilidad objetiva permite controlar no solo la calidad de la precaución de los agentes de actividad, sino también su nivel mismo de actividad, también de la cantidad, por tanto, de la precaución”.

⁵² JUR 2021\168914.

anchura y pendiente, condiciones de calidades de la zona, condiciones del proyecto original de urbanización, etcétera), su uso (mayor exigencia en calles céntricas, zonas de usuarios públicos por proximidad de centros sanitarios o escolares, bibliotecas, mercados, etcétera) y de la entidad del desperfecto u obstáculo determinante del daño (profundidad, extensión, sobresaliente, perfil, etcétera), no generando responsabilidad los que sean insignificantes ni los de difícil evitación”.

5. La inmunidad de la Corona en el Common Law.

Una adecuada comprensión del régimen de responsabilidad administrativa exige abordar las reclamaciones de daños a los entes públicos como una auténtica excepción del principio de inmunidad soberana tradicionalmente reconocido como un privilegio de la Corona Británica⁵³. Como puntualizan el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁴ la irresponsabilidad de la Corona y el principio “*King can do not wrong*” unido a la concepción de la inmunidad judicial de la misma, hacían depender el acceso a la justicia de la formalización de la “*litis*” previa formulación de una “*petition of rights*”, a la que la Corona podía acceder mediante “*fiat justitia*”, no obstante, realmente esa doble instancia hacía difícil que los daños extracontractuales llegaran a los tribunales de justicia.

Esta inexigibilidad de responsabilidad del soberano, no era algo exclusivo del Derecho anglosajón, de hecho, en toda Europa e influido por el concepto de potestas imperial romano, típica del mundo medieval, encontró su reflejo en el Reino Unido con el citado principio “*King can do not wrong*” y el principio de inmunidad de la Corona asociado al Derecho anglosajón. Desde sus orígenes, el ordenamiento jurídico

⁵³ BUCKLEY S. “Liability and Immunity in New Hampshire Historical Perspective and Evolution”: Common Law and General Statutes. *New Hampshire Municipal Association Municipal Review*. (Traducción libre).

<https://www.nhmunicipal.org/town-city-article/municipal-liability-and-immunity-new-hampshire-historical-perspective-and>

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II (...)*, op.cit. p. 15. Refieren los autores: “*la irresponsabilidad de la Corona en Reino Unido, resultaba tradicionalmente de la combinación de dos principios obstativos, que se reforzaban mutuamente. Por un lado, el ya conocido “King can do not wrong”, que operaba en el plano material; por otro, el de la inmunidad judicial de la Corona (doctrina de la non suability), que actuaba en el plazo procesal haciendo depender la propia formalización de la litis de la previa formulación de una petition of rights, a la que la Corona podía acceder mediante un fiat justitia. Este doble juego de principios, que, aun siendo convergentes, conservaron siempre su respectiva independencia y correlativa posibilidad de imponer por sí solos el mismo negativo resultado final (incluso tras la reforma de 1860 los daños extracontractuales siguieron quedando fuera del ámbito de la petition of rights) (...)*”.

del Common Law se fundamentó sobre la inmunidad de la Corona a todo tipo de demandas planteadas por los particulares. El origen de esta concepción, lo encontramos en el caso “*Russell v. Men of Devon*”⁵⁵ (1789).

Una adecuada comprensión de los fundamentos de la sentencia dictada en el caso “*Russell v. Men of Devon*”, exige ubicarse en su contexto histórico, de tal manera que, en el momento en que dicho asunto fue resuelto por los tribunales ingleses, la idea de una corporación municipal era apenas un germen, algo ajeno a la actual concepción de la personalidad jurídica de las entidades locales, y por ello, las demandas en materia de daños contra una ciudad o municipio se entendían interpuestas contra toda los vecinos del mismo, de este modo, cualquier reconocimiento de una indemnización en materia de daños, abocaría a que fuese la comunidad en su conjunto la que tuviera que abordar sus consecuencias con el dinero recaudado a través de los impuestos. Considerando que los municipios no tenían fondos propios, ni presupuesto con el cual afrontar dichas indemnizaciones en materia de daños, finalmente eran los ciudadanos del citado municipio los responsables de soportar las indemnizaciones con dinero “*de sus propios bolsillos*”.

En definitiva, la base del razonamiento en el caso “*Russell v. Men of Devon*”, fue la denegación de una responsabilidad en materia de daños contra un municipio, toda vez que la misma podría devenir en la responsabilidad de los vecinos del mismo. Esa fue, en definitiva, la fundamentación del histórico caso “*Russell v. Men of Devon*”, por medio del cual la corte sostuvo que era mejor que a la persona que había sufrido un daño causado por la “ciudad” (entendida ésta como entidad municipal), no se le reconociese el derecho a indemnización alguna, antes que exponer a sus ciudadanos a afrontar enormes indemnizaciones por la admisión de la citada responsabilidad. Ese criterio adoptado en base a la doctrina del caso “*Russell v. Men of Devon*”, en palabras de los profesores EPSTIEN y SHARKEY⁵⁶ permaneció

⁵⁵ 2 Term Rep. 667, 100 Eng. Rep. 359.

⁵⁶ EPSTIEN R. Y SHARKEY M.C.: “Cases and Materials on Torts”. Wolters Kluwer, New York, 2020. Señalan los profesores, que: “*La inmunidad municipal ha sido estudiada en el caso “Russell V. The Men of Devon” 100 Eng. Rep. (K.B.1788), el cual denegó una reclamación de daños contra los miembros de un municipio bajo la premisa del riesgo que suponía de que ello revierta sobre los vecinos del municipio que al final no estaban preparados para soportar la repercusión financiera de la cuestión (...). La inmunidad de las corporaciones municipales ayudó a prevenir la disminución de activos públicos en beneficio de la ganancia de algunos particulares. Se entendía que ya que los municipios no recibían ninguna ganancia por la gestión desinteresada de los servicios públicos, tampoco debían afrontar ninguna pérdida como consecuencia de ello*”.

indeleble durante más de doscientos años, concluyendo con carácter general los tribunales durante dicha época, y hasta que se modificó la doctrina, que el dinero recaudado por vía de impuestos no debía ser invertido en pagar cuantiosas indemnizaciones a los particulares.

6. Doctrina de la inmunidad soberana en los EEUU.

El espíritu que inspira la doctrina americana de la inmunidad se refleja bien en palabras del profesor y autor doctrinal, KEMP⁵⁷. De hecho, en Estados Unidos y directamente importado del Derecho británico se adoptó con plenitud la doctrina de la inmunidad municipal, asumiendo en un primer lugar, ante la carencia de concepción de la entidad municipal como una entidad con personalidad jurídica propia, la doctrina sentada en el caso “*Russell v. Men of Devon*”⁵⁸ como algo consustancial con la naturaleza jurídica del municipio. Así, hasta mediados del siglo XX, la inmunidad del municipio evitó que los fondos públicos pudieran ser empleados para abonar costosas indemnizaciones en materia de daños. La concepción tradicional partió del fundamento de que, dado que los municipios no recibían beneficios por desempeñar sus obligaciones públicas, no deberían ser condenados a afrontar pérdidas económicas derivadas de las mismas⁵⁹.

⁵⁷ KEMP, J. “Torts-Sovereign Immunity—The Government’s Liability for Tortious Conduct Arising from Proprietary Functions”, *De Paul Law Review*, vol. 20 Issue 1 1971. Refiere el autor que: “*En el sistema americano de gobierno la soberanía reside en el pueblo, y el pueblo, en el ejercicio de su poder gubernamental manifestado a medio de sus estados, no desea ser demandado y acosado por el ejercicio de sus funciones gubernamentales*”. <https://core.ac.uk/download/pdf/232968521.pdf>. (Consulta: 18 de diciembre de 2020). (Traducción libre).

⁵⁸ Refiere el profesor DRAY PERRY, W. “Municipal Tort Liability: Purchase of Liability Insurance as a Waiver of Immunity”, *Wyoming Law Journal*, 1964, vol.18, number 3, art. 4. “(...) Aunque comúnmente, el caso de 1788 “*Russell v. The Men of Devon*”, está considerado el comienzo de la regla de la inmunidad, muchas autoridades creen que la regla tiene su génesis mucho antes. Sin embargo, con el concepto soberano como base, “*Russell v. The Men of Devon*” se convirtió en el primer caso que estableció la ausencia de responsabilidad municipal ante una demanda de daños. (...) En cualquier caso, la doctrina con sus muchas variaciones, inconsistencias y excepciones fue ampliamente aceptada y se convirtió en la doctrina americana de la inmunidad municipal a las demandas de daños” <https://scholarship.law.uwyo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1748&context=wjl>. Consulta 18 de diciembre de 2020. (Traducción libre).

⁵⁹ Este razonamiento en EEUU venía apoyado por las siguientes consideraciones, conforme señalaron los profesores, EPSTIEN R. Y SHARKEY M.C.: “*Cases and Materials on Torts*”, *op.cit.*, p. 30.: “Segundo: Los municipios no pueden ser tratados como plenos sujetos a efectos de responsabilidad, en tanto que no proveían históricamente a los ciudadanos de un gran número de servicios locales (pese a que posteriormente esa concepción fue cambiando, considerándose actualmente como grandes proveedores de servicios públicos a sus vecinos) Tercero: Eliminar la inmunidad municipal implicaría a los municipios en un número indefinido de demandas judiciales que de hecho impedirían dedicarse a realizar las funciones gubernamentales (...)”. Consulta 20 de diciembre de 2021. (Traducción libre).

En relación a la evolución de la doctrina de la inmunidad en los EEUU, el profesor, anteriormente mencionado, DRAY PERRY⁶⁰ consideró que el equivalente al caso “*Rusell v. Men of Devon*” se encuentra en EEUU en el asunto “*Bailey v. City of New York*”⁶¹ a raíz del cual, casi todas las jurisdicciones americanas, no sólo se reafirmaron en la concepción del municipio como un ente sin personalidad jurídica y sujeto a inmunidad en el ejercicio de sus funciones, sino que además distinguieron entre dos tipos de actos en función de su sujeción o no al criterio de la inmunidad; Actos sujetos a inmunidad (actos discrecionales o de gobierno) y otros actos que no estaban afectos por la misma. Esta distinción entre actos en condición de propietario y actos gubernamentales, fue bastante criticada, por la doctrina, valga por todas, las opiniones de los profesores WELLS y HELLERSTEIN⁶², y así mismo FULLER y CASNER, que también se mostraron claramente desfavorables a aquella, fundamentalmente, por la inseguridad jurídica que genera la distinción de esas categoría de actos en cuanto que unos son generadores de responsabilidad, y otros no⁶³.

⁶⁰ Señala el profesor que: “*En este sentido, el equivalente al famoso caso “Rusell v. Men of Devon” en los EEUU, se encuentra en el caso “Bailey v. City of New York”. A raíz de este asunto, casi todas las jurisdicciones americanas, no sólo se reafirmaron en la concepción del municipio como un ente sin personalidad jurídica y sujeto a inmunidad, sino sobre el propio concepto anteriormente mencionado, extendiendo la inmunidad municipal sólo a los actos de puro gobierno (“governmental activities”), en los que se ejercitan por las entidades locales funciones en su condición de propietarias (“proprietary functions”) de los bienes públicos bajo su titularidad, de este modo, los municipios y restantes administraciones locales, son tratados como corporaciones privadas comprometidas en sus propios negocios privados (...). Señala el profesor que: “En la historia americana de los primeros tiempos las corporaciones municipales fueron consideradas en el mismo plano que las corporaciones privadas en lo que se refiere a las demandas de daños de manera que la doctrina de la inmunidad soberana no se extendió a ellas. Esto cambió en 1842 con el caso Bailey, y desde entonces los fundamentos legales que subyacen la responsabilidad por daños no han cambiado. Esto envuelve la doctrina de la responsabilidad municipal y, en consecuencia, que una ciudad tiene ambas funciones, gubernamentales y de propietaria y que puede ser responsable de los agravios que surjan de la primera pero no de la segunda”.* (Traducción libre).

⁶¹ “*Bailey v. Mayor of New-York*”, 3 Hill & Den. 531 (1842).

⁶² WELLS, L.M., HELLERSTEIN, W.: “The Governmental-Proprietary Distinction in Constitutional Law”; *Virginia Law Review*, Vol. 66, No. 6 (October 1980), pp. 1073-1141. https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/379 Consulta 29 de diciembre de 2020 (Traducción libre).

⁶³ FULLER, CASNER: “Municipal Tort Liability in Operation” *Harvard Law Review*, vol. 54, no. 3, 19, Harvard, 1941. Sobre esta cuestión, refieren los profesores que: “*Después de una enorme cantidad de litigios sobre la delimitación entre cuales son las funciones del propietario y cuales gubernamentales, desde ahora estas pueden clasificarse en las siguientes: “Actividades en condición de propietario: vías de tren municipales, aeropuertos, gas, agua, e iluminación de las vías públicas” Actividades gubernamentales, en unos municipios sí y en otros no: las relativas a calles, aceras, parques infantiles, puentes, viaductos y alcantarillas”.* (Traducción libre).

La distinción tradicional en el Derecho americano entre actividades gubernamentales y actividades realizadas por la Administración en condición de propietario, que aún permanece en la normativa de muchos estados norteamericanos, resulta claramente generadora de inseguridad jurídica, pues vuelca sobre el ciudadano la tarea de delimitar qué actos administrativos pueden estar sujetos a responsabilidad y cuáles no, resultando algunos supuestos dudosos, muy complicados de delimitar⁶⁴. En este sentido, todavía actualmente se dictan decisiones judiciales que amparan esta distinción, como es el caso “*Evans v. Housing Authority of Raleigh*”⁶⁵. Esta doctrina sin embargo se fue progresivamente superando por vía las decisiones judiciales cada vez más garantistas, y encaminadas a la defensa de los derechos de los ciudadanos, valga por todas la Sentencia dictada en el asunto “*Powell v. Clay County Board of Supervisors*”⁶⁶ que sentó nuevamente doctrina en la materia⁶⁷.

La problemática distinción entre actos gubernamentales y actos discrecionales continúa hasta nuestros días, de hecho, en el caso “*Cooper v. Paulding County Sch. Dist.*”⁶⁸ se planteó nuevamente la cuestión de la inmunidad del municipio en un supuesto de la responsabilidad por la causación de daños en un centro escolar dependiente de un ente municipal. La transcendencia doctrinal de la distinción entre actos discrecionales o ministeriales, que se plantea en este asunto hace necesario el estudio de los antecedentes de este caso. En los hechos del probados de aquel se

⁶⁴ En este sentido, el profesor BROWN R.M.: “The Failure of Fault under & 1983: Municipal Liability for state law enforcement”, *Cornell Law Rev.*, 84, Cornell, 1998-1999 pp.1520-1541; Refiere el autor que: “(...) la inmunidad soberana combinada con el principio inmunidad cualificada, en caso de una eventual responsabilidad municipal, los Derechos de la víctimas queden desprotegidos en tanto pueden verse privados de su Derecho a ser resarcido por el daño causado por una actividad municipal”. <https://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Brown.pdf>. Consulta 29 de diciembre de 2021. (Traducción libre).

⁶⁵ 602 S.E. 2d 668 (N.C. 2004).

⁶⁶ 924 So. 2d 523 (Miss. 2006).

⁶⁷ EPSTIEN R. Y SHARKEY M.C.: “Cases and Materials on Torts”, *op.cit.*, p. 30. Sobre esta cuestión, refieren los profesores: “Hasta hoy hay una profunda brecha en las sentencias dictadas por diferentes cortes de justicia (...) (unas en un sentido) ver las sentencias “*Evans v. Housing Authority of Raleigh*, 602 S.E. 2d 668 (N.C.2004)” y (otras en otro) por ejemplo, la sentencia dictada en el asunto “*Powell v. Clay County Board of Supervisors*, 924 So. 2d 523” (Miss.2006) (...). Frente a estos argumentos familiares tres distinciones justificativas han sido añadidas, primero, a diferencia del estado del cual son meras subdivisiones, las corporaciones municipales no eran completas personas jurídicas y en consecuencia no podían ser responsables por los errores de los empleados a su servicio. En segundo lugar, sobre los entes municipales recaía la obligación de proveer un amplio rango de servicios locales. En tercer lugar la remoción de la inmunidad municipal iba a sumergir a las municipios en un sinfín de litigios que les distraería del ejercicio de sus funciones gubernamentales. La crítica a estos argumentos se realizó en un voto particular de la sentencia (RST &895C, comment c, and 5) dictada en el asunto *Harper, James & Gray, Torts &29.3 3(d ed)*”. (Traducción libre).

⁶⁸ 265 Ga. App. 844, 595 S.E. 2d 671, 672 (2004).

relataba el accidente sufrido en un centro escolar por una madre y sus hijos que resultaron heridos cuando su coche fue golpeado por el portón automático de acceso al centro escolar. Pese a la invocación por el municipio demandado, titular del mismo de que dicha petición de reparar una deficiencia sobrevenida en el acceso al mismo, se trataba de una potestad discrecional, por lo tanto, no sujeta a responsabilidad⁶⁹, los demandantes invocaron que la citada orden de reparar un centro escolar era un auténtico acto ministerial o reglado (ínsito en el deber ordinario de conservación del edificio) y, por tanto, sujeto a responsabilidad por no haber acometido la citada reparación y por ende, no haber advertido del peligro que suponía la citada puerta. El tribunal finalmente decidió que la orden de reparar la puerta no estaba incluida en los deberes ordinarios de conservación y tratándose de un acto de naturaleza discrecional y por ello, no sujeto a responsabilidad, de esta manera se concluyó que cuando la dirección del colegio dio la orden de reparar, estaba investido de una función discrecional inmune⁷⁰.

En otros asuntos similares el tribunal llegó a diferente conclusión⁷¹. En el caso “*Durrance v. City of Jacksonville*”⁷² el demandante resbaló en agua que no había sido limpiada en el edificio sede del Ayuntamiento, el tribunal sostuvo que aunque el mantenimiento de los suelos no tiene encaje en un acto de gobierno, sí, lo tiene el control y mantenimiento en condiciones de seguridad de la propiedad. En consecuencia, el municipio fue declarado responsable porque sobre éste pesa el deber de cuidar la entrada al edificio y por ello debía indemnizar al particular. En otros asuntos se ha concluido por el Tribunal de Nueva York que “(...) *es doctrina consolidada que el deber de mantener las aceras en razonable estado y reparar todos los defectos de la misma recae sobre el municipio*”⁷³.

⁶⁹ Definición de “funciones discrecionales” Georgia Tort Claims Act (GTCA) OCGA § 50-21-22(2).

⁷⁰ En nuestro país sobre la responsabilidad devengada en centros escolares de titularidad pública: DIAZ MADRERA, B.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*. Tesis doctoral dirigida por TOLIVAR ALAS, L., Editorial Reus, Oviedo, 2007.

⁷¹ Hennessy, supra, 245 Ga. at 332, 264 S.E.2d 878; see also “*Hemak v. Houston County School Dist.*” 220 Ga.App. 110, 113, 469 S.E.2d 679 (1996); “*Davis v. Dublin City*” Bd. of Ed., 219 Ga.App. 121, 122(1), 464 S.E.2d 251 (1995).

⁷² 532, So. 2d 696 (Fla. Dist. Ct. App.) 1988.

⁷³ “*It is well stablished that the duty to keep public sidewalks in a reasonably safe condition and repair any defects falls upon the municipality*” (“*D.Ambrosio v. City of New York*”, 55.N.Y.2d.454.) “*Zipkin v. City of New York*” 196 A.D. 2d 865).

7. Evolución del principio de la inmunidad soberana hacia la doctrina de responsabilidad del Estado y entes locales por la causación de daños a particulares.

El contexto histórico que justifica la inmunidad soberana como fundamento de la inmunidad de los entes locales, es de enorme importancia para comprender el sistema de responsabilidad de los entes públicos locales, de hecho, la doctrina de la inmunidad basada en el principio “*King can do not wrong*”, aunque adoptado unánimemente en todos los países de la Common Law en sus comienzos, sin embargo, empezó a ceder en el siglo pasado ante las reclamaciones de daños presentadas por los particulares, entendiéndose que, por razones de evidente justicia, el Estado y los entes públicos debían venir obligados a indemnizar a los ciudadanos en ciertos casos específicos.

Tuvo una trascendencia fundamental en este punto, como bien señala el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁷⁴, el final de la primera guerra mundial (1914-1918), en la medida en que la cuantía de los daños causados a los particulares como consecuencia de la misma, demostraron la insuficiencia de los patrimonios particulares para hacer frente a muchas de las enormes indemnizaciones que en cada caso fueron reconocidas. En estos supuestos se optó por acudir a un sistema que consistía en hacer responsable a un funcionario designado por la Administración a quien hipotéticamente se le hacía responsable de los daños, pero respaldándole ésta económicamente a la hora de hacer frente a la condena indemnizatoria. Este complejo sistema de derivación de responsabilidad, fue sin embargo rechazado por la Cámara de los Lores británica en la resolución del asunto “*Adam vs Naylor*”⁷⁵. Finalmente, una reforma legislativa, la “*Crown Proceedings Act*”⁷⁶ de 1947, consagró la responsabilidad de la Corona (y con ello la del Estado) con la misma responsabilidad “*que si fuera una persona privada con plena edad y capacidad*”, por los daños

⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II (...)*, op.cit. p. 15.

⁷⁵ 2 All ER 241, AC 543, (1946). En el fallo de este interesante asunto, La Cámara de los Lores (ponencia de Lord Simonds) se negó a estimar una demanda contra un oficial del ejército retirado, fundamentada en las lesiones que habían sufrido niños en un campo de minas abandonado. (Traducción libre).

⁷⁶ C 44. La Ley recibió la aprobación real el 31 de julio de 1947 y entró en vigor el 1 de enero de 1948. La Ley recibió la aprobación real el 31 de julio de 1947 y entró en vigor el 1 de enero de 1948.

cometidos por los funcionarios (salvo los de la policía, no sometidos a responsabilidad hasta la ulterior reforma de 1964).

Ya en su momento, el profesor WARP⁷⁷, señalaba la necesidad de cambiar el concepto de responsabilidad municipal, dado el enorme incremento de áreas en las que tienen intervención los entes municipales respecto lo que acontecía en épocas pasadas, lo que ha multiplicado las situaciones en los que entes locales pueden ser susceptibles de ocasionar daños a los ciudadanos.

Siguiendo su estela, muchos artículos doctrinales cuestionaron el derecho de esos municipios a la inmunidad en las demandas planteadas por sus “vecinos y contribuyentes”. En este sentido, es preciso añadir que, pese a que en la mayoría de los estados americanos el nivel de inmunidad no era muy grande, también es cierto que se produjeron considerables injusticias y se aplicaron criterios estrictos en la interpretación de la misma para la resolución de las controversias entre aquellos y los particulares. Existía, no obstante, un correspondiente beneficio en una sociedad que garantizaba la continuidad en esta situación. En esta línea, este concepto de “immunity” asociado a la Corona, supone la justificación de algunas prerrogativas que todavía perviven, en su caso por ejemplo, el reconocimiento de una serie de prerrogativas procesales o privilegios como la “*royal prerogative*”, que rompen el principio de igualdad de armas entre la Administración y los particulares en el seno de un proceso judicial, y colocan en una posición de superioridad a la primera en virtud de los privilegios tradicionalmente asociados a la Corona británica. En este sentido, y como refiere la profesora BOTO ALVAREZ⁷⁸, en ocasiones en los sistemas

⁷⁷ WARP.A.G: “The Law and Administration of Municipal Tort Liability”, *Virginia Law Review*, vol. 28, no. 3, Virginia, 1942, pp. 360–385. Señala el autor que: “*El impacto de la ciencia en la Sociedad ha resultado en la multiplicación y expansión de las funciones de los modernos municipios, los cuales en cambio, han elevado el problema de la responsabilidad municipal a una escala muy importante. Sólo hace cien años los municipios eran considerados como “entes malvados”, y cualquier intromisión de éstos en las vidas de los ciudadanos era visto como alarma. Hoy las múltiples actividades de los gobiernos locales están tan cerca de las vidas de todo la gente del país y las funciones que realizan los municipios son tan amplias que el municipio moderno es, en efecto, una gran corporación de servicio público coincidiendo con las necesidades de la población entera. El Gobierno Local esa ahora concebido como una manera de promover una vida mejor para todos los vecinos que lo sostienen (...)*”. www.jstor.org/stable/106822. Consulta el 29 de diciembre de 2020. (Traducción libre).

⁷⁸ BOTO ALVÁREZ, A, “La Administración Instrumental en el proceso” Prólogo de D. TOLIVAR ALAS.L., Fundación Universidad de Oviedo, Editorial Reus, Oviedo 2011. Refiere la profesora “(...) *En la actualidad los elementos supervivientes de la prerrogativa real han de adaptarse a las distintas prescripciones de las cartas de Derechos. En relación con este punto, los tribunales británicos se han declarado competentes no sólo para reconocer la existencia de un privilegio alegado en virtud de la prerrogativa real y para verificar su alcance y extensión, sino también para juzgar algunos extremos de su ejercicio (...)*”.

de Common Law perviven prerrogativas denominadas como “prerrogativa real”⁷⁹, entendiéndola por ella “conjunto de atributos de la Corona que le conferían una serie de poderes inherentes y exclusivos”, entendiéndose además que, actualmente esa prerrogativa es aplicable al Gobierno, a un ministro o un organismo a título de mandatario de la Corona.

Con la evolución de los tiempos, el concepto de inmunidad ha ido no obstante flexibilizándose, en función de la distinta adaptación del citado concepto en cada de los ordenamientos jurídicos anglosajones. Así en EEUU, pese a haberse importado desde sus orígenes la doctrina de la inmunidad de la Corona, sin embargo en los distintos estados fueron progresivamente admitiéndose lagunas de inmunidad, entendidas como materias y ámbitos donde los particulares tenían derecho a reclamar ante la causación de un daño proveniente de la actuación de un ente o Administración Pública. En la misma línea, el principio tradicional “*King can do no wrong*” fue así mismo importado a EEUU, en íntima unión con el principio de inmunidad de la Corona como algo inherente a la ausencia de responsabilidad del Estado frente a las demandas de los particulares, aplicando a la entonces moderna república federal norteamericana, un concepto tradicionalmente unido a la tradición monárquica absolutista, tanto europea continental, como británica.

Tuvo que ser el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica el que, mediante la aprobación de lo que se denominaron normas privadas o “*private bills*” hiciera frente a supuestos indemnizatorios concretos y graves, mediante el reconocimiento de indemnizaciones concedidas para casos singulares y específicos por vía legislativa. Ciertamente, el progresivo aumento de dichas peticiones de indemnización, conllevó primero la creación por el Congreso de la primera “*Court of Claims*”, de la cual surgió en 1922 el primer tribunal especializado en reclamaciones de daños de pequeño importe económico o también denominado “*Small Tort Claims Act*”, y ello hasta que en 1929 se aprobó la “*Federal Torts Claims Act*” de 1946⁸⁰, curiosamente, precedente en el tiempo de la inglesa “*Crown Proceedings Act*” de 1947, con fundamento en el mismo espíritu renovador, al reconocer que la

⁷⁹ DE SMITH, S.A., *Constitutional and Administrative Law*, 8º ed. Penguin Education, London, 1998.

⁸⁰ “*The Federal Tort Claims Act*” (FTCA § 1346) es una Ley federal aprobada en 1946 que reconoce indemnizaciones a los individuos que han sufrido daños personales, muerte o pérdidas en sus bienes o propiedades causados por la negligencia o actos erróneos cometidos por acciones u omisiones de un empleado del gobierno federal.

Administración debía ser responsable por los daños causados a los particulares, limitando los mismos a los causados por los funcionarios a su servicio en los que media culpa o negligencia pero, dejando fuera muchos otros supuestos que, con el paso del tiempo y la evolución de la doctrina, paulatinamente, y vía reconocimiento caso, por caso, encontraron su amparo en las sentencias de los diferentes tribunales de justicia norteamericanos. Todo ello conduce a entender cómo opera la inmunidad del municipio en el Derecho norteamericano, de tal manera que la cuantía indemnizatoria a abonar por vía de responsabilidad patrimonial por los municipios, está en principio limitada cuanto a la cuantía máxima a reclamar conforme dispone la normativa aplicable en los diferentes estados norteamericanos, lo que ciertamente, supone una reminiscencia del obsoleto principio de la inmunidad de la Corona importado del Derecho británico.

Siguiendo esta línea argumental, la concepción tradicional de la doctrina de inmunidad soberana en los EEUU tal y como se refiere en el artículo doctrinal del profesor, GIBBONS⁸¹, se fue progresivamente superando, dando pie a otra en la que se admitían ámbitos de inmunidad de la actividad administrativa cada vez más reducidos. En este sentido, las sentencias de diferentes tribunales de justicia norteamericanos demostraron en un principio, el alto grado de resistencia judicial a cualquier modificación de la doctrina de la inmunidad soberana. Partiendo de que los jueces estatales reconocieron en algunas sentencias singulares, las injusticias causadas por la doctrina de la inmunidad soberana, su rechazo a modificarla, manifestó la

⁸¹ GIBBONS, G “Liability Insurance and the Tort Immunity of State and Local Government”, *Duke Law Journal*, 1959. Afirmar el profesor que: “(...) La doctrina de la inmunidad soberana que también eximia a los gobiernos de responsabilidad de las demandas de sus agentes, fue objeto de críticas durante las últimas tres décadas. En el nivel federal las críticas han implicado la moderación de la doctrina a través de la *Federal Tort Claims Act of 1946*. No obstante (en ese momento histórico de mediados de 1950) afirmaba el autor que la doctrina de la inmunidad en lo que se refería a los entes locales, continuaba demostrando ser enormemente vital. La norma de la inmunidad municipal se complicó con la entrada en vigor de la “*Constitutional Tort Law*”, 42 U.S.C. & 1983 (...) al incrementar la responsabilidad municipal respecto de amplio rango de áreas, incluyendo ámbitos tan diversos con acciones de policía y privaciones de la propiedad de un tercero y otros aquellos supuestos en los que por una acción del municipio o sus funcionarios o autoridades se causa un daño a un tercero mediando además una vulneración de sus Derechos civiles. Ese es el supuesto fáctico del caso “*Canton v. Harris*” a medio del cual el tribunal determinó la ausencia de responsabilidad de un municipio por los daños causados por una conducta negligente de un policía local que desconocía el protocolo de emergencia necesario para prestar el auxilio sanitario a un preso bajo su custodia que precisaba del mismo, y como consecuencia de ello sufrió daños”. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol8/iss4/4> Consulta 29 de diciembre de 2021. (Traducción libre).

negativa de aquellos a importar una nueva doctrina más acorde con la concepción moderna de la justicia.

Sin embargo, progresivamente, los juristas empezaron a cuestionarse y a rechazar la completa inmunidad municipal en las reclamaciones de daños. Una muestra de esta tendencia es la resolución del asunto "*Hargrove v. Town of Cocoa Beach*", por medio del cual, la Corte Suprema de Florida rechazó considerar la inmunidad del municipio por los daños causados a los presos durante un incendio en una cárcel⁸². La Sentencia consideró que el mantenimiento de una cárcel constituye una "función gubernamental" que no supone barrera alguna a la existencia de responsabilidad del municipio. De esta manera, se partió del principio de que el concepto de inmunidad en el ejercicio de funciones gubernamentales debía ser puesto en relación con la teoría de que "*El Rey puede no hacer nada malo pero sus ministros sí*", citando la declaración de independencia y el centralismo de la democracia representativa en los Estados Unidos, así la Corte Suprema de Justicia de Florida en la sentencia del caso anterior, concluyó "(...) *ha llegado el momento de declarar esa doctrina anacrónica, no sólo con nuestro sistema de justicia sino también con nuestro concepto tradicional de gobierno democrático*"⁸³.

Como sostuvo el profesor SMITH⁸⁴ "(...) *Aunque el caso "Hargrove v. Town of Cocoa Beach", tuvo opiniones encontradas, sin embargo, dio lugar a una enorme cantidad de decisiones rechazando la inmunidad municipal*"⁸⁵. Dos años después de la resolución del caso "*Hargrove v. Town of Cocoa Beach*", la Corte Suprema de Illinois denegó la inmunidad a un municipio por su responsabilidad en un accidente de autobús escolar⁸⁶. En 1961 la Corte Suprema de California, también denegó la inmunidad al municipio de California por un accidente ocurrido en un hospital público. En 1971 quince Tribunales de Justicia, habían dado un vuelco a la inmunidad municipal en la mayor parte de las circunstancias. Así, en el importante asunto

⁸² 96 So. 2d 130, 134 (fla 1957).

⁸³ "*The time has arrived to declare this doctrine anachronistic not only to our system of justice but to our traditional concepts of democratic government.*" Cita literal de la Sentencia "*Hargrove v. Town of Cocoa Beach*". (Traducción libre).

⁸⁴ SMITH, F.J.: "Local Sovereign Immunity" *Columbia Law Review*, Vol. 116, No. 409, Columbia, 2016. <https://ssrn.com/abstract=3083491> Consulta 29 de diciembre de 2021. (Traducción libre).

⁸⁵ "*Owen. V. City of Independence*" 445 U.S. 622, 646 n.28 (1980).

⁸⁶ "*Molitor v. Kaneland Cmty. Unit Dist.*" No. 302, 163 N.E. 2d 89, 95-96 (Ill. 1959).

“*Monell v. New York City Department of Social Services*”⁸⁷ resuelto en 1978, la Corte Suprema sostuvo que los gobiernos municipales eran “personas”, debiendo entenderse que, en tal sentido, estaban sujetos a responsabilidad directa, bajo la norma 42 U.S.C. & 1983. En esta línea durante los años 80, las voces en la doctrina sobre la inseguridad jurídica que fomentaba la doctrina de la inmunidad fueron muy numerosas, valga por todas el autor doctrinal SCHUCK⁸⁸ que abogaba por abolición de la doctrina de la inmunidad municipal al suponer una limitación artificial en lo referente a la responsabilidad municipal. Consecuentes con esta doctrina fueron las normativas y tendencias jurisprudenciales de los distintos estados americanos, por ejemplo, en el de New Hampshire, el concepto de inmunidad soberana del estado y entes locales a las demandas de daños, importado directamente del ordenamiento jurídico británico sufrió un revés al resolver la Corte Suprema de New Hampshire el caso “*Merrill v. Manchester*”⁸⁹. En este asunto se decidió que la doctrina de la inmunidad municipal ofendía “*los principios básicos de la igualdad y los más elementales de la justicia*”, resultando algo “*extraño al espíritu de las garantías constitucionales*”. Por estas razones, la Corte Suprema de ese estado, estableció, con ese precedente, la abolición de la inmunidad municipal de forma efectiva el 1 de Julio de 1975 (con algunas excepciones).

Esta tendencia restrictiva de la inmunidad del estado, municipio y entes locales se repitió indefectiblemente en los ordenamientos jurídicos de todos los estados norteamericanos y en el resto de países de la Common Law. Ya en el siglo XXI el tratamiento de la inmunidad soberana está dando lugar a un intenso debate doctrinal encabezado por el autor doctrinal ACHTENBERG⁹⁰, que realizó un estudio histórico de la responsabilidad importada del Common Law abarcando la doctrina del siglo XIX que considera, continúa actualmente impregnando la concepción actual de la responsabilidad del municipio y de sus empleados públicos, en situación fáctica, sin embargo, absolutamente diferente a épocas pasadas, lo que hace imprescindible un

⁸⁷ 436 U.S. 658 (1978).

⁸⁸ SCHUCK, H.P.: “Municipal Liability Under Section 1932: Some Lessons from Tort Law and Organization Theory” *Georgetown Law Journal* 1753, *Georgetown*, 1988-1989. (Traducción libre).

⁸⁹ 114 N.H. 722 (1974).

⁹⁰ ACHTENBERG D.J. “Taking History Seriously: Municipal Liability Under 42 U.S.C. §1983 and the Debate over Respondeat Superior.” *Fordham Law Review*, Vol. 73, No. 5, Fordham, 2005. <https://ssrn.com/abstract=999958>.

replanteamiento de esta doctrina a fin de que cada vez sean menores los ámbitos de inmunidad del municipio.

Como resultas de la evolución de la doctrina y la jurisprudencia, los municipios devinieron responsables de la mayoría de daños causados por los mismos a los ciudadanos, así como también de los ocasionados por actos negligentes de sus agentes y empleados en acto de servicio, aunque, pese a ello, a día de hoy todavía existen, en multitud de estados norteamericanos, algunas áreas administrativas inmunes de responsabilidad, lo que ciertamente, no contribuye a fomentar seguridad jurídica de la ciudadanía en sus relaciones con la Administración Pública.

8. Tipología de actos de las entidades locales que dan lugar a responsabilidad en el sistema del Common Law.

Desde la superación de la doctrina de la inmunidad absoluta, se viene distinguiendo entre actos que dan lugar a responsabilidad y que a su vez generan derecho a indemnización, y aquellos que no, de manera que en el Derecho americano y con carácter general en el sistema del Common Law (salvo excepciones) cabe distinguir entre actos “ministeriales o reglados” (ministerial acts), y aquellas actividades que son “discrecionales” (discretionary acts), entendiéndose por los primeros, los actos políticos y legislativos realizados en representación del estado, y los restantes actos denominados “discrecionales.” En los estados norteamericanos, durante muchos años, la distinción entre ambos tipos de actos fue complicada. Aunque el gobierno local era automáticamente inmune a las demandas cuando el resultado dañoso provenía de un acto gubernamental, sin embargo, las leyes de los estados empezaron a utilizar la distinción establecida en la normativa, Federal Tort Claims Act 1946, la cual eximía de responsabilidad a cualquier acto basado en el ejercicio de una función discrecional o deber, siempre que no se abusara de esa facultad discrecional.

En este sentido, se define como acto discrecional el que es fruto de la voluntad, o del ejercicio del “juicio personal” del funcionario o autoridad, en cambio, el acto ministerial o reglado es aquel cuyo contenido está definido por la ley y en el mismo no entra en juego el libre juicio del funcionario o autoridad que lo aplica. En palabras

del profesor COVER⁹¹ el mayor margen de responsabilidad municipal derivado de la nueva normativa más restrictiva, a la par de una doctrina judicial cada vez menos tolerante con la inmunidad municipal, suponía un incremento de las garantías constitucionales de los administrados y de la confianza en el sistema judicial. De esta manera esa reducción de los ámbitos de inmunidad de los entes locales ha sufrido, como refleja la doctrina, notables cambios a lo largo del tiempo de hecho, en los últimos años, muchas normativas de diferentes estados han ampliado las áreas en que, por ejemplo, un funcionario o autoridad está sometido a responsabilidad personal por el ejercicio de sus funciones, bien sea por actos ministeriales o reglados o por actos discrecionales. No obstante, por otro lado, con el objeto de evitar los negativos efectos que sobre las arcas públicas pueden causar las demandas de daños, muchos estados han establecido un límite también respecto de la cuantía total de daños a recobrar tanto del municipio, como de sus autoridades o funcionarios.

Otras normativas estatales han preferido limitar el tipo de daños que se pueden reclamar desde un punto de vista cualitativo y no únicamente cuantitativo, admitiendo únicamente la reclamación de daños compensatorios (daño emergente) o “*compensatory damages*” y limitando la posibilidad de reclamar daños punitivos “*punitive damages*” (entendiendo por estos los que tienen una finalidad disuasoria de que pueda incurrirse en la misma conducta en el futuro)⁹².

9. Comparativa de la distinción entre actos ministeriales y discrecionales en el sistema jurídico del Common Law con la existente entre actos reglados y discrecionales en el Ordenamiento jurídico español.

La distinción entre actos reglados y discrecionales está íntimamente relacionada en el ordenamiento jurídico anglosajón con la existente entre las decisiones ejecutivas

⁹¹ COVER Y.A. "Revisionist Municipal Liability". *Faculty Publications. Georgia Law Review, Georgia*, 2018. Señala el profesor: "(...) a mayor abundamiento el escepticismo histórico, independiente de la responsabilidad municipal, es susceptible de distintos estándares. Finalmente, el menor nivel de estándar (exigible para admitir responsabilidad municipal) facilita que la víctima obtenga una compensación, supone el reforzamiento de la fe pública en el sistema legal, asegura los derechos constitucionales y acertadamente, establece una responsabilidad (del municipio) por el mal comportamiento de funcionarios y agentes, previniendo los abusos (de Derechos constitucionales) por parte de la policía". https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/2016 Consulta 31 de diciembre de 2020. (Traducción libre).

⁹² STENBERG. W.C., AUSTIN L.S.: “*Managing Local Government Services*”: A Practical Guide. Iema Press, 2007. (Traducción libre).

y las decisiones políticas; por ejemplo, es una peculiaridad en el Derecho Canadiense, al igual que en muchos otros países sujetos a la Common Law, la exención al municipio de responsabilidad por las decisiones políticas, no por las ejecutivas. No hay (al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español), responsabilidad por actos políticos o de Gobierno⁹³. En el ejercicio de su poder regulador, los entes locales en los ordenamientos jurídicos anglosajones gozan de una amplia discrecionalidad. Por ejemplo, en materia urbanística, un municipio dispone de gran libertad a la hora de determinar su planeamiento urbanístico, de tal manera que la adopción, enmienda o derogación de un plan general de edificación que reduzca o modifique capacidades edificatorias, no genera en sí misma la responsabilidad de éste, sino que hay que examinar la situación planteada en cada caso concreto. Esta es también la situación jurídica en España donde resulta obligado el examen individualizado (caso por caso) de una concreta decisión urbanística para poder llegar a determinar si el municipio que la ha dictado incurre o no en responsabilidad, lo que ocurrirá no sólo si vulnera la normativa vigente, sino así mismo, si la actuación municipal, ha sido guiada, por la mala fe o desviación de poder⁹⁴.

El alcance y los límites de la discrecionalidad se discutieron en el asunto "Roncarelli v. Duplessis"⁹⁵ resuelto en el año 1959, por la Corte Suprema de Canadá que sentó doctrina sobre el alcance y posible control de los actos discrecionales de los entes públicos, bajo la siguiente fundamentación: *"En una regulación pública de este tipo (plan de ordenación urbana) no existe la "discrecionalidad" absoluta y sin trabas, es decir, que se pueda actuar por cualquier motivo que pueda ocurrírsele a la mente del administrador; ningún acto legislativo puede, sin un lenguaje expreso, ser considerado un poder arbitrario ilimitado, ejercitable para cualquier propósito, por caprichoso o irrelevante que sea, independientemente de la naturaleza o el propósito de la norma (...). La "discrecionalidad" implica necesariamente buena fe en el desempeño del deber público; siempre hay una perspectiva dentro de la cual se*

⁹³ Arts. 1 y 2 de la Ley 29/1998 LJCA, ésta se refiere al control de los actos del Gobierno en el artículo 2º, apartado a); precepto que dispone que "El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno (...) cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos".

⁹⁴ Art. 71 Ley 29/1998 LJCA

⁹⁵ [1959] S.C.R. 121. (Traducción libre).

pretende que opere una norma; y cualquier desviación clara de sus líneas u objetivos es tan objetable como el fraude o la corrupción”.

En un asunto que ha creado doctrina, el conocido como “*Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*”⁹⁶, la Corte Suprema de Canadá debatió sobre el alcance de la discrecionalidad municipal a la hora de elaborar el planeamiento urbanístico de un municipio, y, en qué medida esa potestad discrecionalidad puede estar sujeta a control, llegando el Alto Tribunal canadiense a un atinado razonamiento jurídico, en práctica similitud, y en la línea doctrinal adoptada en la materia por los tribunales españoles en casos similares: “(...) *En Derecho público, un municipio no puede ser considerado responsable del ejercicio de su capacidad normativa si actúa de buena fe o si el ejercicio de este poder no puede calificarse de irracional. La declaración en revisión judicial de una norma basada en una interpretación errónea de la ley o en una consideración irrelevante, no necesariamente expone al municipio a responsabilidad extracontractual. Un municipio tiene un margen de error legítimo. En Derecho público, está protegido por lo que se puede llamar inmunidad relativa. ¿Prevalece esa inmunidad sobre las normas de Derecho civil? (...), sería inconcebible que los tribunales interfirieran en este proceso y se erigieran en árbitros para dictar que se tome en consideración cualquier interés particular. Solo pueden intervenir si hay pruebas de mala fe”.*

En el ordenamiento jurídico español, la normativa estatal del suelo representada por el RDL/RLS, 7/2015⁹⁷, regula detalladamente los supuestos responsabilidad administrativa por daños a particulares provenientes de actos urbanísticos (artículo 48 a), puntualizando además la norma (al igual que sucede en el ordenamiento jurídico anglosajón) que en ningún caso habrá lugar a indemnización en los supuestos recogidos en la letra d) del artículo 48⁹⁸, si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado. No obstante, es nuestra jurisprudencia, al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico Common Law, la que ha configurado, caso por caso, y creado doctrina relativa a los límites de los actos discrecionales urbanísticos, así como respecto al posible control de los mismos.

⁹⁶ [2004] 3 SCR 304. (Traducción libre).

⁹⁷ Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por R.D. Legislativo 7/2015 de 30 de octubre.

⁹⁸ Anulación de título habilitante, demora injustificada y denegación improcedente de una licencia urbanística.

En idéntico sentido, la STC de 29 de noviembre de 2004⁹⁹ refiere que la discrecionalidad técnica " *no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (artículo 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (artículo 106.1), tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad*".

La STS de 25 de marzo de 2010¹⁰⁰, dispone en cuanto al límite de las potestades discrecionales del planeamiento lo siguiente: "(...) *La Administración urbanística dispone de un cierto grado de discrecionalidad para clasificar un suelo no urbanizable con o sin especial protección o aquellos terrenos que desee excluir del proceso urbanizador. Crece sin embargo de dicho margen discrecional cuando concurren circunstancias o valores (paisajísticos, culturales o ambientales, etc.) que obligan en todo caso, a clasificar el terreno en cuestión como suelo no urbanizable de especial protección tratándose de una potestad de carácter reglado*".

Por otro lado, en la STS de 31 de octubre de 2017¹⁰¹, se fija doctrina en el supuesto de que en la causación del daño haya mediado culpa o negligencia del perjudicado. Se ventilaba en el procedimiento, la eventual responsabilidad de la Administración municipal en el supuesto planteado por una promotora que reclamaba una indemnización por responsabilidad patrimonial debido al cambio de la clasificación del suelo urbanizable, modificación que limitó las posibilidades

⁹⁹ RTC 2004\219.

¹⁰⁰ RJ 2010\4543.

¹⁰¹ RJ 2017\4990.

urbanísticas de la promotora, concluyendo el Tribunal Supremo, que: *“En este supuesto concreto, no concurría el presupuesto del daño antijurídico siendo la conducta de la perjudicada determinante en la producción del daño sufrido (cuando la promotora firmó los contratos de compraventa del terreno) era plenamente consciente de que 120 ha de la superficie comprada se encontraban clasificadas como suelo no urbanizable en las normas subsidiarias de las Navas del Marqués, pese a ello asumió en la confianza de que dicho suelo sería objeto de un futuro cambio de clasificación en el planeamiento (...) conoció la protección y los altos valores medioambientales del suelo que estaba clasificado como no urbanizable y, pese a ello asumió el compromiso como promotor de transformar en el plan parcial de iniciativa privada dicho suelo ... cuya indemnización reclama en la demanda (...)”*.

Estas referencias jurisprudenciales ilustran la distinción, a efectos del control jurisdiccional entre los actos reglados y discrecionales de las Administraciones públicas en el Derecho español, pues existen llamativas coincidencias con la diferenciación existente por el mismo motivo entre los actos ministeriales y los actos discrecionales (ministerial acts y discretionary acts) del sistema del Common Law. En el sistema jurídico español la distinción se fundamenta en que, ante en el ejercicio de la potestad reglada, la Administración se limita a aplicar la norma con todo rigor, sin embargo, en el ejercicio de una potestad discrecional no se ciñe al estricto encaje de la norma jurídica en el supuesto concreto, sino que hace un auténtico juicio de valor a la hora de aplicar la misma.

Esta distinción en el Derecho español, es fruto de un contexto histórico determinado, en el que el Rey todavía conservaba frente al parlamento un amplio margen de control tras la promulgación de la Ley Santamaría de Paredes de 1888, la cual trató de limitar los poderes discrecionales del Rey ahí donde no había penetrado la voluntad soberana del parlamento. Ya a mediados del siglo XX, volvió a brotar con fuerza entre la doctrina, la necesidad de controlar la actividad de la Administración, que resultó consolidada con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de 1956, la cual estableció el doble control de los actos administrativos, mediante un recurso contencioso-administrativo que procedía cuando las resoluciones *“emanan de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas”*, preceptuando, sin embargo, que no correspondía el recurso en relación a

cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los que procedan, o de la materia sobre la que versen, se refiera a la potestad discrecional (arts. 1.2.2 y arts. 4.2.3 de la última versión de la derogada Ley).

En este sentido, la potestad discrecional de la Administración que evade el control jurisdiccional, ha dado lugar a innumerables y brillantes estudios doctrinales desde mediados del siglo XX¹⁰², en los que ya se abordaba la misma disquisición de la que nos encontramos, actualmente iniciada la década de los años veinte del siglo XXI, que no es otra que, la dificultad de abordar el control de la discrecionalidad técnica de la Administración, en todas sus vertientes, para evitar la desviación de poder en el ejercicio de las potestades administrativas. No obstante, sí es cierto que a raíz de las aportaciones de la doctrina como de la evolución jurisprudencial se va incrementando el control judicial de la discrecionalidad de la Administración. Así, importado directamente de las resoluciones del Consejo de Estado Francés, se diluye la idea que asimilaba el ejercicio de una potestad discrecional con ausencia de control, y se determina la posibilidad de controlar alguno de los elementos reglados que forman parte del acto o, bien la propia finalidad del mismo que no puede ser otra que el interés público¹⁰³. A modo ilustrativo, la STC 10 de mayo de 2004¹⁰⁴, refiere respecto a la discrecionalidad técnica de un tribunal de oposiciones lo siguiente: *"La determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria... no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el tribunal con su decisión de excluir determinados cursos por*

¹⁰² Uno de los primeros estudios sobre la discrecionalidad administrativa lo realiza, el profesor, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en su artículo, "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Estudios monográficos". *Anuario de Derecho Civil*, BOE, 1955, BOE, pp. 1023 a 1166. Refiere el profesor respecto del concepto de discrecionalidad lo siguiente: *"(...) La discrecionalidad se presenta siempre y necesariamente con límites reglados, aunque sea el mínimo de la determinación de la competencia absoluta y relativa para su ejercicio. Incluso el fin propio de la discrecionalidad es reglado (explícita o implícitamente) y así el control jurisdiccional de la desviación de poder ("detournement de pouvoir") es un control de legalidad y no de moralidad, un control que no afecta, por tanto, a la esencial libertad de la discrecionalidad. Vid. Por todos Garrido Falla: El tratamiento Jurisprudencial de la discrecionalidad, cit. Passim"*. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_Derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1955-40102301166 (consulta 5 de enero de 2021).

¹⁰³ La potestad discrecional es definida por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II (...), op.cit.* p.15: *"la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos los términos y consecuencias (por ejemplo: jubilación por edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo aplicación de una cuota establecida por la Ley a una base fijada sobre un hecho imponible determinado, etc.)..."*.

¹⁰⁴ RTC 2004\86.

incumplimiento de los requisitos necesarios se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador". Subraya también la Sentencia que: "(...) La determinación de si la fórmula empleada para la corrección de determinados ejercicios de un proceso selectivo ha sido aplicada correctamente o no, tampoco entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, y por tanto dicha circunstancia, que en absoluto implica sustituir la actividad de la Administración, debe ser controlada por los Jueces y Tribunales cuando así sea demandado por los participantes en el proceso selectivo".

Actualmente, podemos considerar que existen en el ordenamiento jurídico español y consecuencia de la evolución doctrinal y jurisprudencial mencionada, dos supuestos de control de la actividad discrecional de la Administración: el de *"la inobservancia de los elementos reglados del acto y el de error ostensible o manifiesto"* (STS de 30 de septiembre de 2011¹⁰⁵ y 20 de noviembre de 2013¹⁰⁶).

El alejamiento, al igual que ocurre en el sistema jurídico del Common Law, de la discrecionalidad administrativa del control judicial se aprecia en otros ámbitos, como en materia de sanciones disciplinarias al personal, así por ejemplo la STS de 16 de marzo de 2009¹⁰⁷, la cual, refiere textualmente: *"Decíamos entonces que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador (...). Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión (...)"*¹⁰⁸.

Conforme refirió el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰⁹, el control de las potestades discrecionales de la Administración se puede realizar de los siguientes

¹⁰⁵ RJ 2012\1015

¹⁰⁶ RJ 2013\8339

¹⁰⁷ RJ 2009\2262

¹⁰⁸ RJ 2006\734; RJ 2007\4991, RJ 2008\1347.

¹⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 4ª ed, Thomson-Cívitas, Madrid, 2000.

medios: A través del control de los elementos reglados del acto discrecional (tales como la competencia y el procedimiento), de los hechos determinantes, y de los principios generales del derecho aplicados en el mismo, evitando que el acto incurra en desviación de poder (también entendida como el ejercicio de facultades para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico¹¹⁰). Por otra parte, SANCHEZ MORÓN¹¹¹, también considera como límites a la potestad discrecional, el control de las garantías del procedimiento, entre las que se encuentra el deber de motivación de los actos administrativos y la conformidad de aquellos con los principios generales del derecho, sin olvidar que la finalidad de todo acto debe ser el interés público, lo que en sí mismo, debe ser predicable en toda actuación administrativa.

En conclusión, se observa que, en ambos ordenamientos, el control de los actos discrecionales de la Administración es una de las preocupaciones fundamentales de los operadores jurídicos, pudiendo constatarse cómo muchos de los elementos de dichos actos discrecionales, en lo que se refiere a los actos de contenido político o de gobierno¹¹², siguen fuera del control de la actividad administrativa por parte de los tribunales de justicia.

10. Evolución del Ordenamiento jurídico anglosajón. Los inicios del sistema de responsabilidad por daños. La doctrina “Contributory Negligence”.

Una acertada aproximación a la definición de Derecho administrativo en la doctrina tradicional anglosajona, la realizan los profesores WADE y FORSYTH¹¹³

¹¹⁰ En este sentido el art. 70.2 de la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹¹¹ SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*. Editorial Tecnos, 2014.

¹¹² Según se refirió, el alcance de la jurisdicción contenciosa administrativa en relación a los mismos únicamente abarca “*La protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno*” (art. 2 Ley 29/1998 LJCA).

¹¹³ WADE W. y FORSYTH C.: *Administrative Law*, eleventh edition, july, 2014, Oxford University Press, pp. 3 y ss.; señalan los autores que: “(...) hasta Agosto de 1914 se dijo que un inglés cumplidor de las leyes podría pasar su vida sin tener noticias del estado, salvo por la oficina de correos y la policía”, esta persona podría no ser un ciudadano cumplidor. En 1914 hubo abundantes signos de un profundo cambio en la concepción del gobierno la cual marcó el siglo veinte y la cual continúa hasta el siglo veintiuno (el estado moderno administrativo ha tomado forma, reflejando el sentir de que es el deber del gobierno proveer remedios sociales y económicos de todo tipo). (...) Tampoco ha sido menos impactante la expansión de la esfera del gobierno local que se ha extendido a educación, planeamiento urbanístico y otros muchos servicios y controles. (...) Una primera aproximación de la definición de Derecho administrativo es referir que éste es la ley relativa al control del poder gubernamental (...) El primer propósito del Derecho administrativo, en consecuencia, es mantener los poderes del gobierno dentro de los límites legales, y además proteger a los ciudadanos contra sus abusos”. (Traducción libre).

que detallan la evolución sufrida en la materia, partiendo de la premisa de un mayor intervencionismo de los municipios en la vida de los ciudadanos y, concretamente, en la prestación de servicios públicos a partir de 1914. Ese mayor intervencionismo municipal motivó que se plantease la necesidad de controlar la actividad administrativa para evitar aquellas situaciones que pudieran implicar la vulneración de los derechos de los particulares.

En este sentido, lo cierto es que esa concepción de las Administraciones Públicas como auténticas proveedoras de servicios públicos y, a mayor abundamiento, incluso configurándolas como garantes del “estado del bienestar” supuso ampliar de forma exponencial el ámbito de responsabilidad administrativa, al que los entes locales no eran ajenos tal y como lo describe la profesora, SEBASTIAN MENÉNDEZ¹¹⁴ señalando que es a finales del siglo XIX cuando se produce el cambio con el sistema anterior y se empieza a concebir la idea de un estado intervencionista y garante del bienestar social de los ciudadanos. Esta intromisión del estado en la vida de los ciudadanos, unido a la concepción de los municipios como la Administración más cercana al ciudadano, conllevó paralelamente la necesidad de establecer controles de la actividad administrativa, uno de los cuales lo representaba la posibilidad de reclamar los daños causados a los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de las Administraciones Públicas.

Esta evolución creciente de las competencias municipales ha llegado hasta nuestros días, concibiéndose los municipios, según refiere la profesora ARIAS MARTINEZ¹¹⁵, como los responsables de proveer protección para el ciudadano en ámbitos tales como el empleo, vivienda, dependencia, inmigración, etc., materias “cuya problemática le resulta prácticamente imposible sortear por su cercanía al

¹¹⁴ SEBASTIAN MENÉNDEZ, E.: “Conclusiones e ideas del Estado del bienestar”. *DA Nueva época*. diciembre-enero 2014, refiere la autora que: “*El Welfare State anglosajón, État-providence francés, Socialstaat alemán, el Estado del bienestar en nuestro sistema, o incluso las políticas del New Deal de Franklin Roosevelt en Estados Unidos, son algunas de las denominaciones que se han venido dando para designar al Estado que legisla en materia social, en el sentido de aquél que a finales del S. XIX interviene y reacciona frente a las mutaciones sociales ligadas a la revolución industrial y que constituye una ruptura fundamental en la concepción del Estado hasta entonces imperante (...). Un siglo más tarde, la mundialización y la fuerte crisis económica que asola no sólo a nuestro país sino a toda Europa, obliga a los poderes públicos a repensar las modalidades para hacerse cargo de los riesgos sociales (...) y, particularmente, el Derecho Administrativo debe adaptarse a esas nuevas circunstancias y servir al citado objetivo*”.

¹¹⁵ ARIAS, MARTINEZ, M.A.: “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”. *Revista de la Administración Pública*, nº 194, 2014.

ciudadano (...). Incluso sin contar con la financiación adecuada, se realizan en el ámbito municipal actividades de asistencia social cuyo ámbito competencial le correspondería a otra Administración Pública". Esta amplia concepción de las competencias municipales ha venido paralelamente a engrosar los supuestos de responsabilidad de los entes locales a enjuiciar por la jurisdicción contencioso-administrativa, integrada por órganos judiciales especializados en dicha materia.

Ello nos conduce a contrastar que, mientras los supuestos de responsabilidad administrativa en los países de tradición continental se enjuician en la jurisdicción contencioso-administrativa, expresamente concebida para controlar la actividad de la misma, esto no sucede en el ordenamiento jurídico anglosajón, donde dicho control se encomendaba tradicionalmente, y así continúa hoy en día, a los órganos de la jurisdicción ordinaria. Esta situación la exponen claramente los autores BROWN, BELL y GALABERT¹¹⁶, que defienden la necesaria especialización de los jueces en Derecho administrativo, como ocurre en la mayoría de países continentales, para evitar que, se entremezcle el Derecho público con el Derecho privado, logrando una mayor especialización de los juzgadores en las distintas materias.

Siguiendo esta línea, para abordar la evolución de la responsabilidad por daños en el Derecho anglosajón, es preciso remontarse a sus orígenes, y al criterio de imputación de la responsabilidad en sus comienzos, la culpa o negligencia, para evolucionar, progresivamente, y por mor de la doctrina de los tribunales de justicia y en similitud con la mayor parte de los sistemas continentales, hacia un sistema de responsabilidad cuasi-objetiva, denominada en inglés, "strict liability" cuya interpretación rigurosa implica, en palabras de SHAVELL, "Injurers must pay for all

¹¹⁶ BROWN N., BELL J. y GALABERT J.M.: *French Administrative Law*, edn. Clarendon Press, Oxford 5th edn. 1998 Oxford. (Traducción libre). Refieren los profesores que: "La principal característica del sistema anglo americano consiste en que son las cortes ordinarias, no tribunales especializados en Derecho administrativo, la que decide los casos que envuelven la validez de la acción gubernamental (...). Esto es parte del concepto tradicional "rule of law" (...) la desventaja es que hay muchos jueces que no son expertos en Derecho administrativo (...) estas desventajas recientemente son menos señaladas toda vez que los jueces han empezado a especializarse y están más determinados a encontrar remedios para cualquier tipo de abuso gubernamental. En Francia, Italia, Alemania y muchos otros países hay una separación de los tribunales administrativos que estudian exclusivamente casos administrativos. Como una consecuencia natural, el Derecho administrativo desarrolla sus líneas independientes y no se mezcla con el Derecho privado como ocurre en el sistema Anglo-Americano. En Francia el Derecho administrativo es una ciencia altamente especializada administrada por el ala judicial del Consejo de Estado, en el cual los jueces son unos grandes profesionales expertos provenientes de los tribunales locales de primera instancia".

accidents that they cause” (“los que causan un daño deben indemnizar por todos los accidentes que causan”)¹¹⁷.

En este sentido, a la hora de abordar el tema de la responsabilidad (“*liability*”) como determinante de la imputación de daños a la Administración, es fundamental entender la evolución del concepto jurídico de negligencia (“*negligence*”) en el ordenamiento jurídico anglosajón, definido por los autores CHALMERS y WILSON LYMAN¹¹⁸ como el criterio de imputación por medio del cual, el que ha intervenido o contribuido en la producción de un daño, debe ser responsable del mismo, o incluso compartir la culpa con el causante de aquel.

Ese es también el fundamento en el Derecho español de la concurrencia de culpas entre la víctima y el causante del daño, y de la propia ruptura del nexo causal por la intervención de tercero en la causación del daño, así como también de la responsabilidad solidaria y concurrente preceptuada en el artículo 33 de la LRJSP. No obstante, con carácter previo a analizar el tratamiento de la responsabilidad concurrente, es preciso examinar una serie de conceptos básicos necesarios para abordar la cuestión, como es la responsabilidad por la causación de daños en el ordenamiento jurídico de la Common Law, tanto con carácter general, como en materia de daños causados por terceros y por entes públicos¹¹⁹.

¹¹⁷ SHAVELL S. “Foundations of Economic Analysis of Law” Harvard University Press, Cambridge, Mass (2004), p. 179. (Traducción libre).

¹¹⁸ CHALMERS M. y WILSON P. LYMAN “Study of Comparative Negligence”, *Cornell Law Review*, Rev. 333, 17, Cornell, 1932. Señalan los profesores, que: “Bajo el Derecho civil, el principio general refiere que, cuando ambas partes han sido culpables de negligencia la cual ha contribuido al daño, ambas deben compartir responsabilidad, y el demandante puede recuperar en proporción a los daños sufridos en cantidad inversamente proporcional a los daños sufridos, de acuerdo con la negligencia atribuible al mismo. El Digesto Justiniano seguido de varios Códigos Civiles, establecen que la parte responsable del accidente debe indemnizar en proporción a su intervención en la causación del daño; sino se puede determinar esa proporción los daños deben ser igualmente divididos entre las partes. El Código Civil de Obligaciones Suizo y el Código Civil Español reconocen el uso de la doctrina de la negligencia comparativa y reparto proporcional de los daños (...). En Francia la negligencia contributiva por parte de un demandante que ha sufrido un daño tiene solamente el efecto de reducir la indemnización (...)”. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol17/iss3/1> (Traducción libre).

¹¹⁹ CODERCH SALVADOR, P y GONZÁLEZ RAMOS, S. *Op cit.* p. 27. En relación a esta cuestión, refieren los autores: “(...) Durante la última década sostiene que el Derecho de la responsabilidad civil de cada jurisdicción caracteriza positivamente como ilícitos determinadas conductas así calificadas por la ley o por la Jurisprudencia y por cuya realización cuando causan un daño el Derecho establece una pretensión, un remedio indemnizatorio a favor de la víctima o sus causahabientes. Esta concepción ha sido defendida por John Goldberg y Benjamin Zipursky en numerosos trabajos (*Torts as Wrongs*, 88 *Tex. L. Rev.* 917, 2010) toma de la concepción tradicional la noción del injusto pero exige que esté positivizada, es decir, aceptada como tal por el Derecho aplicable en la jurisdicción de que se trate. No bastaría así una noción puramente moral de daño injusto, sino que se requiere su asunción por parte del Derecho”.

En este sentido, resulta fundamental la comprensión de la amplitud del término “*damages*” que, traducido al español, se refiere a la tradicional indemnización por daños y perjuicios. Se aplica este concepto tanto en el ámbito de incumplimiento de un contrato, como en la responsabilidad derivada del ejercicio de una acción por un tercero (tort) e incluso también a la responsabilidad por daños derivada de la comisión de una acción delictiva. El término “*damages*” es fruto, como no podía ser de otro modo, de la construcción jurisprudencial, si bien es cierto, que en el ordenamiento jurídico de la Common Law existe también normativa escrita (statute law) que aborda la regulación del Derecho de daños, que, con independencia de atender a sectores concretos, trata de homogeneizar y armonizar la aplicación del Derecho así como de regular determinados ámbitos jurídicos especialmente litigiosos (p.ej. cláusulas de contratación abusivas)¹²⁰. Así, el Derecho de daños (“*damages*”) es uno de los conceptos jurídicos de más relevancia en el sistema jurídico del Common Law, que parte del concepto de responsabilidad (“*liability*”) a la que se le aplican principios de la Common Law, “*equity*”¹²¹ y “*statute law*”¹²². Otro de los conceptos básicos en el contexto de las medidas resarcitorias es el de “*remedies*” entendiéndose por ello el derecho a la reparación, que, en caso, de acreditarse el nexo causal, debería ser merecedor todo aquel que sufriese un daño causado por un tercero.

La propia interpretación del concepto “*damages*” ha sido objeto de una constante evolución. En sus principios, los tribunales de los países de la Common Law fueron poco partidarios de reconocer la obligación de indemnizar y el derecho a ser indemnizado por los daños causados, si la víctima había contribuido, o intervenido de alguna manera en la causación del daño, incluso aunque los daños fuesen causados por situaciones objetivas y evidentes, como por ejemplo, el mal estado de un camino de titularidad pública que es la causa de un accidente en el cual se producen daños a terceros. De esta manera, se ahorraba a los tribunales el esfuerzo de juzgar si la víctima había contribuido, aunque fuese de manera ínfima, a la producción de aquel. Actualmente, este criterio es opuesto a la regla del Derecho anglosajón consistente en

¹²⁰ Valga de ejemplo el “The Uniform Commercial Code (UCC)” cuya primera publicación data de 1952 siendo una de las primeras “Uniform Act” cuyo objeto fue la armonización de diferentes normativas en material de Comercio y restantes transacciones de los 50 estados de EEUU.

¹²¹ La equidad; o resultado equitativo.

¹²² Derecho regulado.

que se es responsable de un daño aunque no intervenga culpa en la causación del daño, es decir apreciando la existencia de una responsabilidad puramente objetiva¹²³.

En este sentido, el profesor GÓMEZ LIGÜERRE¹²⁴ señala, respecto del origen de la responsabilidad por daños a terceros en el Derecho anglosajón, que la regla de la “*contributory negligence*”, y su estricta interpretación inicial, ahorra al Juez la tarea de distribuir responsabilidades entre la víctima y el causante del daño en el supuesto de que la víctima hubiese intervenido en la causación del daño en cualquier medida, pues dicha circunstancia, era argumento suficiente para justificar la desestimación de la demanda. Esta interpretación inicial de la doctrina “*contributory negligence*”, tuvo su origen en un caso inglés de principios del siglo XIX reconocido unánimemente como su origen. Se trata del asunto “*Butterfield v. Forrester*” (1809)¹²⁵, cuyo impacto doctrinal ha sido reflejado por numerosos autores doctrinales, muestra de los cuales son los profesores VAN DONGEN y VERDAM HENRIËTE¹²⁶

¹²³ PALACIOS CORBACHO, FJ: En su artículo, “Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad patrimonial de la Administración: consideración sobre su confluencia en los daños derivados de productos defectuosos y de medicamentos”, Noticias Jurídicas, 1/12/2018, artículo en el cual se refiere: “(...) el sistema anglosajón establece un sistema eminentemente práctico y en parte tributario del Derecho romano clásico prejustiniano al fijar su criterio diferenciador en torno a la distinción del daño y su facultad de reparación respectiva del mismo, más que en el origen de la responsabilidad (contractual o extracontractual), que es la perspectiva hacia la que evoluciona y asume el sistema continental. Así, el “Common Law” desarrolla los conceptos de “trespass” y “case” el primero de ellos referido a daños injustos basados en el ilícito y por tanto con intencionalidad directa, alguno de los cuales aledaños al ilícito penal, mientras que el segundo consiste en la generación de daños producidos no necesariamente por un ilícito, aunque en teoría si puede serlo por una conducta contraria a la ley civil, sino por negligencia sin duda voluntaria en su acción pero no intencional en su efecto dañoso(...). Son, por tanto, los “torts” y su proceso cambiante en relación con los precedentes judiciales el modo habitual de definición de la responsabilidad civil en el sistema anglosajón”.

¹²⁴ GÓMEZ LIGÜERRE, C: “Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el Derecho español de daños” Universidad Pompeu Fabra, Tesis Doctoral. Barcelona, Marzo 2005 (consulta: 11 de diciembre de 2020). Sobre este particular, el autor refiere: “(...) En su origen, la regla contó con muchas y variadas fundamentaciones que pretendían justificar su aparente injusticia: desde el principio de *nemo propria turpitudine allegans auditur* o *ex turpi causa non oritur actio* –que, en su versión inglesa, se resumen en el principio que exige en el demandante “clean hands” hasta la búsqueda de una correcta distribución de incentivos que asegure que las potenciales víctimas serán máximamente diligentes. Lo que está claro es que, al margen de los razonamientos que la justificaron, la regla de la *Contributory negligence*, como la denominan los juristas anglosajones, ahorra al juez y al jurado la tarea de distribuir responsabilidades entre causante y víctima. Observado un comportamiento incorrecto del reclamante, la acción se archivaba: la víctima quedaba sin reparación y el causante del daño libre de culpa. (...)”.

¹²⁵ 103 E.R. 926.

¹²⁶ VAN DONGEN G.D.E y VERDAM P. HENRIËTE, “The Development of the Concept of Contributory Negligence in English Common Law” *Utrecht Law Review*, Vol. 12, No. 1, p. 61-74, Utrecht, 2016, Refieren los autores que: “Históricamente, el desarrollo de la doctrina de la negligencia contributiva puede ser entendido a la luz de su contexto histórico. Muchos factores pueden jugar un papel en la rápida aceptación que tuvo la doctrina sentada en el asunto “*Butterfield v. Forrester*”.

así como los autores CHALMERS MOLE y LYMAN WILSON, que elaboraron un minucioso estudio sobre el concepto de “*contributory negligence*” o “*negligencia contributiva*” en el ordenamiento jurídico anglosajón. La sentencia que tanto impacto tuvo a nivel doctrinal se fundamentó en los hechos siguientes:

*“Una tarde del mes de agosto de 1809, el demandado dejó en la calzada de una de las calles de Derby (U. K.), cercana a Nottingham y capital del condado del mismo nombre, un poste que obstruía el paso de vehículos. El demandante pasó por la calle montado en su caballo. El animal tropezó con el poste inopinadamente dejado en la calle y su jinete rodó. En el proceso, Butterfield demandaba la reparación de los daños personales sufridos. El juez denegó la reclamación. El accidente se produjo “at eight o'clock in the evening of August, when they were just beginning to light candles” (a las ocho en punto de la noche en agosto cuando estaban empezando a encenderse los faroles de las calles) y el demandante debía haberse percatado del peligro al que se acercaba (se estimó por tanto que el recurrente había contribuido a la producción de daño, instaurando la doctrina de la “contributory negligence”)*¹²⁷.

La demanda interpuesta fue desestimada porque resultó acreditado durante el juicio por un testigo, que el jinete galopaba a velocidad excesiva e imprudente, de manera que no pudo evitar el obstáculo, a resultas de lo cual, el juez concluyó, que hubo negligencia por ambas partes al probarse la contribución del demandante en la producción del daño, y por ello el demandado resultó absuelto. Y en ello consistió el fallo, el tribunal sostuvo que un demandante que había contribuido a la producción del accidente por falta de la mínima diligencia exigible, no podía recibir una indemnización por los daños causados. Las críticas a la solución jurídica ofrecida, derivada de la aplicación estricta de la regla “*contributory negligence*” motivaron que, en pocos años, con ocasión del estudio y resolución por los tribunales británicos de otros supuestos parecidos, se modulara la aplicación de la regla “*contributory*

Mientras la doctrina ha intentado explicar las conclusiones del caso desde la perspectiva política, atribuyéndole una cierta función punitiva, (...) también puede tener explicación por la coincidencia con el nacimiento de la Revolución Industrial (en su vertiente legal y política) y la expansión de la economía. Su desarrollo pudo estar incentivado por la desconfianza de los jurados hacia las posiciones de los demandantes en la primera parte del siglo diecinueve, el deseo de mantener la responsabilidad de las florecientes industrias dentro de los límites, así como la tendencia de las cortes de examinar la causa aproximada de cada daño y la incapacidad de los Tribunales de concebir un método satisfactorio de reparto de los daños entre las partes implicadas en un siniestro”. (Traducción libre). <https://ssrn.com/abstract=2736333>. Consulta 23 de enero de 2021.

¹²⁷ CHALMERS M. y WILSON P. LYMAN “Study of Comparative Negligence.” *Op cit.* p.31.

negligence” hacia términos más benignos para la víctima, en un nuevo vuelco a la doctrina con la introducción de un novedoso concepto denominado “*Last Clear Chance*” o “*Last Opportunity*”, o “*Doctrina de la Última Oportunidad*”.

El caso “*Davies v. Mann*” (1842)¹²⁸ fue el detonante de la modificación de la doctrina de la concurrencia de culpas, al introducir la cuestión novedosa de la “*last clear chance*” o doctrina “*de la última oportunidad*”, de una importancia tal, que ha dado lugar a infinidad de libros y artículos doctrinales sobre la cuestión¹²⁹.

En esta línea continuó la doctrina posterior, representada por el profesor ROGERS¹³⁰, el cual, en una conocida obra de referencia doctrinal en materia de Derecho de daños concluye la siguiente regla general: “*Si los daños causados al demandante se deben en parte por su propia negligencia conforme al ordenamiento jurídico de la Common Law, no tendría derecho a ninguna indemnización*”¹³¹.

Es necesario, por tanto, conocer los antecedentes fácticos del asunto “*Davies v. Mann*” puntualizando que, pese a que la citada sentencia afectaba únicamente a dos sujetos privados, sin embargo, tuvo transcendencia en la evolución de la teoría de la responsabilidad en el sistema del Common Law. Los hechos de este asunto consisten en que el Sr. Davies (demandante de la indemnización por daños planteada ante los tribunales ingleses) tenía su asno atado en medio de una carretera de titularidad pública en el momento en que el acusado (Sr. Mann) conduciendo un carro a gran velocidad por la citada carretera, impactó contra el animal falleciendo éste a consecuencia del impacto, reclamando aquel ante los tribunales, los daños causados por dicho motivo. El jurado a la hora de resolver el citado caso se planteó si el acusado tuvo una última oportunidad de evitar el accidente, una vez que resultó acreditado que

¹²⁸ 10 M. & W. 546.

¹²⁹ Valga por todos el realizado por SCHOFIELD, W.: “*Davies v. Mann: “Theory of Contributory Negligence”*”, *Harvard Law Review*, Vol. 3, No. 6, Jan. 15, 1890, pp. 263-277. Refiere el profesor lo siguiente: “*La importancia del caso de Davies v. Mann, consiste en éste que introduce un principio, ahora firmemente consolidado en Inglaterra, como era una nueva vertiente a la teoría de la negligencia contributiva (compensación de culpas). Antes del caso Davies v. Mann, ninguno tuvo especial importancia salvo quizás Butterfield v. Forrester, que parte de la premisa que si el demandante es culpable en la causación del daño, y ha contribuido al mismo, no puede obtener por bajo ninguna circunstancia indemnización alguna*”. (Traducción libre). <https://www.jstor.org/stable/1321906> Consulta 11 de diciembre de 2020.

¹³⁰ ROGERS, W.V.H.: “*Winfield and Jolowicz on Tort*”, *Sweet & Maxwell*; 15th Revised edition, 1998.

¹³¹ “*If the plaintiff's injuries have been caused partly by the negligence of the defendant and partly by his own negligence, then, at Common Law, the plaintiff can recover nothing.*” (Traducción libre).

el demandado ya no tenía posibilidad de retirar el asno de la calzada, y concluyó que si el demandado no evitó el accidente fue por ir conduciendo su carro de manera incorrecta y a velocidad inadecuada, motivo por el cual se planteaba en el juicio si aquel responsable de los daños causados o, si por el contrario, esa responsabilidad se moderaba dado que el Sr. Davies había situado al asno en mitad de la calzada vulnerando la normativa establecida.

La cuestión fundamental debatida en este asunto consiste en si el denunciado es responsable por los daños causados por su negligencia cuando media también negligencia de la parte que reclama los mismos (conurrencia de culpas). La respuesta fue afirmativa, concluyendo el tribunal que, si el animal estaba ilegalmente en el camino, el demandado, tuvo una última oportunidad (*"last clear chance"*) de haber evitado el accidente y, por ende, los daños causados, si hubiera transitado a la velocidad adecuada, pero no lo hizo, siendo por tanto responsable de las consecuencias de su negligencia, estando obligado a indemnizar por los daños causados. Se parte de la base de que ambas partes que intervinieron en la causación del daño son negligentes, pero el que tuvo la última oportunidad de evitar el mismo, y no la aprovechó, fue el demandante, y por ello el tribunal desestimó la demanda.

Observamos la íntima conexión de esta doctrina anglosajona del siglo XIX, que consagra la "conurrencia de culpas" como supuesto de ruptura del nexo causal de la responsabilidad, con la doctrina aplicada a día de hoy por jueces y tribunales españoles, que valora como supuesto eximente o moderador de la responsabilidad administrativa la intervención de la víctima o de un tercero, en definitiva la "conurrencia de culpas", en la causación del daño.

No obstante, esta doctrina, denominada "*Last Clear Chance Doctrine*" o "*Last Opportunity*" tenía un inconveniente en la medida en que su interpretación estricta conducía a que la víctima sólo podía cobrar una indemnización, por los accidentes causados por terceros cuando mediaba dolo o negligencia grave del causante del daño. En este sentido, la propia evolución del Derecho anglosajón, conllevó la necesidad de atemperar la aplicación del principio "*contributory negligence*" o negligencia contributiva, con carácter general. En el Reino Unido se promulgó la "*Ley de Reforma de la Negligencia Contributiva*" ("*Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945*"), definida como una norma que permite al juez distribuir la responsabilidad por

daños de manera “justa y equitativa” entre el causante de los daños y la persona dañada y reclamante de los mismos si ésta ha contribuido de alguna manera a la causación de los mismos¹³².

Este criterio sobre la distribución de culpas fue adoptado por la mayoría de las jurisdicciones de Estados Unidos donde para distinguirlo del término utilizado en el Reino Unido, optaron por el término “*comparative negligence*”¹³³. Así, de forma general y tras casi un siglo de oscilaciones doctrinales, el Common Law distribuye la responsabilidad entre causante y víctima en función de las respectivas contribuciones al daño finalmente causado, de la misma manera que, en el Derecho español podemos hablar actualmente del sistema de compensación de culpas entre el causante del daño y la víctima en función de los porcentajes de intervención de cada uno en la causación del daño. De esta manera, la regla de la “*comparative negligence*” sigue siendo un elemento fundamental en el Derecho anglosajón para determinar la responsabilidad y por ende, la indemnización correspondiente al ciudadano por los daños causados. En los Estados Unidos se ha consolidado como un pilar básico de la institución de la responsabilidad administrativa, a la hora de determinar si la víctima ha incurrido en “*carelessness*”¹³⁴. En este sentido, el autor norteamericano, MATHEWS, refiere esta doctrina como fundamento del Derecho norteamericano en materia de daños¹³⁵.

El autor señala en su libro que en cerca de treinta y cinco estados americanos, se sigue una regla modificada de esta “*comparative negligence*” denominada “*modified comparative negligence*” con esta norma, el demandante puede perder su

¹³² En el inglés original, la (Section 1(1) of the Act 1945), refiere: “*Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person(s), a claim in respect of that damage will not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage*”. (Traducción): “*Cuando una persona sufre daños como resultado, en parte de su propia culpa y en parte de la culpa de cualquier otra persona, no se desestimará la reclamación de daños, pero los daños recuperables con respecto a los mismos se reducirán en la medida en que el tribunal lo considere justo y equitativo, teniendo en cuenta la participación del reclamante en la causación del daño*”. (Traducción libre)

¹³³ CHALMERS M. y WILSON P. LYMAN “*Study of Comparative Negligence*”. *Op cit.* p.31 <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol17/iss473> (Consulta: 11 de diciembre de 2020). (Traducción libre).

¹³⁴ Se entiende por ello la “falta de precaución o de cuidado”, que pueda haber influido en la causación del daño.

¹³⁵ MATHEWS J.: *How to win your personal injury claim*, Nolo, 10 th. edition, 2018, Berkely, California. (Traducción libre). Señala el profesor que: “*(...) La responsabilidad se determinará por la respectiva intervención de ambos en la producción del daño. El porcentaje de responsabilidad determinará los porcentajes de los daños que cada parte debe abonar. Esta regla se denomina negligencia comparativa o “comparative negligence”*”.

derecho a obtener una compensación si su intervención en la producción del daño es superior al 50% (Arkansas, Colorado Connecticut, New Hampshire, Montana, Maine, Hawaii, Wyoming, Utah...). Existen otros Estados que niegan el derecho a una compensación si la víctima tuvo intervención en la producción del daño, es decir una vez que se determina que la víctima, con su intervención y falta de cuidado, ha contribuido de alguna manera en el accidente "*carelessnes contributed in any way, however slight, to the accident*" (Alabama, Distrito de Columbia, Mariland, North Carolina, y Virginia).

La negligencia comparativa en el ordenamiento jurídico anglosajón también ha sido objeto de profundo estudio en nuestra doctrina, valga por todos el realizado por BESTUE SALINAS, C, que compara dicha regla de negligencia contributiva con la doctrina de la concurrencia de culpas consolidada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹³⁶.

Esta evolución de la concepción de la responsabilidad en Derecho anglosajón, es paralela a la que, con muchos años de retraso, se aplica en Derecho español, denominada "*compensación de culpas*" o "*concurrencia de culpas*", concepto generalizado tanto en la jurisprudencia elaborada por nuestro Tribunal Supremo como por la doctrina de los restantes tribunales, sobre todo en materia de responsabilidad patrimonial administrativa, de manera que, si una persona contribuye a causar el daño, una vez acreditado el nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el resultado dañoso, la cuantía a indemnizar se verá reducida en función del porcentaje de la intervención de la víctima en la causación del mismo.

Se aprecia nuevamente la influencia recíproca de ambos sistemas jurídicos, en sentidos opuestos, en España es nuestro Alto Tribunal, al no existir norma que

¹³⁶ BESTUE SALINAS, C. "Traducir los daños sin efectos colaterales (...)". *Op.cit.*, p.20. Refiere la autora que: "En los supuestos en los que la parte perjudicada había contribuido a causar el daño, por aplicación del principio de negligencia concurrente (*contributory negligence*), el *Common Law* llegaba a declarar la ausencia total de responsabilidad. Este principio ha sido matizado a través del Derecho legislado donde la *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945* (La reforma de la ley de 1945 sobre negligencia concurrente) estableció que cuando una persona sufre un daño que ha contribuido a causar, la cuantía de los daños y perjuicios se verá reducida en proporción a su grado de responsabilidad (Treitel 1991:871). Nos encontramos, por lo tanto, en presencia de una institución, la negligencia concurrente, creada por la Jurisprudencia pero que ha sido modificada por la ley en un contexto determinado. En esta misma institución, nos encontramos en el Derecho español, con el supuesto contrario: en España, donde la ley es la primera fuente del Derecho, ha sido el Tribunal Supremo el que ha reconocido, sin ningún problema, que es justo y necesario reducir la indemnización en los casos de concurrencia de culpas (...)".

preceptúe este extremo, el que determina la compensación de culpas, introduciendo esta figura que actualmente se aplica cotidianamente por los diferentes tribunales de justicia, moderando la cantidad indemnizatoria si la víctima ha contribuido de cualquier manera a la causación del daño. Esta ha sido la línea doctrinal seguida por nuestro Tribunal Supremo¹³⁷, que por cuanto se refiere a la concurrencia de culpas de la recurrente, tal y como se expone en la STS de 2 de diciembre de 2016¹³⁸ en estos términos: *“Por ello existe una concurrencia de culpas: a) si el recurrente no hubiera perdido el control de su motocicleta como consecuencia de una conducción inadecuada, la motocicleta no hubiera derrapado, saliéndose de la calzada y colisionando con ese registro en la zona de servidumbre, a 5 metros de dicha calzada; y, b) si no hubiera estado tal registro es probable (no seguro) que la magnitud de las lesiones hubiera sido menor. Y esa evidente concurrencia lleva a moderar la indemnización”*¹³⁹. Esta doctrina, se ha visto consolidada con carácter general, por la adoptada por los restantes tribunales de justicia, véase, a modo de ilustrativo, la sentencia del TSJ de Asturias, de 13 de septiembre de 2018 que, declara en el caso de daños causados al vecino de un municipio por una caída derivada el deficiente estado de conservación y mantenimiento de una vía pública, la concurrencia de culpas entre el municipio y la víctima por resultar acreditado que aquel iba mirando el móvil cuando se cayó en una alcantarilla desprovista de tapa¹⁴⁰.

¹³⁷ Valgan por todas las STS de 28 diciembre 2004, RJ 2005\615, STS de 9 julio 2008. RJ 2008\4335 y la STS de 29 de noviembre de 2011. RJ 2012\2528 que, en su fundamentación jurídica dispone: *“(…) Mantiene relación causal con el suceso que el recurrente en la instancia se adentrase conduciendo su motocicleta hasta colisionar con una valla ganadera, tampoco señalizada en la ocasión, concurre igualmente la participación causal del propio lesionado, que efectuó su conducción en circunstancias que tuvieron como objetivo resultado la entidad de las lesiones y estado del vallado metálico que antes reseñamos, que acreditan que no mantenía el conductor la diligencia que le era exigible conforme el estado de la vía, considerando igualmente el sentido ascendente y curvo del trazado, y el estado de luminosidad propio de aquellas horas de la noche, que hizo preceptiva la compensación de culpas”*.

¹³⁸ RJ 2016\6164.

¹³⁹ En cuanto al quantum indemnizatorio la STS de 2 diciembre de 2016 (RJ 2016\6164) considera procedente: *“esta distribución de la responsabilidad no es contraria a nuestra jurisprudencia, en la que no son extraños supuestos de asignación de cuotas del 75% para el recurrente y del 25% para la Administración demandada, como ocurrió en los casos resueltos por las sentencias de 30 de abril de 2008 (RJ 2008, 2738) (casación 8778/2003) y 7 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3342) (casación 2607/2010) , o de cuotas del 80% y 20%, respectivamente, para el recurrente y la Administración, en el caso examinado por la sentencia de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7515) (casación 22/2011)”*.

¹⁴⁰ STJA de 13/09/2018, JUR 2018\281752: *“Sobre la extensión de la cuota de responsabilidad de la víctima y del Ayuntamiento. Resulta incontrovertido y probado que la víctima iba mirando el móvil al tiempo de introducir la pierna en la alcantarilla desprovista de tapa, lo que confirma su esposa en su declaración como testigo presencial (...). La sentencia apelada aprecia concurrencia de culpas y el Ayuntamiento apelante considera que eso supone la culpa exclusiva de la víctima; para el particular adherido a la apelación, eso no empaña la exclusiva responsabilidad municipal y, a lo sumo, se cifrará la cuota de responsabilidad de la víctima en el 20%”*.

Los autores FERNÁNDEZ CRENDE, y ÁLVAREZ SÁNCHEZ, analizaron la STS de 21 de octubre de 2002¹⁴¹ mostrando la similitud de aquella, con la dictada en el caso “*Davis v. Mann*” resuelto por los tribunales británicos, y en definitiva, la aplicación a la doctrina de la compensación de culpas anglosajona en el ordenamiento jurídico español¹⁴². Dicha equiparación, en cuanto al tratamiento que la compensación de culpas tiene en ambos sistemas jurídicos, manifiesta la evidencia, de que, tanto el ordenamiento jurídico Common Law, como el moderno Derecho español de daños, por influjo de aquél en lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, adoptan similares criterios de compensación de culpas entre la víctima y la Administración, en el supuesto de que cupiera apreciar que la negligencia de la primera ha contribuido en cualquier manera a la causación del daño.

III. RECLAMACIÓN PREVIA. CUESTIONES PROCEDIMENTALES EN AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

En el Derecho español el artículo 106.2 de la C.E. ha optado por un modelo de responsabilidad objetiva de la Administración; se responde por el funcionamiento del servicio, independientemente de la culpa o negligencia en la causación del daño, ahora bien, ello no quiere decir que se deba entender que la Administración es una aseguradora universal de todo tipo de riesgos pues ello, como bien refiere el profesor RAMÓN FERNÁNDEZ¹⁴³, sería insostenible económicamente, y no estaría

¹⁴¹ FERNÁNDEZ CRENDE, A. y ÁLVAREZ SÁNCHEZ V.: “Negligencia multilateral en accidente de motocicleta, ¿cuál es el estándar óptimo de responsabilidad? Comentario a la STS, 1ª, de 21.10.2002 (RJ 8.770)” *Working Paper n.º: 158 Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, julio de 2003 www.indret.com.

¹⁴² “Se trata del asunto resuelto por la STS, 1ª, 21.10.2002 (RJ. 8770). El demandado realizaba obras en una finca de su propiedad situada en la carretera entre Ginés y Valencia. Una tarde del mes de mayo uno de los proveedores de material para la obra dejó a la entrada de la finca un montículo de grava y arena. El material ocupaba parte de la calzada. A las 23:00 h. del mismo día, el demandante volvía a su casa en un ciclomotor que conducía sin casco y a una velocidad superior a la permitida. Chocó con el montón de material y sufrió graves lesiones. En la demanda solicitaba una indemnización de 362.880 euros del propietario de la obra, de la empresa proveedora del material y del Ayuntamiento de Ginés. La Sala Primera no aplicó la doctrina de la última oportunidad clara. Se limitó a apreciar la concurrencia de culpa de la víctima, absolvió a la empresa que había suministrado el material y condenó solidariamente al Ayuntamiento y al propietario de la finca a pagar a la víctima una indemnización de 38.333,15 euros, el 10%, aproximadamente, de lo pedido en la demanda.”

¹⁴³ RAMÓN FERNÁNDEZ, T. “Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad” *Revista de Administración Pública*, 216, septiembre - diciembre (2021), pp. 169-186: “Nadie podría negar — y yo, por supuesto, tampoco — que la responsabilidad objetiva global de la Administración no existe en los países de nuestro entorno, ni que el criterio del riesgo especial no justifica una responsabilidad objetiva global, ni que tampoco el criterio del beneficio puede justificar esa responsabilidad administrativa global, ni que el principio de igualdad y el principio de garantía patrimonial de los administrados tampoco pueden hacerlo. Nadie puede decir tampoco que el art. 106.2 de la Constitución imponga la responsabilidad objetiva global de la Administración española, que, desde

justificado por el criterio del beneficio o garantías patrimoniales de los particulares. Refiere el profesor, crítico con la visión estrictamente objetiva de la responsabilidad administrativa, que “(...) el hecho de que el art. 106.2 de la Constitución no incluya las palabras normal o anormal no significa en absoluto que quiera excluir la primera para entronizar exclusivamente la segunda”. En palabras de LEGUINA¹⁴⁴ La ambigüedad del art. 106.2 C.E. “ha llevado a la jurisprudencia a subvertir literalmente el sistema, convirtiendo su naturaleza objetiva en un puro régimen de causalidad material en el que el único elemento relevante de imputación sería el nexo causal entre acción administrativa y daño resultante sin atención alguna a cualquier criterio legal de imputación”.

Paralelamente a la concepción de la responsabilidad objetiva, nuestro ordenamiento jurídico configura el régimen de responsabilidad patrimonial ligado al nexo de causalidad, es decir a una prueba entre el funcionamiento del servicio con el daño causado¹⁴⁵. En este sentido, el artículo 32 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, preceptúa, como elemento configurador de la responsabilidad patrimonial, el derecho de los particulares a la indemnización por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, “consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...)”¹⁴⁶. Ello implica la necesidad de acreditar el nexo causal entre el funcionamiento del servicio con el daño ocasionado, como se refiere en reiterada doctrina de los

luego, sería un subsidio para las compañías aseguradoras privadas. Todos, sin duda, estamos de acuerdo en que la responsabilidad objetiva global de la Administración es insostenible económicamente y también en que una responsabilidad de este tipo no satisface adecuadamente la función de control que corresponde a la responsabilidad civil de las Administraciones públicas. Lo que ocurre es que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración construido por el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, que elevó a nivel constitucional el art. 106.2 de la Norma Fundamental en vigor, no es, como ya dije, un sistema de responsabilidad objetiva global”.

¹⁴⁴ LEGUINA, J. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, págs. 669 y ss.

¹⁴⁵ MARTIN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España (1994): estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica.” *Documentación administrativa*, nº 237-238, 1994, p.45 y sstes. Refiere el autor que, la configuración del nexo causal en el ordenamiento jurídico español conforma “las claves de una bóveda de un sistema objetivo de responsabilidad”. Así, este autor, sostiene que la idea de lesión como daño antijurídico “sugiere la previa existencia de un derecho o interés patrimonializado por el dañado, que el particular no se encuentra obligado a soportar debido a la inexistencia de justificación legal y expresamente prevista del “productor” de la lesión (...)”.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, B. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”. *Eúphoros*, nº 2, 1.998, p. 187. “(...) se ha de interpretar que existe una presunción a favor del particular respecto de la carga de prueba, que ha de ser soportada por la Administración en cuanto a la obligación de demostrar que el particular tiene el deber jurídico de soportar la lesión sufrida, aserto que se puede considerar razonable”.

tribunales de justicia, valga por todas la STS de 2 de noviembre de 2016 la cual refiere¹⁴⁷: “(...) Aunque la regulación de la responsabilidad de las Administraciones Públicas tienda a una progresiva objetivización de la misma, ello no nos puede llevar a admitirla como una responsabilidad objetiva automática, basada en el simple resultado dañoso para delimitar su existencia, pues siempre habrá de exigirse que quede acreditada la imputabilidad causal o culpabilística: siendo necesario constatar la existencia de un mínimo grado de imputabilidad, que ha de considerarse como una condición indispensable para que pueda atribuirse a la Administración Pública el deber de soportarlo”.

En la interpretación de normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial administrativa, el Tribunal Supremo en reiteradísima doctrina (por todas; STS de 5 de diciembre de 2014¹⁴⁸ y de 31 de enero de 2014¹⁴⁹), ha considerado que para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos: “(...) 1. Hecho imputable a la Administración, 2. lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, 3. relación de causalidad entre hecho y perjuicio 4. Que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad. 5 Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño”.

En definitiva, podemos afirmar que el régimen actual de la responsabilidad de la Administración Pública por los daños causados es una auténtica garantía de los ciudadanos frente a la actuación de las mismas, que debe ser entendida dentro del mandato dispuesto por el art. 103 de la Constitución Española de 1978, “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales y actúa (...) con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (...)”¹⁵⁰. Como refiere el profesor RAMÓN FERNÁNDEZ, “(...) Las decisiones de las autoridades administrativas deben contar con una justificación suficiente, con «un preciso soporte objetivo», con razones

¹⁴⁷ RJ 2016\5379.

¹⁴⁸ RJ 2014, 6083, rec. 1308/2012.

¹⁴⁹ RJ 2014, 1049, rec. 3798/2011.

¹⁵⁰ RAMÓN FERNÁNDEZ, T: “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional” Revista de Administración Pública,, núm. 187, Madrid, enero-abril (2012), pp. 141-170.

contrastables y contrastadas para no incurrir en la arbitrariedad que la Constitución prohíbe y que los tribunales vienen obligados a corregir”.

Este sistema de responsabilidad directa en España, por mor del art. 36 de la LRJSP, determina que la responsabilidad a la Administración se traduzca en la obligación de hacer frente a perjuicios causados por la vía resarcitoria y, posteriormente, cuando se hubiese indemnizado a los lesionados “(ésta) exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio, la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento. Para la exigencia de responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”.

En definitiva, son requisitos fundamentales para la determinación de la responsabilidad patrimonial de los entes públicos los siguientes:

1.- Que se aprecie una relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo.

2.- Que el daño causado sea antijurídico, lo que debe entenderse como que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo conforme al ordenamiento jurídico.

3.- Que el daño sea indemnizable.

4.-Que no estemos ante un supuesto de fuerza mayor ¹⁵¹.

1. Inicio del procedimiento.

Resulta interesante comprobar que el punto de partida iniciador del procedimiento de reclamación de daños causados por las Administraciones Públicas

¹⁵¹ La STS de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005\5827), refiere: “La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor –única circunstancia admitida por la Ley con efecto excluyente la Sentencia de 11 de julio 1995 (RJ 1995, 5632) –, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte, 27 de abril 1996 (RJ 1996, 3605) y 7 de octubre 1997 (RJ 1997, 7393) ”.

en ambos sistemas jurídicos es muy similar. Paralelamente, a lo largo de la tramitación procedimental podemos encontrar analogías muy importantes, en lo relativo a cuestiones fundamentales, tales como la reclamación previa, valoración de la prueba, presunciones etc. finalizando el procedimiento en vía administrativa con una resolución expresa o presunta, por transcurso del plazo (silencio) entendiéndose desestimada la solicitud del ciudadano y abierta la vía judicial.

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que, a lo largo del procedimiento hay sustanciales diferencias de tramitación en ambos sistemas jurídicos como es la exigibilidad en el Derecho Español de pronunciamiento, en función de la cuantía de la reclamación del Consejo de Estado regulado por su norma específica LO 3/1980, (en su condición de supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107. C.E.) en aquellas reclamaciones de responsabilidad patrimonial con cuantía superior a 50.000 euros o de su correlativo donde exista, el Consejo Consultivo de las CCAA en la cuantía que determine el Estatuto de Autonomía correspondiente. En opinión del profesor TOLIVAR, ALAS¹⁵², su ley orgánica lo ha transformado en el supremo órgano consultivo de las Administraciones Públicas, contraviniendo su propia naturaleza, pues, refiere el profesor, en línea con lo afirmado por el profesor MUÑOZ MACHADO¹⁵³, que si la CE hubiera pretendido extender el ámbito de actuación del Consejo a las CCAA se hubiera previsto expresamente en la misma.

En este sentido, lo cierto es que, ni siquiera la creación de consejos consultivos en muchas CCAA por los respectivos Estatutos de Autonomía, ha ayudado a descongestionar estos órganos consultivos, a los que deben acudir las Entidades Locales en busca de preceptivo informe para las cuestiones más variopintas, conforme viene requerido por la normativa de régimen local básica, desde los procedimientos de revisión de oficio de sus actos, creación, fusión o extinción de municipios, aprobación de ordenanzas sobre gestión de bienes comunales, e incluso en temas urbanísticos, tal y como señaló el profesor TOLIVAR ALAS¹⁵⁴. No obstante, quizás

¹⁵² TOLIVAR ALAS, L., "Estado Autonómico y Función Consultiva", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 22, julio-diciembre (2014), págs. 19-39.

¹⁵³ Conforme se referencia en el artículo anterior, Santiago MUÑOZ MACHADO, «El archivador de las reformas», *EL PAÍS*, 4 de julio de 2013.

¹⁵⁴ En línea con la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, exige dicho pronunciamiento previo del Consejo de Estado o Consejo Consultivo para temas tan variados como los procedimientos de revisión de oficio de sus actos, creación, fusión o extinción de municipios, aprobación de ordenanzas sobre gestión de bienes comunales, e incluso en

el mayor punto de congestión actual de estos órganos consultivos viene dado por la exigencia de la LPAC (art. 81.2)¹⁵⁵ de someter a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía mayor a 50.000 euros a dictamen del Consejo de Estado o del Consejo Consultivo de la CCAA respectiva. En algunas de ellas el límite de cuantía es tan bajo¹⁵⁶, que motiva de facto (ante la acumulación de reclamaciones pendientes de informe) la imposibilidad emitir el dictamen preceptivo en el plazo de dos meses establecido en la normativa de procedimiento y que, en consecuencia, muchas de las mismas acaben desestimadas por silencio administrativo y abierta la vía contenciosa, por el transcurso de los seis meses establecidos para resolver. No obstante, si el requerimiento de ese dictamen preceptivo emitido por los citados órganos consultivos, supone un elemento diferenciador en ambos ordenamientos, en tanto que dicha previsión de acudir a un órgano consultivo no es habitual en los ordenamientos anglosajones en materia de responsabilidad patrimonial, sí sin embargo hay elementos y puntos de partida sustancialmente idénticos en ambos sistemas jurídicos, como es la asunción de la reclamación previa en vía administrativa, en condición de elemento “constitutivo o de viabilidad” de la demanda que se presente posteriormente contra la Administración causante del daño.

De esta manera dicha “reclamación previa” tanto en la mayoría de las normativas de la Common Law como en el Derecho español es fundamental, para poder reclamar daños ante los tribunales de justicia¹⁵⁷ convirtiéndose en un requisito esencial del procedimiento, y determinando la ausencia del mismo, la eventual inadmisibilidad de la demanda que pudiera presentarse ante aquellos, en la mayoría de los casos en el Derecho anglosajón, y en nuestro ordenamiento jurídico propio. En efecto, en los dos ordenamientos jurídicos casi con carácter general y salvando

temas urbanísticos, tal y como señaló el profesor TOLIVAR ALAS, L, en el artículo ut supra mencionado.

¹⁵⁵ Art. 81.2 Ley 39/2015 “El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley”.

¹⁵⁶ En este sentido, la Ley del Principado de Asturias 1/20014 de 21 de Octubre del Consejo Consultivo, establece en su art. 13 k) que “El Consejo Consultivo del Principado de Asturias será competente para conocer las “Reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración del Principado de Asturias o las de las entidades locales de su ámbito territorial a partir de seis mil (6.000) euros o de la cuantía superior que establezcan las leyes”.

¹⁵⁷ Artículo 25 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con el artículo 69 de la misma, que determina la inadmisibilidad del recurso en caso de falta de agotamiento de la vía administrativa previa.

excepciones, en el inicio del procedimiento se concede a la Administración la oportunidad de pronunciarse previamente sobre la existencia o no responsabilidad antes que el asunto sea elevado a los tribunales.

En el Derecho español la necesidad de agotar la vía administrativa previa, mediante la presentación de una reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa que obtenga la debida respuesta, bien expresa o presunta, que sirva de fundamento para la apertura de la vía contenciosa, es exigible en el orden contencioso-administrativo, no obstante, señala en este sentido la profesora BOTO ALVAREZ ¹⁵⁸ que, aunque tradicionalmente tenía sentido dicha reclamación, en tanto era necesario obtener primero un acto administrativo para poder acudir a los tribunales, una vez que con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 se cambia la concepción del recurso contencioso como únicamente recurso contra los actos, y “se abre frente a actuaciones materiales”, tanto en la jurisdicción contenciosa, como en la ordinaria, la exigibilidad de dicha reclamación previa deja de tener sentido alguno. De esta manera, los diferentes ordenamientos jurídicos americanos en los distintos estados, con la práctica unanimidad, y pese a la dispersa construcción jurídica, exigen que el procedimiento se inicie con la “notice of claim” o reclamación en vía administrativa a medio de la cual se otorgue la oportunidad al órgano administrativo de responder sobre la existencia o no de responsabilidad administrativa.

En el Derecho español, este requisito existe desde sus inicios, y deriva de la mera concepción de la responsabilidad administrativa, encontrándose actualmente recogido en la dicotomía regulatoria actual de la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y más concretamente en la LPAC¹⁵⁹, la cual, salvo en el supuesto de incoación del procedimiento de oficio, (excepción al principio general utilizado en contadísimas excepciones), dispone que, la forma habitual de iniciación del mismo sea a instancia de parte, cumpliéndose este requisito en el art. 67 de la citada Ley que configura el requisito de reclamación previa como punto de partida del procedimiento.

¹⁵⁸ BOTO ALVÁREZ, A, “La Administración Instrumental en el proceso” Prólogo de TOLIVAR ALAS, L., *Fundación Universidad de Oviedo, Editorial Reus, Oviedo* 2011.

¹⁵⁹ Los principios se encuentran regulados en la LRJSP 40/2015 y el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial en la LPAC 39/2015.

2. Contenido del escrito iniciador.

Básicamente el contenido de la “*notice of claim*” y el que legamente, ha de cumplir una “reclamación de responsabilidad patrimonial” conforme al Ordenamiento jurídico español, en cuanto iniciadores ambos del procedimiento de responsabilidad patrimonial, es muy parecido, de hecho, en este último, el art. 61.4 de la Ley 39/2015, concreta que:

“En la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público y la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de los que pretende valerse el reclamante”. Comparativamente similar es el contenido de la “*notice of claim*” como punto de partida de toda reclamación de daños a la Administración, conforme la normativa Canadiense “Municipal Act 2001”¹⁶⁰, la cual concreta que dicha reclamación debe realizarse en los formularios oficiales establecidos al efecto, resultando procedente aportar toda la información posible con respecto a los hechos (detalles del daño, localización, fotos, y cualquier factura acreditativa de los gastos en que se ha incurrido), estableciendo a tal efecto un primer plazo de prescripción, al requerir que dicha documentación sea presentada “(...) en el plazo de diez días después del que suceda el accidente a la dirección de e-mail correspondiente o, de manera presencial, ante las propias oficinas municipales”.

Esta reclamación da inicio a un procedimiento a medio del cual tal y como establece el municipio de Ontario en su Guía Jurídica¹⁶¹: “*Como corporación, un municipio puede ser demandado por incumplimiento o negligencia en el desempeño de sus obligaciones legales. Por ejemplo, los daños a los vehículos causados por carreteras en mal estado o una lesión sufrida en una caída en una acera helada podrían resultar en una demanda civil (...)*”.

¹⁶⁰ S.O. 2001, c 25 –Bill 111.

¹⁶¹ <https://www.ontario.ca/document/ontario-municipal-councillors-guide-2018/8-exercising-municipal-powers>. (Traducción libre).

Es por tanto un requisito preceptivo y constitutivo de la viabilidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial la existencia de esa reclamación previa interpuesta ante el órgano competente, en el plazo legalmente establecido que abra la vía administrativa, trascendente hasta tal punto, que sin ella sería inviable una ulterior demanda judicial, la cual devendría inadmisibile no sólo en el caso de la mayoría de tribunales anglosajones, sino también en el supuesto de una reclamación patrimonial a los entes públicos conforme al ordenamiento jurídico español, por mor del art. 69 de la Ley 29/98 de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

3. La “*notice of claim*” en el Reino Unido.

En idéntico sentido que en el Derecho español, la responsabilidad en el Derecho británico, exige dar a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad administrativa, canalizándose esta reclamación a través de la figura denominada “*claim*”¹⁶² o “*notice of claim*”, recogida en la sección 286 del Acta de Gobierno Local Británica, así como en la normativa de diferentes ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona¹⁶³.

Ese concepto labrado a lo largo de los siglos como parte de la tradición británica, ha sido importado a la inmunidad del gobierno, de sus instituciones y de los restantes entes públicos de los países sujetos a la Common Law, estableciendo la premisa de la inmunidad de los entes públicos frente a los daños causados en el ejercicio de su actividad a los particulares. Atendiendo a esta circunstancia, según la tradición de la Common Law, y el principio de inmunidad de la Corona, antes referido, para poder demandar a un ente municipal deben cumplimentarse una serie de requisitos ineludibles, tanto cualitativos, cuantitativos, y formales, entre los que se encuentra la interposición de la reclamación previa ante el órgano competente en el plazo de dos meses desde que se hubiese producido el daño que genera el Derecho a la indemnización. Para facilitar el acceso de los ciudadanos a la justicia, ahorrar costes

¹⁶² <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07>. Consulta 30 de diciembre de 2020. (Traducción libre).

¹⁶³ Local government pursuant to section 286 of the Local Government Act: *Immunity unless notice given to municipality after damage or damage*286 (1) “A municipality is in no case liable for damages unless notice in writing, setting out the time, place and manner in which the damage has been sustained, is delivered to the municipality within 2 months from the date on which the damage was sustained”. Traducción: “(Se reconoce la) inmunidad salvo reclamación por escrito ante el municipio después de (la causación) del daño. “El municipio en ningún caso tiene responsabilidad por daños, salvo que se interponga la reclamación previa por escrito dejando constancia de los daños causados en el plazo de dos meses desde la fecha en que el daño se ha producido”. (Traducción libre).

judiciales y proporcionar seguridad jurídica, existen modelos de reclamación administrativa disponibles en las sedes electrónicas de los Tribunales de justicia y oficinas de atención ciudadana “*on line*”¹⁶⁴.

Pese a ese plazo de dos meses predeterminado, cabe la posibilidad reconocida por los tribunales británicos, de admitir reclamaciones extemporáneas como una excepción a la regla general, siempre que se inicie dicho procedimiento a través de un trámite especial ante un tribunal de apelaciones. Para justificar la admisión el solicitante debe presentar su solicitud acompañada de una copia de la “*notice of claim*” presentada de forma extemporánea. El tribunal de apelación puede llegar a admitir la citada reclamación fuera de plazo, si considera que el ente público tuvo conocimiento actual de los hechos fundamentales que constituyen la misma, de manera que no suponga para el demandado una cuestión novedosa, o también, si el reclamante era, en el momento de acaecimiento del evento dañoso, menor o incapacitado. Además, será también admitida si considera que había una excusa razonable para no presentarla en plazo y si no se causó indefensión al ente público por la ausencia del citado requisito. En general, se parte de la necesaria cumplimentación formal escrita de la reclamación, de manera que si el ciudadano sufre una pérdida de la cual el municipio pueda ser responsable, se requiere presentar un formulario de reclamación de daños “*damage claim form*” ante el servicio municipal competente, con cumplimiento de, entre otros, los siguientes requisitos: “*El nombre y la oficina de correos de cada reclamante, y su abogado, si hay alguno, la naturaleza de la reclamación, el tiempo, el lugar y la manera en que se produjo dicha reclamación, siendo tan preciso como se pueda, así como los artículos (las normas jurídicas en la que se fundamenta) y la valoración económica en ese momento*”. El reclamante debe reflejar en su reclamación todos los conceptos reclamados pues, en caso de que alguno se omita y pretenda incluirse a-posteriori, devendría en que, cuando se pretendan incluir nuevos conceptos, al haber sido requerido para ello, el plazo ya haya expirado.

En la “*notice of claim*”, al igual que se exige en nuestro ordenamiento jurídico para la reclamación previa, deben detallarse todos los aspectos necesarios para que el

¹⁶⁴<https://www.citizensadvice.org.uk/law-and-courts/legal-system/small-claims/making-a-small-claim/>. Consulta: 30 de diciembre de 2020, (Traducción libre).

ente público valore la existencia o no de responsabilidad, de este modo, en caso de que alguno se omita y pretenda incluirse a-posteriori, se corre el riesgo de que, cuando se pretendan incluir nuevos conceptos, al haber sido requerido para ello, el plazo ya haya expirado, así deben referirse los datos personales del que reclama, la fecha de la causación de los daños, naturaleza de los mismos y su valoración (si fuera posible), además del motivo por el que se considera que son imputables a los servicios públicos.

Observamos, como el plazo de prescripción de dos meses para la formalización de la demanda no es un requisito preclusivo, a diferencia de lo que ocurre en España con el plazo legamente establecido de un año para interponer la reclamación en vía administrativa ¹⁶⁵ pues, asociado a la tradicional flexibilidad del sistema jurídico del Common Law, a diferencia de la rigidez del ordenamiento jurídico continental, está la posibilidad de admitir excepciones a las normas de prescripción en supuestos específicos, que, en este caso, se traducen en la posibilidad reconocida en el ordenamiento jurídico británico de interponer la *"notice of claim"* o reclamación de daños, fuera del plazo de los dos meses de prescripción, al preverse en la normativa que: *"(...) si la reclamación se interpusiese de forma extemporánea, deberían reflejarse en la misma las razones de la demora por encima de los dos meses establecidos para la formalización de aquella"*.

No obstante, los requisitos específicos en cuanto a la reclamación, en uno u otro supuesto, varían también en las distintas materias susceptibles de generar responsabilidad, existiendo en Reino Unido, normativa específica en algunos ámbitos de reclamación, como por ejemplo los ocasionados en las autopistas que transitan por un término municipal concreto (Highways Act 1980). Los daños que se ocasionan a los ciudadanos en los carreteras o autopistas debidos a un deficiente mantenimiento de las mismas por los municipios es uno de los ámbitos más frecuentes de responsabilidad administrativa de los entes públicos en Reino Unido, tal y como refiere el profesor OLIPHANT¹⁶⁶ en un detallado análisis de las áreas de responsabilidad más habituales por las que pueden ser demandados los municipios británicos, concluyendo que la actuación de los funcionarios o autoridades públicos,

¹⁶⁵ El Art. 67 LPCAP 39/2015 dispone: *"El Derecho a reclamar prescribirá al año de producción del hecho lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (...)"*.

¹⁶⁶ OLIPHANT K.: *"The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective"* *Intersetia*: Oct 2016. (Traducción libre).

en su relación con los ciudadanos, es la que en definitiva aporta mayores tasas de litigiosidad sobre todo en relación con tareas tales como el mantenimiento de carreteras y vías públicas¹⁶⁷, o cuestiones relacionadas con la gestión de centros escolares de titularidad municipal¹⁶⁸.

Precisamente, la litigiosidad derivada de los accidentes en vías públicas determinó el nacimiento de la normativa reguladora del régimen de responsabilidad por los daños causados en autopistas y carreteras (Highways Act 1980¹⁶⁹), al amparo de la cual, los municipios han desarrollado sus propios requisitos y regulación específica para la exigencia de responsabilidad en aplicación de la misma; valga a modo de ejemplo los exigidos en el municipio de Oxford¹⁷⁰ que, en desarrollo de la citada normativa estatal¹⁷¹ requiere que en la reclamación, o “*notice of claim*” se señale la hora de acaecimiento del suceso, la fecha y la localización del incidente. Posteriormente, se dará traslado a la aseguradora municipal, que actuará en representación del municipio. La normativa exige que durante la tramitación del procedimiento, al igual que sucede en el Derecho español, se realicen actuaciones inspectoras para averiguar las circunstancias de acaecimiento del suceso. Si se aprecia una responsabilidad puede intentar llegarse a un acuerdo (o “*settle*”), ofreciendo una indemnización, o también cabe rechazar de plano la misma si no aparecen bastante acreditadas las circunstancias de acaecimiento del suceso. Observamos pues, que este requisito formal no es muy distinto en el ordenamiento británico y el español.

4. Peculiaridades de la “*notice of claim*” en EEUU.

Los conceptos importados del ordenamiento jurídico británico a los Estados Unidos de América, son innumerables, entre ellos el principio tradicional en la Common Law, antes referido, de la “inmunidad soberana” como un concepto legal creado hace muchos siglos en Inglaterra, bajo cuyo amparo se protegía al Rey y a la Corona, de cualquier demanda de daños interpuesta por terceros. Ese concepto ha sido tradicionalmente adoptado por las jurisdicciones de la mayoría de los estados

¹⁶⁷ Highways Act 1980, sec 58.

¹⁶⁸ “*Phelps v. Hillingdon London Borough Council*” [2001] 2 AC 619.

¹⁶⁹ (1980 c.66).

¹⁷⁰ “*Compensation claims as a result of highway defects*” “*How to make a claim for compensation if you suffer a personal injury or damage to your property*”.

“<https://www.oxfordshire.gov.uk/residents/roads-and-transport/street-maintenance-z/compensation>

¹⁷¹ Highways Act 1980.

norteamericanos para proteger entidades públicas frente a demandas de daños causadas a los ciudadanos por ellas o por sus empleados. La inmunidad soberana inicial, fue evolucionando con el paso del tiempo, admitiéndose progresivamente, y a raíz de la normativa estatal aplicable en cada Estado, y la doctrina jurisprudencial de los tribunales de justicia, excepciones y supuestos concretos en los cuales un ciudadano puede demandar al gobierno o a otra entidad pública. En este sentido, al implicar las reclamaciones de daños al estado y entidades públicas, por naturaleza, una excepción al principio de inmunidad soberana, normalmente están regidas por un estricto procedimiento que debe adoptarse para que las mismas sean viables.

Como un requisito constitutivo se exige con carácter general, en el Derecho americano, consagrado en la normativa de los diferentes estados, la necesidad de interposición de reclamación previa denominada "*claim*" o "*notice of claim*", dando la oportunidad al ente público de pronunciarse sobre si acepta o no la reclamación presentada relativa a los daños causados a un particular. Por ello, si lo que se pretende es demandar al Gobierno o a una entidad local por la causación de un daño, y en analogía a otros países de tradición anglosajona como Reino Unido, es preceptivo interponer una reclamación previa o "*notice of claim*". Sin embargo, esta reclamación, que abre la vía judicial está sujeta a limitaciones temporales y de forma, ineludibles que varían en los diferentes estados.

4.1 Requisitos y plazo para interponer la reclamación.

En todo caso, el límite temporal (equivalente a la prescripción) es un requisito esencial para interponer una reclamación, tanto sea contra la Administración o un municipio que puedan ser responsables por la causación de daños a un particular. Ese plazo es diferente conforme a la normativa tanto de los distintos estados norteamericanos, como de otros países del Common Law, valgan por muestra Australia y Canadá. En coincidencia con lo preceptuado en el ordenamiento jurídico británico, la interposición de la "*notice of claim*" o, simplemente, "*claim*" es un requisito constitutivo, de manera que, en defecto de la misma, una eventual demanda presentada ante los tribunales de justicia sería inadmitida (salvo excepciones). El plazo de prescripción para interponer la reclamación previa, varía también según la normativa de cada estado, convirtiéndose en un requisito imprescindible de necesario

cumplimiento, oscilando, dicho plazo prescriptivo entre los 30, 60, 90 o 120 días después del acaecimiento del evento dañoso.

Muchos estados tienen regulado criterios específicos a este respecto, con diferentes periodos de tiempo exigidos para formular dicha reclamación y, sin embargo, en otros no existe regulación alguna en este sentido, por lo que habría que acudir a la normativa estatal dictada en la materia. Resulta además que, ante una reclamación presentada por un particular, a efectos de conocer el régimen jurídico aplicable a la misma, en lo relativo al plazo de prescripción aplicable, habría que acudir, en principio, a la normativa específica de dicho estado (en inglés “*statute*”) o en ausencia de regulación específica del estado en cuestión, debería acudirse a la normativa genérica (General Statute)¹⁷² aprobada por el Gobierno Federal.

4.2 Requisitos en los distintos Estados de EEUU. Reclamación previa o “notice of claim”. Requisitos formales de la reclamación.

La forma de la misma también deviene un requisito esencial en la mayoría de las jurisdicciones americanas, de manera que hay unanimidad respecto del requisito de formulación por escrito, debiendo ser dirigida a la persona o ente público que ha causado el daño, por correo certificado, on-line, o que se interponga presencialmente en las oficinas municipales. Al margen de lo anterior, sin embargo, cada estado americano requiere una forma y unos requerimientos específicos que deben incluirse en la “*notice of claim*”. La mayoría requieren de la presentación en modelos normalizados disponibles en las páginas web correspondientes. Existe un periodo de tramitación procedimental durante el cual no procede la interposición de la demanda judicial. Este periodo se encuentra entre los 30 y los 120 días, dependiendo de la normativa propia de cada estado. Los tribunales también rechazan las reclamaciones interpuestas antes de la expiración de éste plazo.

Dada la diversidad del ordenamiento jurídico anglosajón a continuación se exponen algunos de los requisitos específicos en diversos estados norteamericanos¹⁷³ por sus diferentes normativas, en las demandas de daños interpuestas contra entidades

¹⁷² General statute of limitations, 28 U.S.C. Section 2462.

¹⁷³ Cozen O'Connor “Jurisdictions comparative chart; Limitations and notices requirements for tort claims against government entities” (Traducción libre) “*Comparativa entre diferentes jurisdicciones; Limitaciones y requerimientos para demandas de daños contra las entidades gubernamentales*”. Noviembre de 2016. (Traducción libre).

públicas pudiendo apreciarse como éstos varían notablemente, en cuanto a la cuantía exigida, procedimiento y peculiaridades etc. de un Estado a otro.

- Arizona¹⁷⁴:

La “*notice of claim*” o reclamación previa, es exigible para demandar a cualquier ente público, escuela pública o empleado público del estado de Arizona.

En el estado de Arizona interponer una reclamación previa se denomina “*servicing a notice of claim*”, que en síntesis consiste en notificar a las agencias gubernamentales la posibilidad de interponer una demanda judicial, así como también de la cuantía susceptible de transacción o acuerdo extrajudicial. Como peculiaridad, la reclamación previa en Arizona, tiene un plazo de prescripción de 180 días con posterioridad al acaecimiento del evento dañoso, no pudiendo interponerse la demanda ulterior hasta que transcurran 60 días desde la interposición de la reclamación previa.

- Colorado:

Efectivamente, la complejidad en el Derecho americano, a la hora de abordar esta cuestión, se muestra en que los plazos de prescripción, varían sustancialmente de estado a estado, así, en Colorado¹⁷⁵ las reclamaciones contra las entidades públicas deben ser realizadas en el plazo de 182 días desde el daño causado, y la demanda 90 días después de la negativa a aceptarla, también hay un límite cuantitativo en cuanto a la cuantía indemnizatoria quedando limitada a 350.000 dólares por persona y evento dañoso¹⁷⁶.

- Florida:

En el estado de Florida¹⁷⁷, la reclamación debe interponerse en el plazo de 3 años en caso de daños que no hayan ocasionado una muerte y dos años en el supuesto de daños que no impliquen fallecimiento de la víctima. La demanda después de la denegación administrativa debe interponerse en el plazo de 6 meses. También hay

¹⁷⁴“Arizona Revised Statutes section 12-820- 2-821.01. Authorization of claim against public entity, public school or public employee.” Traducción: Estatutos de Arizona revisados sección 12-820- 2-821.01. “Reclamación de daños causados contra entidades públicas, escuelas o empleados públicos.” (Traducción libre).

¹⁷⁵ Colorado Governmental Immunity Act.

¹⁷⁶ Limite vigente en el año 2016.

¹⁷⁷ Florida’s Sovereign Immunity Statute (cuantía dañosa en noviembre de 2016).

límite cuantitativo en cuanto a los daños que se pueden llegar a reconocer que ascienden hasta 200.000 dólares por persona y a 300.000 dólares por suceso.

- Hawaii:

Existen peculiaridades curiosas como en el estado de Hawaii¹⁷⁸ en el cual la reclamación ha de presentarse en el plazo de 2 años desde el suceso lesivo, estando el municipio sometido por el estatuto propio de igual modo que cualquier sujeto privado. Existe además la previsión de que ninguna entidad o empleado público puede ser responsable de los daños causados en el uso de algunas específicas instalaciones municipales, por ejemplo, daños producidos durante la utilización de un parque de skateboard, salvo que el mismo proceda de una deficiencia en el mantenimiento del mismo.

- Michigan:

En lo que se refiere al procedimiento de reclamación de responsabilidad, la normativa del Estado de Michigan¹⁷⁹ prevé expresamente que la reclamación se deba interponer dentro de los 120 días y la demanda en el plazo de un año desde que se haya rechazado la reclamación en vía administrativa. Como peculiaridad, una Agencia Gubernamental no es responsable de los actos políticos o de gobierno susceptibles de causar daños a los ciudadanos. Por otro lado, se encuentra expresamente regulada la responsabilidad por los daños causados por un municipio o distrito respecto del mantenimiento de las calzadas públicas o cuando aquel se produzca como consecuencia de una falta de mantenimiento de un vehículo de titularidad pública o en un edificio público¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Hawaii State Tort Liability Act.

¹⁷⁹ M.C.L.A Governmental Tort Liability Act.

¹⁸⁰ VACIN E. D.: "Municipal Corporations-Liability in Tort-Prospective Judicial Abrogation of the Sovereign Immunity Concept", *60 Michigan Law Review* 379, 1962. El profesor realizó un completo estudio sobre la doctrina de inmunidad soberana en este estado, señalando al efecto, que: "El caso más importante es representativo de la creciente tendencia en parte de las cortes y legisladores de alcanzar un nuevo compromiso entre el tradicional concepto de la Common-Law de inmunidad soberana y la creencia de que el riesgo de que una lesión injusta no tenga que ser soportada por el individuo pero sí por la sociedad en su conjunto. La interacción de estos opuestos puntos de vista han situado la doctrina de la inmunidad soberana en un estado de confusión, porque mientras muchas jurisdicciones se adhirieron rigidamente a la doctrina de la inmunidad, otras han construido caminos intermedios en referencia a la misma. Muchas cortes, por ejemplo, en los años recientes han aprobado normas legislativas, empoderando a los organismos gubernamentales a "demandar y ser demandados" Esto formalmente se ha interpretado como una evasión de la doctrina de la inmunidad sólo en lo relativo a demandas y a la no responsabilidad, de manera que ahora se alega que la doctrina de la inmunidad

- New Hampshire:

En el estado de New Hampshire ¹⁸¹ la reclamación previa se debe cumplimentar antes de que transcurran 60 días desde la causación del daño. La demanda preceptivamente debe presentarse dentro de los tres años posteriores a la producción del daño.

Hay excepciones a la inmunidad en aquellas reclamaciones de daños que derivan del defectuoso mantenimiento de los vehículos a motor municipales. En otro sentido, tampoco existe responsabilidad respecto de los daños causados por nieve, hielo u otros fenómenos atmosféricos, salvo que concorra una negligencia grosera por parte del Estado. Los límites cuantitativos indemnizatorios, son de 275.000 dólares por persona y 925.000 en total por el suceso ¹⁸². En las carreteras y aceras, la normativa del Estado de New Hampshire (RSA 231-90-:92-a) establece el margen del deber legal del municipio de evitar las deficiencias existentes en las carreteras. En este sentido, se considera que existe una deficiencia en el estado de la vía, cuando una autopista o acera no sea transitable por aquellas personas o vehículos permitidos o exista un riesgo difícilmente evitable por un ciudadano medio razonable y prudente que actúa conforme la ley. Incluso, cuando queda acreditado que la deficiencia es la causante del daño, la doctrina de la inmunidad administrativa, puede evitar que se declare la responsabilidad del municipio por incumplimiento de su deber de conservación salvo que concurren los siguientes supuestos:

-Que el Municipio hubiera recibido notificación escrita del defecto antes de que ocurriese el accidente y no hubiese señalado y avisado del peligro.

-En el caso de que resulte probado que los empleados municipales habían tenido conocimiento actual del defecto o de la negligencia grosera o utilizado la mala fe en la respuesta o incluso, si hubiese habido silencio administrativo (al igual que en el

de responsabilidad ha sido derogada". <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol60/iss3/6>. Traducción libre. Consulta 5 de enero de 2021.

¹⁸¹ New Hampshire Revised Statutes, chapter 507-B- "Bodily Injury Actions Against Governmental Units" (2014).

¹⁸² Un municipio no es responsable en ausencia de negligencia grosera, por daños causados en los locales particulares exclusivamente por la nieve, el hielo y cualquier otro fenómeno meteorológico si el municipio ha avisado y adoptado las medidas necesarias para prevenir inclemencias meteorológicas. "Municipality is not liable, in the absence of gross negligence, for hazards on its premises caused solely by snow, ice or other inclement weather if the municipality is acting under a policy or set of priorities for responding to the weather hazards." RSA 507-B:2-b. Cuantías y límites de noviembre de 2016.

Derecho español, la tendencia doctrinal imperante, es a penalizar a la Administración que incumpla su deber de dar respuesta a una petición formulada por un ciudadano).

- Si el daño ha sido causado por un acto intencional del empleado municipal actuando en cumplimiento de su deber legal en desempeño de su deber, mediando negligencia u obviando una circunstancia generadora de un riesgo.

Valga por todos, el caso "*Bowden v. NH. N.H. Dep't of Transportation*"¹⁸³, en el cual los actores demandaron al estado por negligencia bajo la teoría de que el accidente de su motocicleta fue causado por un defecto en el pavimento. El tribunal concluyó que el aviso de la existencia de la deficiencia en la vía, que el demandante obvió, sirve de fundamento para eximir de responsabilidad al municipio.

- California:

En la normativa Californiana ("Government Code"), se parte del mismo concepto importado del Reino Unido de la "*inmunidad soberana*" concibiendo las demandas de daños causados por las entidades públicas como una excepción al mismo¹⁸⁴. El autor doctrinal, KADOTANI, K.¹⁸⁵, sobre este Código Californiano, ejemplar en cuanto a la regulación de los principios de responsabilidad patrimonial de los entes públicos del citado estado americano, refiere: "*La "California Tort Claims Act ("Act")*, California Government Code & 810, et seq. establece los principios básicos de la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas. Una demanda de responsabilidad extracontractual se relaciona con supuestas lesiones que ocurren en propiedad pública, como un tropiezo y caída en una acera pública que supuestamente se encuentra en una condición peligrosa. En virtud de la Ley, existen inmunidades legales para blindar a las entidades públicas de la llamada "responsabilidad por condiciones peligrosas". La Corte de Apelaciones de California emitió recientemente dos decisiones que confirman la aplicación de dos de tales inmunidades - inmunidad de ruta y diseño - en el contexto de una acción por condición peligrosa: *Arvizu v. City of Pasadena* (2018) 21 Cal.App.5th 760 y *Rodríguez v. Departamento de Transporte* (2018) 21 Cal.App.5th 947. En *Arvizu v.*

¹⁸³ 144 N.H. 491 (1999).

¹⁸⁴ Gov.Code Part 2. Liability of Public Entities and Public Employees [814 - 895.8]

¹⁸⁵ "Class and Tort Actions. Recent Decisions on Statutory Immunities Under the California Tort Claims Act. May 2018." *Briefly, A California litigation blog*" (entrada 14-05-2018). (Traducción libre).

City of Pasadena (2018) 21 Cal.App.5th 760, el Tribunal de Apelaciones de California (...) desestimó la petición de apelación razonando que, aunque es probable que muchas partes de los senderos recreativos públicos se vuelvan más seguros con la adición de barandas o pasamanos, la carga y el gasto asociados para hacerlo no son factibles y, de lo contrario, socavarían todo el propósito de mantener abiertas estas áreas para el público". En otras palabras, el tribunal consideró que la inmunidad del municipio impedía que pudiesen ser objeto de una reclamación de daños por dicho motivo.

Para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial a los entes públicos en el Estado de California, resulta exigible el cumplimiento de determinados requisitos formales y de procedimiento entre los cuales se encuentra la necesidad de interponer reclamación previa o "*notice of claim*" como requisito de viabilidad de la misma, en la forma y plazo establecidos en la normativa "*Government Code*"¹⁸⁶. En este sentido, este requisito se configura esencial para asegurar una pronta investigación de las circunstancias en que se ha producido un daño y en su caso, sentar las bases para un posible acuerdo ("*settle*"), de esta manera, una demanda que se interpone contra una entidad sin cumplir ese requisito esencial de reclamación previa, resultaría, al igual que sucede en el Derecho español, inadmitida por los tribunales de justicia. Del análisis de la normativa californiana también se desprende la repercusión económica en aras a una adecuada previsión presupuestaria de las reclamaciones previas o "*notice of claim*" pues, del estudio y valoración de las mismas la entidad pública puede hacer una previsión económica y fiscal de las indemnizaciones de daños, así como adoptar medidas preventivas para evitar incurrir nuevamente en la circunstancia causante de los daños en el futuro. En California se parte del presupuesto de que una entidad pública puede ser inmune a las reclamaciones de daños, pero sin embargo, sus funcionarios y empleados no. El hecho de que un empleado público pueda no ser inmune, no impide que pueda haber una responsabilidad de la entidad pública en ciertos casos ¹⁸⁷, no obstante lo cual, la normativa reconoce también dicha inmunidad al funcionario respecto de aquellos actos realizados en el ejercicio de la

¹⁸⁶ Existen a disposición del ciudadano modelos normalizados on-line de solicitud para la interposición de reclamaciones que incorporan los requisitos legalmente exigibles.

https://www.ttusd.org/site/handlers/filedownload.ashx?moduleinstanceid=70&dataid=22&FileName=Claim_for_Damages_Against_Public_Entity.pdf. Consulta 8 de enero de 2021. (Traducción libre).

¹⁸⁷ Government Code section 815.4. (McCarty v. State of California Department of Transportation (2008) 164 Cal.App.4th 955.)

obediencia debida a una norma, en el supuesto de que el funcionario no dispusiera de otro margen de actuación que el actuar en cumplimiento de lo dispuesto por la misma.

Paralelamente, en el Estado de California hay responsabilidad directa de los entes públicos cuando se produce un daño en una propiedad pública que se encuentra en un defectuoso estado de conservación, definiéndose perfectamente en la casuística ofrecida por las distintas resoluciones judiciales, los supuestos que implican establecer que una propiedad está en peligroso estado de conservación¹⁸⁸. Siguiendo esta línea argumental, en el Estado de California se parte de la presunción de que una entidad pública solo es responsable por los daños causados por un deficiente mantenimiento en los bienes públicos si:

- La propiedad se encontraba en defectuoso estado de conservación al tiempo de producirse el daño.
- Si el daño fue causado por el defectuoso estado de conservación de la propiedad pública (relación de causalidad).
- Si el defectuoso estado de conservación devino la causa probable la producción del daño.
- Si el defectuoso estado de conservación fue provocado por una acción u omisión de un empleado público y que la entidad pública, pese al tiempo transcurrido, y tras haber sido avisada, no había realizado ninguna actuación necesaria para afrontar el daño.

Como requisitos para que la acción prospere, debe de acreditarse en la demanda planteada por el actor en su caso (nexo de causalidad) que éste ha usado la propiedad con el debido cuidado, y que la propiedad pública tenía tan mal estado de conservación que era susceptible de producir un daño a terceros. Lo peculiar del Acta californiana, es que recoge una serie de inmunidades, como son la de los servicios de emergencia, o lo vehículos de búsqueda.

Otra normativa del Estado de California, denominada, "*The Government Tort Claims Act*"¹⁸⁹, preceptúa la necesidad de reclamación al municipio o ente público de

¹⁸⁸ "*Rodriguez v. Inglewood Unified School Dist.*". (1986) 186 Cal.App.3d 707.

¹⁸⁹ Cal Gov. Code 815.2 "*A public entity is liable for injury proximately caused by an act or omission of an employee of the public entity within the scope of his employment if the act or omission would,*

que se trate con carácter previo a la interposición de la demanda por daños producidos a particulares o ciudadanos como consecuencia de la actividad de las mismas. En la misma se cumplimentarán preceptivamente los siguientes requisitos: se consignarán los hechos acontecidos, la naturaleza de los daños, y la valoración de los mismos, cumpliendo con lo dispuesto en el “*Government Code*” de California (*Section 945.4 a 945.6*). Tal y como se refiere en aquel, las entidades locales deben ser responsables tanto de los daños causados por sus actos propios, como los ocasionados por la conducta negligente de sus empleados o las autoridades a su servicio, e incluso esta norma llega más lejos, al establecer responsabilidad por los actos de los voluntarios que colaboren con el Ente Local en el supuesto de que hubieran podido causar un daño a terceros.

Por dicho motivo, a la hora de plantear una demanda en materia de daños es esencial que la preceda una reclamación (en la vía administrativa previa) que se interponga en el plazo de seis meses desde que el daño se haya producido en el supuesto de daños personales, muerte, o daños en los bienes. Respecto del resto de reclamaciones, el plazo se amplía al año. El ente público dispone del plazo de 45 días, para aceptar o rechazar la reclamación. Si no se resuelve nada en dicho plazo, entra en juego la peculiar figura del silencio (que también existe en Derecho anglosajón) al amparo de la cual, se entiende rechazada la solicitud transcurrido dicho plazo de 45 días sin obtener respuesta. En general se concibe una Administración más eficiente a la hora de resolver que la española, de esta manera, el plazo del silencio se ve reducido en el Estado Californiano a los citados 45 días, siendo aplicable, en todos los Estados americanos y restantes de la Common Law, un plazo muy reducido de respuesta a una solicitud presentada. Al contrario, resulta llamativo que, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se disponga que el silencio administrativo en materia de responsabilidad patrimonial es de 6 meses, tiempo máximo de que la Administración dispone para dictar una resolución antes de que se entienda desestimada y abierto el plazo de interposición de la demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en el plazo establecido por el art. 46 de la Ley 29/98 reguladora de dicha jurisdicción. Ahora bien, al igual que en Derecho español, sí es cierto que la reclamación inicial

apart from this section, have given rise to a cause of action against that employee or his personal representative”. Traducción: Una entidad pública es responsable de los daños causados por un acto u omisión de un empleado de un ente público en el ejercicio de su cargo o de su representante.

planteada en vía administrativa tiene amplias posibilidades de ser denegada, de hecho, resulta ser una circunstancia habitual, como bien indica la normativa californiana Government Tort Claims Code” apartado &913¹⁹⁰ “(...) *se debe informar al reclamante, que (...) si la desestimación se ha efectuado por falta de respuesta (silencio negativo), el reclamante tendrá el plazo de dos años para completar su demanda.*

- Nueva York:

En Nueva York¹⁹¹, el estado puede ser demandado en idéntico sentido que una persona privada, siempre que los requerimientos que exige el “*Court of Claims Act*” (“Acta de reclamaciones de la Corte”) sean cumplimentados. Se exige, entre otras consideraciones, que la reclamación, se interponga por escrito en el plazo de 90 días desde la producción del daño, afirmando textualmente, la normativa propia de Nueva York lo siguiente: “*La demanda podrá ser interpuesta dentro del año y 90 días después del incidente (...)*”.¹⁹²

En el Estado de Nueva York también hay inmunidad por los actos políticos o de gobierno en cuanto a actos discrecionales; sin embargo, existe responsabilidad de los entes públicos por los accidentes provocados por los vehículos a motor titularidad del gobierno o los destinados a servicios sanitarios como ambulancias. Así mismo, también quedan fuera de la protección concedida por la inmunidad los daños causados a terceros debidos a los defectos constructivos o al inadecuado mantenimiento de las vías públicas (“*Briga v. Town of Binghamton*”¹⁹³).

- Oregon:

En el Estado de Oregon¹⁹⁴ la reclamación debe interponerse en el plazo de 2 años desde la causación del daño, aunque no se exige una forma específica para la reclamación. En este sentido, existe responsabilidad del estado por los daños

¹⁹⁰ Apartado &913, Establece la obligación de comunicar la “*notice of denial*” o denegación de la reclamación, que abre de conformidad a lo dispuesto en el apartado &945.6 el plazo de seis meses para interponer la demanda.

¹⁹¹ N.Y.Ct.Cl.Act&& 8 – 12 (1929).

¹⁹² Plazo: “*A claim or a Notice of an intention to file a claim, must be filed and served 90 days after the accident.*”; Traducción libre: “*Una reclamación o aviso de intención de reclamar debe cumplimentarse 90 días después del accidente*”.

¹⁹³ 778 N.Y.S.2 d 545 3 Dept. 2004.

¹⁹⁴ ORS (Oregon State Legislature), 30.260 to 30.300; Tort Actions against Pulic Bodies (amended in 2022).

cometidos por los empleados y agentes en el ejercicio de su cargo, incluyendo el funcionamiento de vehículos a motor.

En Oregon están excluidos de responsabilidad los actos discrecionales realizados en cumplimiento de un deber, siempre que no se deban a una negligencia en la realización de los mismos. También están exentos los actos realizados con aparente cobertura legal. Es llamativo, así mismo, que se imponga un límite por daños personales más alto que en otros Estados, de tal manera que, por ejemplo, en el año 2017, podían reclamarse daños de hasta 691.200 dólares por persona y 1.382.300 dólares por suceso. En cuanto a los daños en los bienes, el límite era de 113.400 dólares por persona y 566.900 por suceso, pudiendo ser dichas cantidades variadas anualmente.

- Boston, Massachusetts:

En el Estado de Boston, el plazo para presentar la reclamación ante el municipio, es de dos años posteriores al accidente causado¹⁹⁵. La reclamación tiene que ser rechazada de forma expresa y por escrito, sino se entenderá presuntamente denegada en el plazo de seis meses desde que ha sido interpuesta, en idéntico sentido, la demanda deberá plantearse dentro de los 3 años desde la producción del daño ante el Juzgado competente del municipio donde se causó el mismo.

- Wyoming:

La normativa propia de Wyoming¹⁹⁶ determina en idéntico sentido que en otros Estados la inmunidad del Gobierno, sus empleados, y restantes entidades públicas, a las demandas de responsabilidad con las excepciones determinadas en su estatuto¹⁹⁷. La doctrina de la inmunidad dio lugar en este Estado a partir de mediados del siglo XX, a un intenso debate doctrinal con el objeto de intentar incrementar las garantías ciudadanas frente a los daños que pudiese causar la actuación de los poderes públicos.

No obstante, en los últimos años la inmunidad de los entes públicos ha decaído en reclamaciones de daños derivadas del funcionamiento de vehículos, o aeronaves, los daños sucedidos en cualquier edificio público, parque o área recreativa.

¹⁹⁵ General Law, chapter 258, section 1 & 4.

¹⁹⁶ Wyoming Governmental Claims Act, W.S.&1-39-101, et seq.

¹⁹⁷ Wyoming Governmental Claims Act, W.S.&1-39-104.

Actualmente, es así mismo posible y es una práctica habitual, plantear una reclamación en el supuesto de daños causados por tuberías públicas, entendiendo por ellas las que proporcionan servicios generales tales como suministros de gas, electricidad, agua calefacción etc. En idéntico sentido, también decae la inmunidad del estado de Wyoming en los supuestos de falta de diligencia de profesionales de la sanidad estatales, y de operaciones en un hospital, entre otros casos. En lo respectivo al plazo de la “notice of claim”, o reclamación administrativa, se exige un plazo de dos años desde el aviso escrito, pudiendo posteriormente la demanda de daños ser cumplimentada en el plazo de un año desde la interposición de la misma¹⁹⁸.

Wisconsin:

El Estado de Wisconsin es uno de los más rígidos en la interpretación del concepto de inmunidad, pese a ello, en los últimos años se han abierto nuevas áreas no sujetas a inmunidad, y está prosperando la teoría de que los municipios deben responder por los daños causados a particulares en el ejercicio de sus funciones, de tal manera que no cabe invocar la misma en caso de riesgo conocido. En este sentido, un municipio puede ser demandado por responsabilidad derivada de los daños causados durante la realización de actividades recreativas¹⁹⁹, siempre los mismos se hayan producido en una propiedad municipal donde se liquide una tasa de admisión, o también en el supuesto de que el accidente sea producido por un acto malicioso o motivado por negligencia en el deber de advertir de la existencia de un riesgo.

Tal fue la conclusión en el caso “*Engelhardt v. City of New Berlin*”²⁰⁰ donde se preceptuó que, ciertamente, la ciudad no puede invocar inmunidad bajo la sección 893.80 de su Estatuto derivada de la negligencia al permitir que un turista procedente de un camping se ahogase en un centro acuático, ni tampoco, eximirse de su responsabilidad invocando la excepción de riesgo conocido. La denominada como “*known danger exception*” se aplica cuando una situación de riesgo es conocida por el funcionario o empleado público de tal manera que se crea el deber preceptivo de corregir esa situación. Por ejemplo, en el asunto planteado, el ahogamiento de una persona que no sabe nadar, es un riesgo conocido, y en este sentido, el personal del

¹⁹⁸ Wyo.Stat. Ann. &1-39-118 (2018).

¹⁹⁹ Wisconsin Statutes Section 895.52 (2019-2020).

²⁰⁰ 2019 WI 2. 03/2019.

camping tenía el deber haber realizado al turista una prueba de natación antes de permitirle acercarse a la piscina, obligación que no fue cumplida por la Administración municipal.

Respecto de otras actividades habituales, del municipio por ejemplo, el suministro de agua potable, la normativa propia de Wisconsin dispone que los municipios son inmunes de los daños causados a terceros producidos por una orden dictada por el municipio que afecta a la red pública de abastecimiento de agua, porque en este caso, se trata de una decisión gubernamental y discrecional que está investida de inmunidad²⁰¹.

En el apartado de responsabilidades específicas, en el Estado de Wisconsin, resulta llamativo que los municipios no tienen el deber de podar la vegetación existente en los lindes de los caminos públicos y, en consecuencia, no existiendo ese deber legal, tampoco puede generarse responsabilidad por no hacerlo, ni vulneración del principio "*duty of care*" (deber de cuidado) en tanto no supone un estándar del servicio, cuyo incumplimiento pudiera dar lugar a la exigencia de responsabilidad. Así, aunque los municipios asuman voluntariamente la prestación de dicho servicio, no puede exigírseles responsabilidad en caso de no hacerlo. Tal fue declarado en el asunto "*Estate Wagoner v. City of Milwaukee*"²⁰², en el cual se desestimó la responsabilidad del Ayuntamiento de Milwaukee por el accidente sufrido por un motorista, en una carretera del municipio pese a quedar probado que el origen del mismo radicaba en la abundante vegetación existente en el arcén de una autopista que obstaculizaba la visión de la misma, cuya poda era habitualmente realizada por el Ayuntamiento, no obstante lo cual, debido a que ello no estaba incluido en los estándares de funcionamiento del servicio municipal, el municipio resultó absuelto de responsabilidad alguna.

Resulta asimismo interesante cómo se afronta la cuestión de las caídas en la nieve, de manera que conforme la normativa de Wisconsin (Section 893.83), los municipios tienen inmunidad por los daños producidos debido a la acumulación natural de nieve o hielo salvo que aquella permanezca más de tres semanas en el

²⁰¹ "*MMSD v. City of Milwaukee*", 2005 WI 8, 277 Wis. 2d 635, 691 N.W. 2d 658.

²⁰² 2001 WI App 292, 249 Wis. 2d 306, 638 N.W.2d 382 rev. denied.

pavimento sin haber sido recogida²⁰³. Por el contrario, la inmunidad del municipio decayó en asuntos como el denominado “*Physicians Plus Ins. Corp*”²⁰⁴, a medio del cual se resolvió la demanda de un hombre que resultó lesionado al circular en bicicleta y ser golpeado por un vehículo en un cruce cuyo conductora consiguió acreditar que no haber visto una señal de stop por estar obstruida la visión por las ramas de los árboles lindantes con la carretera. Debido a que había sido el municipio quien colocó en el cruce la señal de tráfico, se le consideró responsable por el defectuoso mantenimiento de la señal visible para los conductores.

- Pennsylvania:

En Pennsylvania, su normativa propia declara la responsabilidad municipal en ocho áreas limitadas donde la Corporación puede causar violaciones de los derechos de terceros, tales como: vehículos, cuidado o control de la propiedad, arrendamientos, árboles, señales de tráfico y luces, calles, aceras, cuidado y custodia de animales. La “*Pennsylvania Consolidated Statute*”²⁰⁵, compilación normativa que se actualiza anualmente, recoge una descripción exhaustiva de las excepciones a la inmunidad gubernamental, señalando, que el ente local será responsable cuando, entre otras causas:

- *El daño fue causado por un acto negligente (que no suponga un acto criminal, fraude, actuación maliciosa o dolosa) de una agencia local o un empleado actuando en el ejercicio de sus obligaciones.*
- *El daño fue ocasionado por árboles, señales de tráfico, luces de titularidad municipal, si el reclamante acredita que el mismo tuvo lugar por la falta de advertencia de la Administración de la existencia de dicha circunstancia peligrosa (siendo conocedora de ella) para poder evitar el daño.*
- *En idéntico sentido, el daño causado por tuberías de agua, gas, o eléctricas propiedad de un ente local dará lugar a responsabilidad si se demuestra que*

²⁰³ “*Wagner v. WMMIC*” 230 Wis. 2d 633, 601 N.W. 2d 856 (App.1999) rev denied.

²⁰⁴ “*V. Midwest Mut. Ins. Co.*”, 2002 WI App 80, 254 Wis. 2d77, 646 N.W.2d 777

²⁰⁵ Title 42 Section 8542 (42 Pa. C.S. – 8542) (2019).

<https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=42&div=0&chpt=85&sctn=42&subsctn=0>

aquel tuvo conocimiento de que ese riesgo podía llegar a producir un daño y no tomó las medidas para prevenir el mismo.

- En la misma línea, los daños ocasionados a particulares motivados por las deficiencias existentes en la vía pública también dan lugar a responsabilidad si se puede probar que la ciudad o entidad municipal era conoedora de ese riesgo y no tomó las medidas adecuadas para prevenir el daño.

- Washington:

En Washington su normativa específica dispone que el Estado debería ser responsable por los daños derivados su conducta negligente en idéntica medida que si fuese una persona particular²⁰⁶, siempre que haya causado un daño actuando en el ejercicio de potestades públicas. En este sentido, para formalizar las reclamaciones contra los Distritos y restantes entidades locales del Estado de Washington²⁰⁷ deben cumplimentarse una serie de requisitos, como es que la reclamación se interponga ante el órgano competente (oficina de riesgos estatal) en el formulario oficial, no pudiendo plantearse la ulterior demanda hasta que transcurran diez días desde la reclamación administrativa.

Finalmente, y para concluir este análisis de la evolución de la doctrina y procedimiento de reclamación de daños causados por los entes públicos en los diferentes estados norteamericanos y la situación de la inmunidad municipal, debemos referirnos a una publicación del Senado de los Estados Unidos²⁰⁸ que ya décadas atrás analizaba la situación de la inmunidad de la Administración y cómo ésta había ido reduciendo su ámbito de aplicación, de manera que, paulatinamente, el número de

²⁰⁶ R.C.W.&4.92.090.

²⁰⁷ R.C.W.&4.96.020.

²⁰⁸ “Liability Insurance and tort reform (Hearing before the subcommittee on housing and urban affairs of the committee on banking, housing and urban affairs United States Senate ninety-ninth congress, second sesión)”. *The Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs*, May 15, 1986. Refiere el citado Comité del Senado de los Estados Unidos que: “(...) desde mediados de los años 70, tanto las normativas estatales como las decisiones judiciales han reducido sustancialmente la teoría de la inmunidad soberana, particularmente en perjuicio de los municipios. En algunos casos los cambios en las Constituciones de los estados o cambios en la ley estatal abolieron total o parcialmente la inmunidad soberana aplicable a los gobiernos locales, concretamente a los municipios. Con carácter general, los tribunales establecieron que cuando el Estatuto o la norma del estado eliminaba la inmunidad del estado, también correlativamente eliminaba la inmunidad de los gobiernos municipales, distritos y ciudades ubicados en el mismo. No se trata sólo de que los tribunales abolieran o restringieran la doctrina de la inmunidad sino que establecieron otras áreas de responsabilidad municipal donde antes no existían (...)”. (Traducción libre).

demandas de daños había crecido exponencialmente, así se señala que en 1.985, en 1.244 ciudades se había duplicado el número de demandas por daños respecto a 1.982, en idéntico sentido, hubo un crecimiento exponencial de las indemnizaciones que hubieron de abonarse por dicho concepto. Las soluciones a estos problemas fueron abordadas por los entes locales, incluyendo la adopción de mejores métodos de gestión pública, y de prevención de riesgos (tales como el mantenimiento de equipamientos públicos, planes de control de pérdidas; mejorar las medidas de seguridad y limitar la cantidad que puede obtenerse por vía de indemnizaciones de daños interpuestas contra las ciudades y entidades locales)²⁰⁹. De esta forma, paulatinamente, los tribunales consolidaron la doctrina a partir de la cual los municipios podían ser declarados responsables de la violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos y en consecuencia, preceptuaron la obligación de que los municipios y otras entidades locales indemnizaran a los ciudadanos por los daños causados, derivados, no sólo de actos propios, sino también de los de los empleados públicos y autoridades a su servicio.

5. La “*notice of claim*” en otros países sujetos a la Common Law: Canadá, Australia y Nueva Zelanda:

En el ordenamiento jurídico canadiense opera la distinción, a efectos de exigencia de responsabilidad, entre decisiones políticas y ejecutivas de la Administración, de manera que, tradicionalmente se exime a aquella de responsabilidad por las decisiones políticas adoptadas por autoridades o funcionarios en el ejercicio de su cargo lesivas frente a terceros, aunque por el contrario, están sujetos a responsabilidad, los actos que obedecen a decisiones ejecutivas (“*operational decisions*”), y que han causado un daño a un particular.

Las voces doctrinales para reducir el ámbito de la inmunidad de la Administración en Canadá, en lo que respecta a las decisiones ejecutivas, son muy numerosas, sobre todo desde finales del siglo XX²¹⁰, fruto de la evolución de la

²⁰⁹ En la anteriormente citada publicación del Senado de los Estados Unidos, se alertaba del creciente número de demandas e indemnizaciones conseguidas en litigios contra los municipios y ciudades. En una estadística de 1.982 en un análisis de 937 ciudades la mayor indemnización obtenida por un municipio fue de 40 millones de dólares.

²¹⁰ STRATAS D. “Civil Liability in Administrative Law: Recent Developments and Prospects for the Future”, 2001. Refiere en la citada publicación el autor, que: “*Es claro que el gobierno puede ser declarado responsable por negligencia. Para poder reclamar una indemnización, debe demostrarse que la decisión del gobierno que ha causado el daño es, en sí misma, una decisión Operativa (Opuesta*

doctrina construida a base de jurisprudencia aplicable en cada caso concreto: Especialmente ilustrativa en este punto, es la doctrina sentada en el asunto “*Entreprises Sibeca vs. Frighsburg (Municipality)*”²¹¹ en el cual se concluyó: “*Sería inconcebible para los tribunales interferir en este proceso y colocarse como árbitros y decidir qué particular interés debe ser tenido en consideración. Los Tribunales pueden interferir sólo si hay evidencia de mala fe (...)*”.

Por otro lado, la responsabilidad administrativa, como bien menciona el profesor STRATAS no surge sólo por un acto de naturaleza ejecutiva que ha producido un daño, sino que deviene de la vulneración de los estándares de cuidado mínimos exigibles, en otras palabras, el denominado “duty of care”²¹² o “deber de cuidado”.

Un ejemplo de decisiones ejecutivas susceptibles de causar daños a terceros, y que en Canadá generan bastante litigiosidad, son los actos urbanísticos causantes de daños a terceros. La peculiaridad al respecto, es que los criterios de responsabilidad en materia de urbanismo se determinan en su normativa propia, en lugar de, como suele habitual en los ordenamientos jurídicos anglosajones, construirse la doctrina en la materia mediante decisiones jurisdiccionales (las cuales, obviamente, siguen teniendo importante transcendencia e inspiran la normativa legislativa). En este sentido, la responsabilidad del Municipio por actos urbanísticos, se regula en la normativa urbanística denominada “*Urban and Rural Planning Act, 2000*”²¹³ (“URPA 2000”). En ella se establece la responsabilidad patrimonial del municipio

a una decisión política) así como también, que el gobierno ostenta en esa materia un deber de cuidado o diligencia mínima exigible (duty of care), y que el acto que ha causado el daño se realizó por debajo de ese estándar mínimo exigible”. (Traducción libre). <http://www.davidstratas.com/6.pdf>. Consulta 11 de enero de 2021.

²¹¹ 2004, SC 61 at paras 24-26.

²¹² Señala el anterior autor, lo siguiente: “*En el área de estándar de cuidado, el hecho de que el demandado sea la Administración complica las cosas considerablemente. La regla general es que una persona debe actuar conforme al estándar de cuidado ordinario, que es el que utilizaría una persona razonable y prudente en las mismas circunstancias. La medida de qué es lo razonable depende de los antecedentes de cada caso, incluyendo que se trate de un daño previsible, la gravedad de ese daño, y el coste de prevenir el daño. En adición, pueden tomarse indicadores externos de lo que es una conducta razonable tales como la costumbre, la práctica industrial, y las normas. Este test sin embargo no es aplicable a la Administración. Los Tribunales se encuentran en la inusual posición de tener que evaluar lo que un gobierno razonable debe hacer. Las Administraciones también se encuentran con límites presupuestarios que plantean la cuestión de si la Administración debe actuar para prevenir un riesgo. Los presupuestos públicos no son ilimitados, pero la evaluación del estándar de cuidado puede hacer caer al Tribunal en la trampa de entrar a juzgar las prioridades del presupuesto de la Administración, una tarea que los Tribunales rechazan acometer.*” (Traducción libre).

²¹³ SNL2000 Chapter U-8: “*An act to consolidate and revise the law with respect to urban and rural planning in the provinces*”.

respecto de determinados actos urbanísticos, en concreto, puntualiza que concurre la misma en las siguientes materias:

“-Responsabilidad por errores en la aplicación del Plan General, regulaciones etc.

-Insuficiencia de razones para desestimar una solicitud de licencia (falta de motivación).

-Los concejales que adoptaron la decisión estaban inmersos en un conflicto de intereses.

- Resultó acreditada la mala fe, o negligencia en la adopción de la decisión.”

La URPA 2000 permite apelaciones ante la Junta Regional de Apelación de las decisiones en materia urbanística dictadas por las Juntas de Gobierno de los municipios canadienses. El plazo para apelar una decisión municipal es de catorce días desde que el solicitante recibe la resolución.

Uno de los motivos para impugnar una licencia urbanística conforme a la URPA 2000 es la desviación de poder, situación que al igual que en el ordenamiento jurídico español²¹⁴, es generadora de responsabilidad municipal en materia de licencias. Esta desviación de poder se puso de manifiesto por el Tribunal en un caso que sentó doctrina, como fue el asunto “*Seanic Canada Inc v. St. John’s (City)*”²¹⁵:

Este caso tuvo especial transcendencia al definir la responsabilidad del municipio derivada de la adopción de determinadas decisiones urbanísticas. En los antecedentes del caso constan los siguientes hechos: Una empresa constructora, solicitó al Ayuntamiento de St. John (New Brunswick, Canadá), una recalificación de su propiedad para construir una residencia de ancianos. La Junta de Gobierno municipal por mayoría del Ayuntamiento rechazó su solicitud. La empresa recurrió la decisión ante la Corte de Apelaciones, alegando conflicto de intereses porque la decisión estaba prejuzgada con anterioridad (lo cual resultaba claro a la vista de las declaraciones previas del Concejal de urbanismo en la prensa local) motivo por el que el municipio denegó erróneamente la licencia, incurriendo en desviación de poder. La

²¹⁴ Art 70 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

²¹⁵ “*Seanic Can. v. St. John’s*” (2016), 381 Nfld. & P.E.I.R. 100 (NLCA).

Corte de Apelaciones estimó el recurso al considerar la existencia de conflicto de intereses, en tanto que un concejal ya había manifestado su intención de denegar la solicitud antes de que la decisión se hubiese adoptado, es decir que la decisión estaba tomada por un concejal previamente a la aprobación del acuerdo por el municipio.

La Corte retrotrajo las actuaciones, anulando lo actuado, y ordenó que el Ayuntamiento adoptase una decisión bajo la premisa de que la Ley requiere que los concejales no tengan la opinión predeterminada antes de asistir a la votación sobre un determinado asunto. La Corte sugirió además que cada concejal debería prestar un testimonio grabado mostrando que no tiene la decisión preadoptada sobre la cuestión, y en caso contrario debería abstenerse en la votación²¹⁶.

Por otro lado, se consolidó la doctrina relativa a la mala fe, en decisiones jurisdiccionales como la dictada en el asunto “ *Petty Harbour-Maddox Cove v. Eastern NF Regional Appeal Board* ”, que determinó que un Municipio puede ser encontrado responsable por adoptar una decisión basada en la mala fe, en los siguientes supuestos:

- Conducta deliberada en el ejercicio de funciones públicas.
- Conocimiento de que la actuación es disconforme a Derecho y ha sido dictada con la intención de dañar al demandante.

En la sentencia del asunto “*Petty Harbour-Maddox Cove v. Eastern NF Regional Appeal Board*”²¹⁷ se analizó si existía mala fe de un municipio al denegar el recurso de un vecino contra una concesión de licencia para construir en una zona que era patrimonio cultural protegido. Son hechos del caso lo siguientes: El municipio

²¹⁶ El autor doctrinal y letrado, JONES, P.D. “Recent Developments in Administrative Law.” *Foundation of Administrative Justice*, en una publicación de 28 de abril de 2015, realizó un comentario sobre esta sentencia concluyendo al respecto lo siguiente: “El Tribunal Supremo estimó el recurso, sosteniendo que el concejal en cuestión tenía una opinión formada previamente, y había prejuzgado la solicitud formulada en la medida en que cualquier alegación hecha por el solicitante en la audiencia era inútil. El Tribunal determinó que dicha opinión del Concejal fue principalmente motivada por la oposición de los residentes del área, no de consideraciones legítimas basadas en el planeamiento. La Corte señaló que si bien “(un) grado de prejuicio, quizás en un grado significativo, es de esperar a medida que se acerca una consulta prolongada y un proceso público se acerca a la finalización, se espera que una votación del Consejo sobre una solicitud de rezonificación sea considerada después de la deliberación y el debate del Consejo. Los concejales de la ciudad deben aportar un grado de juicio independiente a sus decisiones y no ser simples representantes de sus electores (...)”. (Traducción libre).

<https://foaj.ca/wp-content/uploads/2014/01/CBA-Recent-Dev-by-David-Jones.pdf>

²¹⁷ 2015 NLTD (G) 111.

de Petty Harbour-Maddox Cove, aprobó la concesión de una licencia para construir un centro comercial, en una pequeña localidad, pesquera y de casas tradicionales y pintorescas que estaba calificada como “patrimonio cultural” y, en la cual la implantación de dicha gran superficie comercial causaba gran impacto visual y rompía la armonía con la edificación tradicional del municipio. Constan como hechos del caso que la tramitación de la licencia se realizó sin abrir plazo de información pública, no obstante lo cual, la concesión de la autorización para construir se publicó dos semanas más tarde en la web municipal. Es en ese momento, cuando un vecino disconforme con la concesión de la licencia, interpuso un recurso contra la misma, por ser contraria a la normativa urbanística de la localidad. El municipio alegó en su defensa la extemporaneidad del mismo en tanto que había transcurrido el plazo de 14 días para apelar la decisión, y además se trataba de una decisión discrecional por parte de la Corporación y por ello no recurrible. Hubo un primer alegato de caducidad en la interposición de la acción que fue desestimado por el municipio en tanto que se consideró insuficiente la publicación en la web de la concesión de la licencia puesto que no se le informaba al actor de su posibilidad de recurrir y plazo para hacerlo.

Respecto al alegato de discrecionalidad, la Corte invocó que el Municipio no siguió sus regulaciones y retrotrajo nuevamente la cuestión para que éste adoptase una nueva decisión. Este fallo creó un precedente importante, porque a raíz del mismo en Canadá:

-Se legitimó al tercero para poder apelar una decisión en materia urbanística del Municipio.

- Se consagró no sólo la obligación de publicar las decisiones en materia urbanística, sino también el plazo para recurrir las mismas.

-Se exigió que las decisiones urbanísticas estuvieran motivadas y fueran claras.

-Se requirió la rigurosa conformidad de las decisiones municipales con la normativa urbanística vigente.

Dicha retroacción ordenada por la Corte de apelaciones, en el año 2015, no impidió que el municipio el 22 de Mayo de 2018, en la sentencia ulteriormente dictada, desestimara la solicitud que consistía en edificar un centro comercial en el municipio de “*Petty Harbour*”, en tanto consideró que la escala de dicho desarrollo

era demasiado grande para esa área y podía perjudicar la vista frontal desde la costa de la ciudad, causando gran impacto visual al resultar la estructura visible desde distintas partes de la ciudad.

Recurrida esa decisión ante la Corte Regional de Apelaciones, ésta desestimó el recurso por considerar motivados los argumentos para la denegación por el municipio en tanto la solicitud planteada contravenía el planeamiento municipal ²¹⁸, tal y como se regulaba en la sección 3.5 Towns's Development Regulations, que disponía que *“cualquier permiso que se conceda debe tener en cuenta la estética general de los desarrollos previos en el área”*²¹⁹. Es muy destacada la evolución de la doctrina en materia de responsabilidad patrimonial urbanística en Canadá, estableciéndose incluso un estándar específico de diligencia exigible a la Administración a la hora de redactar sus planes de ordenación urbana, asimilándose mucho la concepción de la responsabilidad urbanística en el Derecho canadiense a la configurada jurisprudencialmente en nuestro ordenamiento jurídico, como se evidencia en la solución dada por la Corte al asunto *“Flynn v. Halifax (Regional Municipality)”*²²⁰ resuelto por la Corte Suprema de Nueva Escocia en la medida en que se establece que un municipio está sometido a responsabilidad por una decisión urbanística, incluso aunque provenga de la ejecución de un plan de ordenación que ha sido encargado y elaborado por un tercero ajeno al municipio²²¹.

Por otra parte, y en lo que se refiere al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, en el ordenamiento jurídico canadiense, toda reclamación en materia de daños interpuesta contra un municipio, distrito o ente

²¹⁸ Decisión de la Corte Regional de Apelación del 8 de Marzo de 2019 (Expediente 15.-006-057-004) (Traducción libre).

²¹⁹ (Traducción libre).

²²⁰ 2005 NSCA 81 (CanLII).

²²¹ Sentencia interpretada por el profesor LOOPSTRA M.K.C.: “Negligent Building Inspections: The Latest Developments” Reducing the Risks of Municipal Government Liability program conducted by Osgoode Hall Law School. January 2, 2007. Refiere el profesor LOOPSTRA, lo siguiente:

“Este es un caso de que sienta doctrina en la que se decida si los municipios pueden evitar su responsabilidad patrimonial, invocando que los planes han sido redactados por terceros ajenos al municipio, como ingenieros que fueron contratados a tal efecto. En Ontario parece que eso es posible, pero sólo si el municipio adopta un decisión política (no sometida a revisión jurisdiccional). En la British Columbia eso no aparenta ser posible, y así los municipios deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse que los planes urbanísticos son plenamente conformes a la normativa”. (Traducción libre).

<https://www.loopstranixon.com/resources/articles/negligent-building-inspections-the-latest-developments-1>. Consulta 11 de enero de 2021.

público debe canalizarse a través de la preceptiva “notice of claim”, exigible al igual que en otros ordenamientos jurídicos Common Law.

En el Derecho Canadiense, tiene esencial transcendencia esta reclamación previa o “notice of claim”, al igual que en los ordenamientos jurídicos anglosajones como forma de iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, existiendo al efecto modelos normalizados de solicitudes disponibles en las sedes electrónicas de los tribunales de justicia, todo un ejemplo de transparencia, publicidad y seguridad jurídica de la Administración canadiense, en aras a facilitar el acceso de los ciudadanos a la Administración de justicia²²². En esta línea, toda reclamación de un particular contra un municipio causante de un daño, precisa un requerimiento previo por escrito, interpuesto en el registro del causante de los daños, en el plazo establecido (si se tratase de deficiencias existentes en la vía pública) dentro de los 15 días siguientes al acaecimiento del accidente. En cualquier caso, debe preceptivamente interponerse antes de los 6 meses desde el acaecimiento del accidente.

Como peculiaridad, existe un procedimiento específico para reclamar los daños de escasa cuantía, que exige también la reclamación previa, pero muy simplificado para dar agilidad a la tramitación de las mismas las cuales suponen el mayor volumen de todas las interpuestas ante las entidades locales de manera que, si lo que se reclaman son daños inferiores a 15.000 dólares, la tramitación se incoaría ante el tribunal de reclamaciones menores (Small Claims Court); Si se reclama una cantidad mayor, el caso será decidido por un tribunal superior (Suprem Court). Este procedimiento guarda similitud con la tramitación simplificada del procedimiento de responsabilidad patrimonial español recogida en el art. 96.4 de la LPACAP, al que podrá reconducirse todo procedimiento incoado en el supuesto de que la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público, el daño sufrido y su valoración sea evidente, tramitación simplificada que, como principal característica implica una reducción de los plazos de alegaciones y de resolución, a fin de que el

²²² “*Guidebooks for representing yourself in Supreme Court Civil Matters. Starting an Action by Notice of Civil Claim*”.

<https://www.supremecourtbc.ca/sites/default/files/web/Starting-an-Action-by-Notice-of-Civil-Claim.pdf>

ciudadano obtenga con prontitud el resarcimiento del daño causado por la actuación administrativa.

Esa reclamación debe interponerse el plazo establecido de prescripción en cada ámbito concreto de actuación (dos años en el caso de accidentes de tráfico). El contenido de la “*notice of civil claim*” conforme el ordenamiento jurídico canadiense es el siguiente: El escrito debe preceptivamente contener una relación de los hechos que derivan en la reclamación, datos del demandante, y un resumen de los fundamentos jurídicos de la misma. En el caso de demandas frente a municipios se debe depositar la misma en la oficina de registro del municipio.

Una peculiaridad del sistema jurídico del Common Law, es la utilización desde un primer momento de fórmulas alternativas de resolución de conflictos, de esta manera en el Derecho canadiense ya en esa “*notice of claim*”, el reclamante puede acogerse a una fórmula alternativa de resolución de conflictos, partiendo de la premisa que la mayoría de reclamaciones en materia de daños finalizan con un acuerdo de esta manera, las partes podrá acogerse a una negociación (intentando un acuerdo directamente con la otra parte implicada), un arbitraje o una mediación.

- Especificidad del caso de Ontario, Canadá:

En Ontario, en caso de caídas en la vía pública debe demandarse al municipio en base a la normativa, denominada “*Municipal Act, 2001*”²²³, en virtud de la cual, los municipios tienen el deber para con los peatones de garantizar el tránsito seguro por los bienes de su propiedad. Dentro de esta categoría se incluyen edificios, parques, aceras, caminos peatonales y también carreteras y aceras frecuentadas por los peatones²²⁴. La reclamación debe interponerse por escrito en el plazo de diez días desde que ocurra el suceso ante el órgano competente, debiendo plantearse la demanda en el plazo de dos años desde la fecha del accidente. Generalmente, puede demandarse a un municipio en aquellos supuestos en los que las propiedades públicas son inseguras para los peatones, estableciéndose en su normativa “*Occupiers Liability Act*” una presunción de responsabilidad objetiva, respecto de daños producidos en

²²³ Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25.

²²⁴ Occupiers’ Liability Act; R.S.O. 1990. Chapter O.2

inmuebles de titularidad municipal gestionados por el municipio o que estén bajo su jurisdicción como son las vías públicas y las aceras.

Así, se consagra la obligación de indemnizar por las caídas sufridas en las aceras que generen una situación de inseguridad, entendiendo como tal: *“Las aceras heladas y resbaladizas, aquellos caminos, carreteras o aceras mal construidas o diseñadas, cualquier otra circunstancia donde se genere a los peatones un riesgo. También se presume esa situación de riesgo derivada de la existencia de materiales de construcción (de una obra pública) en la calzada, susceptibles de provocar una caída, defectos en elementos como ascensores en edificios públicos que puedan producir un riesgo, fallos eléctricos o en las tuberías de abastecimiento que produzcan daños...etc.”*. En idéntica línea, se admite la responsabilidad pública en casos de daños causado por una empresa contratista municipal (pese a que, en este supuesto, se deba interponer la reclamación y la demanda frente a ambos, Administración y empresa contratista).

- Australia y Nueva Zelanda: la “notice of claim” como excepción a la inmunidad soberana.

Al igual que en el resto de países de tradición británica, el punto de partida de las reclamaciones de daños frente a entes públicos es la inmunidad de la Corona. De hecho, ese principio tiene aquí todavía enorme transcendencia, reflejándose ello en la imposibilidad de demandar al municipio por los daños personales sufridos como consecuencia de un accidente de carretera ocasionado por un defectuoso mantenimiento de la vía pública, aunque sí se reconoce el derecho a repercutir en la Administración los daños materiales soportados como consecuencia del mismo. A mayor abundamiento, en Nueva Zelanda las autoridades públicas son inmunes a reclamaciones de daños causados por negligencia o fallos en la construcción, mantenimiento y reparación de una carretera. El origen de esta doctrina se encuentra en el conocido asunto *“Hocking v. Attorney General”*²²⁵, en cuya fundamentación jurídica el juez concluyó lo siguiente: *“Mientras que la autoridad de carreteras es inmune de una demanda de responsabilidad planteada por los usuarios de una autopista que resulten dañados por el deficiente mantenimiento de la misma que derive en un defectuoso estado de conservación de aquella, mientras adopte una mera*

²²⁵ *“Hocking v. Attorney General”* (1963) NZLR 513, 532. (Traducción libre).

posición pasiva, una vez decide reconstruir o reparar la misma, está sujeto como el resto de los ciudadanos (a responsabilidad) por vulnerar su deber de realizar esas tareas con especial cuidado”.

Por otro lado, históricamente, Australia también tienen una concepción similar, de la inmunidad al del resto de los países de tradición anglosajona, aunque la interpretación estricta de la misma se ha moderado mucho. Muestra de dicha evolución es el asunto resuelto por la Corte Suprema australiana en mayo de 2001, denominado “*Brodie v. Sigleton Shire Council*”²²⁶, a medio del cual la Corte Suprema de Australia, suprimió la inmunidad del municipio en un caso de un conductor de camión que reclamaba los daños causados por la existencia de un defecto en el pavimento de un puente que ocasionó el colapso del mismo cuando transitaba sobre éste. Pese a que el municipio se acogió al principio de inmunidad y además, invocó un defecto en el diseño del mismo para intentar esquivar su responsabilidad, la Corte Suprema determinó la responsabilidad del municipio y sus autoridades sometiéndolas a los principios básicos de la responsabilidad por culpa o negligencia, estableciendo lo siguiente “*Cuando la causa del accidente es el mal estado de la carretera, independientemente de que sea motivado por su diseño o construcción, debe establecerse la responsabilidad de la autoridad que tenía facultades de prevenir el riesgo, pues estaba obligada a adoptar con suficiente antelación las medidas razonables y adecuadas mediante el ejercicio de su autoridad para prevenir el riesgo”.*

En Nueva Zelanda, para poder demandar a un municipio es preciso en primer lugar cumplimentar una reclamación (“*claim*”). En la mayoría de los municipios (v. Auckland) es preceptivo el planteamiento de la misma a través de formularios normalizados en los portales web municipales²²⁷. Por ejemplo, en el citado municipio

²²⁶“*Brodie v. Sigleto Shire Council*” (2001) 180 ALR 145.

²²⁷ En el portal web, del Municipio de Auckland se especifican los requisitos básicos para presentar una reclamación de daños con el siguiente textual : “*For all other requests or enquiries, report the issue through the Council website or use our website search to find information about the specific issue. Report the issue to Council or contact Council by phone if the issue which caused the injury or damage is dangerous or requires repair (...). If you believe a Council tree has caused damage to your drain, you need to supply a plumber's report outlining the exact location and extent of the damage, owner of the pipe, previous relevant history of blockages, type of tree if known, the position of the Council tree and other vegetation in relation to the area of blockage, condition and type of construction of the drain, reasons you believe Council has contributed to the blockage, and photographic evidence”.* (Traducción libre).

de Auckland, en un ejercicio de transparencia, agilidad, y con efectos de facilitar el acceso de los ciudadanos a las reclamaciones de daños a entes públicos, se informaba de los requisitos necesarios de la siguiente manera: *“Si usted considera que un árbol municipal ha causado un daño a sus tuberías necesita acompañar su reclamación de un informe de un técnico en la materia señalando la localización exacta y la extensión del daño, propietario de la tubería, si existen antecedentes de obstrucciones previas de tuberías, en el caso de daños producidos por árboles municipales en esa tubería, es preciso referir el tipo de árbol que ha producido el daño, posición del mismo resto de vegetación circundante, razones por las que se considera que es responsabilidad municipal, acompañando la reclamación de las fotografías necesarias. El proceso de investigación de responsabilidad puede durar de 6 a 8 semanas al final de las cuales se determinará si el municipio es o no responsable”*.

Así, resulta apreciable con carácter general que, en muchos países del sistema Common Law, las entidades locales por medio de las distintas páginas web municipales informan en “lenguaje accesible” al ciudadano medio, de los requisitos para presentar una reclamación de daños contra un ente público, agente o autoridad, canalizando además fórmulas para la solución no litigiosa de conflictos, como la mediación, en aras a evitar el gasto que implica acudir a los tribunales de justicia, arbitrando procedimientos específicos y simplificados para las reclamaciones de escasa cuantía económica, estableciendo paralelamente, modelos normalizados de solicitudes en reclamación de escasa cuantía, y así evitar el coste económico aparejado a la contratación de asistencia jurídica especializada.

Todos estos son quizás aspectos en los que el ordenamiento jurídico español en materia de daños causados por entes público es susceptible de mejorar, en cuanto a que, en dicho ámbito, las normas en la materia están contenidas en estas dos leyes (LPAP, en cuanto al procedimiento de responsabilidad patrimonial y LRJAP, en lo relativo a su régimen jurídico y principios inspiradores de la misma), de compleja redacción, y no accesibles al ciudadano medio, algo que en absoluto encaja con la condición atribuida a los entes locales españoles de Administración más cercana al ciudadano.

6. La incorporación de la mediación a la responsabilidad patrimonial.

Uno de los ámbitos jurídicos en los que se ha apreciado el influjo de los ordenamientos jurídicos anglosajones en el Derecho español, es en la introducción de la figura de la mediación como fórmula de finalización de controversias dotada de una larga tradición jurídica en los países bajo el amparo del Common Law. El Reino Unido ha sido el pionero en la introducción de la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, prueba de ello es que “*The Small Claims mediation service in England and Wales*” o “*El Servicio de mediación de para pequeñas reclamaciones de Inglaterra y Gales*” recibió un 94,4% de aceptación favorable por los usuarios del servicio²²⁸ y es muy habitual que gran parte de los litigios finalicen en una mediación donde las partes obtengan satisfacción de sus controversias sin intervención judicial. En Canadá, una gran parte de las reclamaciones presentadas por los ciudadanos terminan con un acuerdo extrajudicial o “*settle*”, obtenido acudiendo a un método extrajudicial de conflictos (arbitraje, mediación o conciliación) con el fin de evitar a los particulares, la dilación en el tiempo y el gasto que implica el recurrir a los tribunales de justicia para la solución de este tipo de controversias jurídicas. Existen además materias en las cuales la mediación es obligatoria, así en Canadá existe un programa específicamente designado al efecto, denominado “*Mandatory Mediation Program*” cuya finalidad es ayudar a las partes envueltas en un proceso civil a llegar a un acuerdo respecto de sus controversias a fin de alcanzar una solución pactada antes de comenzar un litigio. En EEUU la Ley ADRA²²⁹ instauró la obligatoriedad de procedimientos similares a la conciliación y el arbitraje para todas las agencias federales (“*mini-trial*”, “*fact-finding*”, “*convening facilitating*”, “*summary jury*”).

²²⁸ Estadísticas 2007-2011; Safer Communities Directorate, Schottish Government, “*An International Evidence Review of Mediation in Civil Justice*”. Crime and Justice. Social An International Evidence Review of Mediation in Civil Justice”. Research.<https://www.gov.scot/publications/international-evidence-review-mediation-civil-justice/> (Traducción libre).

²²⁹ Administrative Dispute Resolution Act, 1.990.

trial”) tal y como detallan ARANA, ORTEGA, NAVARRO²³⁰ que puntualizan que, en el ámbito continental, este tipo de propuestas han tenido un menor impacto²³¹.

En España el art. 77.1 LJCA 29/98 permite que el juez “(...) *formalice la transacción administrativa para poner fin a la controversia cuando el juicio que se promueve verse sobre materias susceptibles de transacción y, en especial, sobre estimación de cantidad*”. En la misma línea se prevé la posibilidad de finalización convencional del procedimiento administrativo en el artículo 86 de la LRJPAC, siempre que los acuerdos que se adopten “*no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado*”, y por otra parte, el artículo 112.2 de la LRJPAC, prevé la sustitución del recurso de alzada por otros procedimientos de control de la actividad administrativa “*(...) en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique*”. En dichos casos, la resolución de conflictos se llevará a cabo “*por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones*

²³⁰ ARANA E., ORTEGA NAVARRO A.: “La solución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. Especial referencia al arbitraje” En el vol Col. “*Tratado de mediación en la resolución de conflictos*” dirigido por OROZCO PARDO.G; MORENEO J.L Editorial Tecnos, 2015 .Refieren los autores que: “*Dicha Ley 5/2012 expresamente excluye de su ámbito de aplicación la mediación con las Administraciones Públicas [art. 2.2.b)], si bien le reconoce expresamente el carácter de mediadoras a estas Administraciones en asuntos de su competencia (art. 5.3), como puede ser, por ejemplo, la tutela ambiental o cualquier otra materia donde interceda el interés general. Un ejemplo de mediación en el Derecho administrativo lo encontramos en el artículo 49 de la Ley catalana de 24/2009, de 23 de diciembre, del Sindic de Greuges, que establece que dicho organismo «puede proponer a las administraciones, organismos, empresas y personas que son objeto de un procedimiento de investigación y a las personas afectadas fórmulas de conciliación, de mediación o de composición de controversias que faciliten la resolución del procedimiento. Es igualmente habitual la firma de convenios entre organismos públicos y privados que tienen como finalidad realizar los estudios precisos y conseguir las pruebas necesarias con carácter previo a la mediación intrajudicial en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con ello se pretende acercar las posiciones de las partes a la finalidad de alcanzar un acuerdo que responda a las expectativas de ambos lados dentro de la legalidad administrativa. Así, por ejemplo, trabaja el Instituto Europeo de Mediación y Ética Pública, mediante la elaboración de Protocolos de actuación o la creación de Grupos de Trabajo y de Comités de Seguimiento que actúan en el marco de estos Convenios*”.

²³¹ No obstante lo cual en algunos países de la Europa continental ya hace tiempo que se habían realizado intentos de introducir la mediación en el ámbito administrativo, muestra de ello es la publicación del Conseil d’État francés de 4 de febrero de 1993 “*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*” la cual abogaba por la introducción de la mediación administrativa como medio para reducir la litigiosidad en la materia.

jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo”.

En esta línea y, conforme refieren los profesores, ARANA, ORTEGA y NAVARRO, el control de la Administración está en entredicho, por la dificultad de ejecutar con prontitud las decisiones judiciales y de asegurar la eficacia del proceso: *”En este contexto surge, precisamente, la necesidad de prestar atención y analizar mecanismos de resolución de conflictos extrajudiciales, como pueden ser, fundamentalmente, el arbitraje y la mediación, que tan buenos resultados ofrecen en el ámbito privado pero que, en el ámbito administrativo presentan bastantes dificultades, por cuanto pudiera pensarse que los intereses públicos que deben defenderse desde lo público no deberían ser objeto de transacción o negociación alguna. Dicha agilidad y eficacia en la resolución de conflictos también debería verse como un interés público a defender y proteger (...). El Derecho público se afana en buscar nuevos mecanismos de resolución de conflictos para reducir la carga de recursos (descongestión del sistema) y facilitar la ejecución de los actos administrativos, pero no establece una regulación integrada al respecto. Si bien el carácter potestativo de estas fórmulas y la vigencia del sistema de recursos hace que todavía sean una alternativa de escaso relieve en el ámbito del Derecho administrativo, su proyección es cada vez mayor”.*

En estos momentos, la mediación está dotada de una regulación y de un profundo impulso a nivel europeo²³² de hecho, el Consejo de Europa publicó ya en septiembre de 2001 una Recomendación con destino a los Estados Miembros para promover la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos entre la Administración Pública y los administrados, distinguiendo varios tipos: *“internal reviews”, “conciliation”, “mediation”, “arbitration”, y “negotiated settlement”,* en su traducción: *“evaluaciones internas”, “conciliación”, “arbitraje”, y “acuerdo negociado”.* El más importante de ellos es, definitivamente, la mediación tal y como

²³² A nivel Europeo, debemos mencionar, la Recomendación 1/1998, del Consejo de Europa sobre mediación familiar, el Rgto. (CE) 2201/2003 sobre responsabilidad parental y su guía de buenas prácticas -EDL 2003/163324-, la Dir 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles -EDL 2008/48365-, la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Dir 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 -EDL 2008/48365-, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

señala el profesor, MASUCCI²³³. En Reino Unido existe, al igual que en resto de países europeos un debate sobre si la mediación puede ser aplicada en el ámbito del Derecho público²³⁴. Puntualiza el profesor que, no obstante, (en Reino Unido) “(...) la posibilidad de recurrir al procedimiento de mediación también en los litigios entre la Administración Pública y el ciudadano ha sido afirmada con autoridad por el Juez Woolf en la famosa sentencia “Cowl (Frank) v. Plymouth City Council”²³⁵. Esta posición favorable a la utilización de la mediación también para los litigios entre Administración Pública y ciudadano expresada en la Sentencia Cowl ha sido posteriormente asumida en el Government’s Pledge de 2001 para la promoción y difusión de los procedimientos referidos a los ADR (Alternative Dispute Resolutions) en el seno de todos los Government Departments y Agencias”.

Actualmente, la mediación es completamente operativa y exitosa en todos los países anglosajones también en el ámbito del Derecho público, no sólo en Inglaterra, sino también en EEUU, donde, valga por ejemplo en el Estado de Nueva York, cuyo Estatuto propio recoge la posibilidad de que una vez cumplimentada la reclamación intervenga un mediador denominado “*claim adjuster*”. El mediador o “*claim adjuster*” puede ser directamente contratado por el ente público, las partes, o incluso puede prestar servicio para las propias compañías aseguradoras de riesgos. En cualquier caso, la finalidad de esta figura es llevar el peso de las negociaciones y acuerdos necesarios entre las partes para evitar un procedimiento judicial, logrando un acuerdo satisfactorio para ambas. En Canadá tiene también larga tradición la figura de la mediación o arbitraje incluso en el ámbito del Derecho público, de manera ante

²³³ MASUCCI, A.: “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”. *Revista de Administración Pública*, número 178, Madrid, enero-abril, 2009, pp. 9-35. Refiere el profesor: “En lo que se refiere a Reino Unido, no hay duda que el empleo de los ADR en el Derecho Público Inglés encuentra mayores límites de los previstos en otras áreas del mismo Derecho. Muchos límites son, sin embargo, de naturaleza cultural. En todo caso, se establece que mientras la mediación no es admisible para resolver conflictos en cuestiones de Derecho para decidir cuestiones de Derechos y libertades civiles, para resolver cuestiones de abuso de poder administrativo o valoraciones de interés público, es, sin embargo, totalmente admisible para encontrar una solución a conflictos de Derecho Público para los cuales no fuera adecuada una rígida aplicación de las normas o cuando se trata de resolver cuestiones fácticas complejas”. (Traducción libre).

²³⁴ SUPPERSTONE, Q.C. y STILITZ, D, SHELDON, C.: *ADR and Public Law*, Public Law, 2006, p 299. “No public body can enter into a compromise agreement which is ultravires its powers. That is a legal fact of life” en su traducción, “Ningún ente público puede llegar a un acuerdo que vaya más lejos de sus propias potestades, esto es un principio jurídico de la vida”. (Traducción libre).

²³⁵ BOYRON S.: *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*. Public Law, vol. 2, Birmingham, 2006.

una reclamación planteada por un ciudadano como consecuencia de la actuación de un ente local, puede solicitarse por éste de manera voluntaria el recurso a la mediación, solicitud que formalizará en la propia reclamación previa presentada ante el órgano administrativo competente. En Canadá los métodos alternativos de resolución de conflicto (ADR) han llegado a tener tanta importancia que una gran parte de las reclamaciones presentadas por los ciudadanos terminan con un acuerdo extrajudicial o “*settle*” con el fin de evitar a los particulares, la dilación en el tiempo y el gasto que implica el acudir a los tribunales de justicia para la solución de este tipo de controversias jurídicas.

Pese a la mediación voluntaria, anteriormente referida, en otros ámbitos, materias y cuantías la mediación en Canadá es obligatoria, en este sentido existe un programa específicamente designado al efecto, denominado “*Mandatory Mediation Program*” cuya finalidad es ayudar a las partes envueltas en un proceso civil a llegar a un acuerdo respecto de sus casos a fin de que lleguen a una solución pactada antes de comenzar un litigio, en tanto que ello les puede suponer de ahorro en tiempo y en dinero²³⁶, de este modo, al igual que ocurre con la mediación en España, bajo, el “*Mandatory Mediation Program*”, los casos se desvían a una mediación en una primera etapa procesal para dar a las partes la oportunidad de discutir las materias en disputa. Con la ayuda de un mediador, las partes exploran opciones de acuerdo para evitar el juicio.

A nivel interno, en España también la mediación en los últimos años ha tenido un decidido impulso, aunque desde un punto de vista normativo todavía limitado a las materias civiles y mercantiles²³⁷, sin perjuicio de que algunos autores²³⁸, hayan abogado por la introducción de la mediación administrativa, como método alternativo

²³⁶ R.R.O. 1990, Reg. 194; Rules of Civil Procedure (Ontario).Rule 24.1

²³⁷ A nivel nacional, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y el Real Decreto 980/2013, de 7 mayo, por la que desarrollan determinados aspectos de la L 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

²³⁸ Entre otros BARRACHINA ANDRES, A, y SALA SÁNCHEZ, P., este último en su artículo “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo” *Diario La Ley*, N° 9632, Sección *Doctrina*, 14 de Mayo de 2020, Wolters Kluwer. Artículo doctrinal donde refiere que: “*La mediación debe afrontarse no como un sistema alternativo al judicial para la resolución de controversias, sino como complemento de éste y, por tanto, integrado en la tutela judicial efectiva. El contenido en la Guía para Práctica de la Mediación Intrajudicial del Consejo del Poder Judicial, versión de 7 de noviembre de 2016, constituye el nervio de este estudio que, con la crisis sanitaria y económica causada por el COVID-19, puede ser de gran utilidad para superar la saturación y desbordamiento de asuntos en los Tribunales*”. Reconoce además por otra parte, uno de los ámbitos susceptibles de mediación es “(…) en el ámbito material: a) en la fijación de la cuantía de indemnizaciones”.

de la resolución de conflictos, para evitar la altísima litigiosidad que, en esta materia de daños hay en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Es innegable que la Administración está sometida al principio de legalidad por mor del art. 103 de la C.E., y por ello hay múltiples materias no susceptibles de transacción, pero también hay una coincidencia en la doctrina en que, precisamente, una de las pocas materias “mediables” en el ámbito de Derecho público, es la responsabilidad patrimonial administrativa. La propia LRJAPAC prevé la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la existencia de responsabilidad y cuantía de las indemnizaciones, por ello, con independencia de que la mediación esté introducida en el ámbito de la jurisdicción civil (materia de Derecho de familia) por la Ley de Enjuiciamiento Civil²³⁹, lo cierto es que está en trámite un anteproyecto de Ley de Mediación que pretende importarla a otras ramas del Derecho como es la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

7. Impulso de la mediación administrativa en España por el Consejo General del Poder Judicial.

En este sentido, el propio Consejo General del Poder Judicial en España, ha incentivado de forma decidida la mediación, mediante la formalización de convenios con las distintas Consejerías de Justicia de muchas Comunidades Autónomas así como la realización de distintos proyectos destinados a fomentar la misma en todos los órdenes jurisdiccionales²⁴⁰, incluyendo también el ámbito contencioso-administrativo, de manera que, gracias al impulso del mismo, a fecha actual ya se han realizado diferentes “programas pilotos”²⁴¹ en algunas CCAA, sobre la introducción de la mediación en esa especialidad jurisdiccional tal y como se explica y detalla en

²³⁹ Modificación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a que se refiere la Disposición Final Tercera de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

²⁴⁰ Ver “*Convenio de Colaboración para la promoción de la mediación entre el Consejo General del Principado de Asturias*” de 27 de abril de 2015, prorrogado durante otros dos años por acuerdo de la Comisión permanente del CGPJ con efectos de 27 de abril de 2019.

²⁴¹ “*Plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa*”, que se han ido probando en diversas jurisdicciones, el primero, en Canarias como consecuencia del acuerdo del Pleno del CGPJ el 26 de junio de 2011; Convenio Marco suscrito entre la fundación Valsain y el CGPJ para desarrollar el referido Plan en las Islas Canarias, de 30 de abril de 2011; Protocolo de derivación a mediación en el ámbito contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 2014; «Proyecto Piloto de Mediación Contencioso-Administrativa», suscrito entre la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, el CGPJ y el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

el propio portal Web²⁴² del Consejo General del Poder Judicial puntualizando lo siguiente al respecto:

“La mediación es, sin duda, el sistema alternativo de solución de conflictos más conocido. La mediación puede definirse como un modelo de solución de conflictos mediante el que, mediante la intervención de un “tercero” neutral e imparcial, ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a confrontar sus visiones y a encontrar soluciones para resolver aquéllas. Desde esta reflexión el Consejo General del Poder Judicial se ha sentido concernido y apostó desde 2005 por apoyar y auspiciar varias líneas de trabajo, de apoyo activo a la mediación en diferentes ámbitos. La línea de trabajo se ha consolidado en el ámbito familiar y en el orden penal, y se ha ido ampliando a la mediación civil, social y contencioso-administrativa”.

Toda vez que la Administración está sometida al principio de legalidad por mor del art. 103 de la Constitución Española de 1.978, existen múltiples materias no susceptibles de transacción, pero también hay una coincidencia en la doctrina de que, precisamente, uno de las pocas materias “mediables” en el ámbito de Derecho público es la responsabilidad patrimonial administrativa. La propia Ley 39/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, abre la puerta a dicha posibilidad, en su artículo 86.5²⁴³ admitiendo la adopción de un “acuerdo en vía administrativa entre las partes” en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial²⁴⁴. Ciertamente, los litigios en materia de responsabilidad patrimonial son los que más se prestan a ser objeto de mediación, pues en no pocas ocasiones, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño causado es evidente, y lo único que quedaría por decidir es el quantum indemnizatorio, que, conforme al acuerdo de mediación alcanzado, quedaría fijado por un mediador por acuerdo de ambas partes. En cualquier

²⁴² <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/>. Consulta 21 de marzo 2021.

²⁴³ “En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”.

²⁴⁴ BARRACHINA, ANDRÉS, A. “La ejecución de los acuerdos de mediación Contencioso-Administrativa.” *Derecho Administrativo 2.021*. Tirant lo blanch. -162-9, págs. 62-79. Refiere la autora que: “Las potestades exorbitantes de la Administración hacen difícil concebir la mediación con la misma, pues las citadas potestades coercitivas y ejecutorias hacen difícil concebir que aquella se avenga a aceptar una mediación, realizada por un tercero, y menos que el acuerdo adoptado en el seno de la misma pueda tener eficacia dentro del seno de la organización administrativa, pero siendo cierto que no existe una normativa que aborde la mediación en dicho ámbito al contrario de la del ámbito civil y mercantil recogida en la Ley 5/2012, de Mediación de asuntos civiles y mercantiles”.

caso, nada impediría que, de lograrse la implantación definitiva de la mediación en dicho ámbito pudiese extenderse a otros susceptibles de terminación convencional.

Esta figura de la mediación nos viene importada directamente no sólo de Reino Unido, como anteriormente se ha referido, sino también de otros ordenamientos jurídicos anglosajones, resultando que, por ejemplo, en los Estados Unidos entre finales de los años 60 y principios de los 70 se configuró la mediación como una respuesta a la demanda social sobre fórmulas alternativas de resolución de conflictos que permitiesen a los particulares ahorrarse el tiempo y los gastos de un proceso judicial. Vemos por tanto que, la influencia del ordenamiento jurídico anglosajón está teniendo un peso definitivo en implantar esas fórmulas alternativas de solución de conflictos, sobre todo en los últimos años e incluso en el ámbito de la JCA. Prueba de la implantación en ésta materia es que, actualmente existen los siguientes órganos jurisdiccionales habilitados para impartir mediación contencioso-administrativa. Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Valencia, Alicante, Las Palmas, Murcia, Barcelona, Burgos y Valladolid. De hecho, existen dos autos judiciales, que simbolizan como una realidad cercana la implantación de la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, sin que ello implique desproveer a la Administración de sus tradicionales potestades públicas.

El primero de ellos, el Auto del Juzgado de lo Contencioso número 3 de las Palmas de Gran Canaria²⁴⁵ de 7 de noviembre de 2017 por el que acogíéndose al Convenio Valsain, antes mencionado, se homologó el acuerdo de mediación adoptado

²⁴⁵ *Roj: AJCA 91/2017 de 7 de noviembre de 2.017 Celebradas las sesiones informativas y de mediación, por el mediador designado por las partes, se presentó escrito adjuntando acta final de mediación, de la que se desprende que las partes habían alcanzado un acuerdo, del tenor literal siguiente: "Primero.- Dejar sin efecto y por tanto anular el Decreto 17/2016 del Sr. Presidente del Consejo Insular de Aguas de Lanzarote, Presidente a su vez del Cabildo Insular de dicha isla, decayendo pues por satisfacción extraprocesal el recurso contencioso-administrativo 190/2016, que se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Las Palmas de Gran Canaria, con la particularidad de que será el Consorcio de Aguas de Lanzarote el ente que lleve a cabo el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas en la urbanización Montaña Roja, con la asunción por Club Lanzarote, S.A. de las obligaciones que se detallan a continuación (...) La entidad CLUB LANZAROTE S.A. será la responsable del mantenimiento y gestión de la desaladora, la red y la depuradora de la urbanización de Montaña Roja." La entidad CLUB LANZAROTE S.A. será la responsable de realizar los enganches y acometidas a la red correspondiendo el 50% de lo facturado al Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote. La entidad CLUB LANZAROTE S.A. se obliga a asegurar una producción mínima en m3 de agua equivalente al consumo del Plan Parcial Montaña Roja, debiendo realizar, en su caso, las inversiones y ampliaciones necesarias para ello, para lo que el cual se compromete a autorizar cuantas ampliaciones sean pertinentes a tal fin. La entidad CLUB LANZAROTE S.A. se obliga al riesgo de las zonas verdes y del futuro campo de golf con la producción de agua regenerada (...)"*

entre las partes del proceso para la ejecución de una sentencia en materia de dominio público, siendo éste algo pionero en que en una materia tan compleja en que la Administración ejerce sus potestades administrativas (potestad de recuperación de oficio de los bienes), inherentes a esta cuestión, las partes (entre ellas una Administración), consigan lograr un acuerdo por vía de mediación satisfactorio para ambas partes. Refiere el citado Auto que: “*PRIMERO. - Según la Base 14 del Proyecto de Mediación, si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez dictará Auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros, circunstancias que no concurren en este caso*”.

Por otra parte, el Auto de 8 de febrero de 2019 del TSJG²⁴⁶, con carácter novedoso, reconoce eficacia jurídica a un acuerdo de mediación entre las partes (Ayuntamiento de la Coruña y recurrentes) para evitar la demolición de un edificio de viviendas cuya licencia de construcción había sido declarada ilegal por Sentencia judicial firme (con la penosa consecuencia de implicar la pérdida de las viviendas de 87 familias las cuales llevaban residiendo en el mismo desde hacía más de 20 años). En ejecución de sentencia las partes acordaron acudir a una mediación, homologándose el acuerdo adoptado entre las partes por la Sala de lo Contencioso del TSJG en los términos establecidos en el artículo 77.3 de la LRJCA, y acordándose en consecuencia, el archivo del procedimiento 6937/1997 por haberse alcanzado un acuerdo que pone fin al mismo, sin condena en costas a ninguna de las partes²⁴⁷. Dicha

²⁴⁶ ATSJ GAL 3/2019.

²⁴⁷ “*Acuerdo convenido entre el Ayuntamiento de A Coruña y la parte recurrente - Dña. Justa y su esposo D. Jorge -, dicho acuerdo puede resumirse en los siguientes términos: Reconocimiento público por parte del Ayuntamiento de A Coruña de la responsabilidad de dicha corporación municipal respecto de la anulación de la licencia correspondiente a la rehabilitación del Antiguo Edificio de Fenosa. Adopción de un Protocolo de Buenas Prácticas urbanísticas por parte del Ayuntamiento de A Coruña, cuya finalidad consiste en evitar que un caso como el Antiguo Edificio de Fenosa se vuelva a producir. Construcción de un edificio de viviendas de protección oficial por parte del Ayuntamiento de A Coruña. Indemnización de los daños personales de índole moral causados a la parte recurrente. Renuncia de acciones por el Ayuntamiento de A Coruña. Indemnización de los daños personales de índole moral causados a la parte recurrente. Renuncia de acciones por la parte recurrente. Acuerdo convenido entre el Ayuntamiento de A Coruña y la Comunidad de Propietarios del Antiguo EDIFICIO, puede resumirse en los siguientes términos: Sustitución de la ejecución in natura de la Sentencia, evitándose el derribo del edificio del Antiguo Edificio de Fenosa. Reconocimiento público por parte del Ayuntamiento de A Coruña de la responsabilidad de dicha corporación municipal respecto de la anulación de la licencia correspondiente a la rehabilitación del Antiguo Edificio de Fenosa (...)*”.

homologación dio por primera vez eficacia jurídica a un acuerdo mediador consistente en la sustitución de la obligación de demoler un edificio, por indemnizaciones concedidas por un Ayuntamiento a las partes afectadas, y la paralela renuncia de éstas al ejercicio de acciones. No cabe duda de que tal acuerdo supuso algo pionero en nuestra doctrina en lo que se refiere a la aplicación práctica y exitosa de la mediación intrajudicial administrativa. Son muy interesantes los argumentos de la ST del TSJG²⁴⁸ para dar cabida a la mediación intrajudicial administrativa y contencioso-administrativa con los siguientes términos: “*La mediación administrativa como sistema alternativo de resolución de conflictos encuentra encaje en nuestra Constitución como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 10.1 CE). En este sentido no existe precepto que se oponga a la mediación, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 117 CE (...)*”.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: PRINCIPIOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

En otro orden de cosas, las normas de valoración de la prueba son esenciales en uno y otro ordenamiento jurídico, de esta manera, no sólo es importante la acreditación del hecho en sí mismo para determinar la existencia del nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público con el daño sufrido por el particular, sino también, cuáles son las reglas aplicables, en uno y otro sistema jurídico, a efectos de valoración de la prueba.

Hay que señalar que, el punto de partida de las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos continentales es el sistema “inquisitorial” de valoración de la prueba, el cual es empleado en la mayoría de las jurisdicciones de los diferentes países

²⁴⁸ Se invocan como antecedentes doctrinales en el citado Auto los siguientes “*el proceso de mediación que resuelve el contencioso denominado "asunto Decathlon" entre el Ayuntamiento de Telde y particulares, por ocupación de terrenos de estos, también en ejecución de sentencia, que se resuelve en una indemnización a favor de estos, homologado por Auto de la misma sentencia la 31/7/2015, del Juzgado de lo contencioso Administrativo número 3 de las Palmas de Gran Canaria. O el conocido como asunto "Club Lanzarote" que, igualmente con el instituto de la mediación intrajudicial resuelve el contencioso con el Consejo Insular Aguas de Lanzarote, acuerdo de mediación homologado por auto del mismo Juzgado número 3 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 7/11/17. Y, más aún, el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias - sede Las Palmas- de fecha 21/4/2016 (recurso de apelación 104/15, precedente del procedimiento ordinario ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4”.*

de la Europa continental, pudiendo definirse por comparación con el sistema denominado “adversarial” (“*adversarial system*”) utilizado en los sistemas jurídicos de tradición anglosajona, y concretamente, en los Estados Unidos y Gran Bretaña. Aunque esta distinción tiene especial transcendencia en el ámbito del Derecho penal, impregna todos los ámbitos jurídicos en los que tiene realizarse por un tribunal la valoración de la prueba presentada, como es en el ámbito de las demandas de daños (“*torts*”). En el sistema adversarial, dos o más partes enfrentadas buscan pruebas y las presentan con sus argumentos al juez o jurado que desconoce todos los elementos del asunto objeto de enjuiciamiento, hasta que las partes presentan sus casos en el seno del procedimiento judicial. En este modelo jurídico, el sistema prevé que el juez o jurado lleguen a una decisión después de que cada parte en la disputa presente sus argumentos y pruebas, siendo éste, la tercera parte neutral, que determina los hechos y aplica las normas, clarificando ambas posturas.

Por el contrario, en el sistema inquisitorial continental, el juez no es un pasivo receptor de la información que aportan las partes, es el responsable de supervisar y buscar la evidencia necesaria y de preguntar a los testigos, (no es poco frecuente que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, los jueces asuman un papel activo, formulando preguntas a testigos y peritos del procedimiento, a fin de obtener un conocimiento directo de las circunstancias del evento dañoso), en este sentido, los abogados juegan un papel diferente del que adoptan en el sistema anglosajón, sugiriendo posibles líneas de interrogatorio, proponiendo testigos etc. y por supuesto, asumiendo la dirección del interrogatorio de aquellos, pero en definitiva, en el sistema inquisitorial se valora más la ganancia de la comunidad en su conjunto, el juez lleva el control del procedimiento, y todos los operadores jurídicos están llamado a cooperar con la Administración de justicia con el fin relevar la verdad.

En el sistema adversarial anglosajón, se busca la verdad mediante el enfrentamiento de ambas partes, con la esperanza de que con tal enfrentamiento ésta sea revelada. El sistema adversarial pone en primer lugar los derechos del acusado, mientras que en el sistema inquisitorial, la finalidad es encontrar la verdad²⁴⁹. En la

²⁴⁹ KOPPEN V., PENROD S.D.: *Adversarial versus Inquisitorial justice: Psychological perspectives on criminal justice systems*. Springer publications, 2003. Refieren los profesores, en referencia al sistema adversarial lo siguiente: “(...) dado que, tanto los letrados de la Corona como el demandado, en el sistema adversarial tiene la libertad de presentar las pruebas que deseen en el sistema adversarial, existe la posibilidad de que la “verdad” no llegue a emerger”. (Traducción libre).

sentencia que resolvió el asunto “*R v. Whithorn*”²⁵⁰ sobre el sistema adversarial británico, se concluyó: “(...) *Un juicio no envuelve de ninguna manera la persecución de la verdad... el papel judicial el sistema se circunscribe a hacer de balance entre las partes contendientes sin tomar partido alguno en la disputa. No es un papel inquisitorial en el cual él busca por sí mismo la resolución del caso pese a las partes ...*”.

En el Derecho español igual que en el ordenamiento anglosajón tiene enorme importancia el nexo causal, así, para tener éxito en una reclamación de responsabilidad por daños personales basada en la negligencia del contrario, es fundamental que el demandante pruebe que hay una conexión causal entre el incumplimiento de deberes del demandado y el daño (una cuestión fáctica); y, además, que el daño no es demasiado remoto “too remote”, como para ser indemnizable (todo ello en relación con la previsibilidad del daño)²⁵¹. Paralelamente, en la construcción de ese nexo causal en el ordenamiento jurídico anglosajón, tienen importancia los siguientes principios:

1. Cuestiones generales. Nexos de causalidad.

Ambos sistemas jurídicos tienen un fundamento diferente, mientras que en uno, está representado por la responsabilidad objetiva toda vez que se responde por el “funcionamiento del servicio” (lo que ciertamente, no implica, una responsabilidad universal de la Administración), en el otro, el título de imputación es la culpa o negligencia en la causación del daño, impregnado en la idea de la inmunidad del municipio, basado en el tradicional principio “*King can do no wrong*”.

Cabe destacar que, precisamente, ese carácter de injusticia e insolidaridad de las indemnizaciones de responsabilidad patrimonial a abonar por los entes municipales, fue determinante de la concepción de la teoría de la “*local immunity*” en el ordenamiento de la Common Law la cual, en sus comienzos, entendió que

²⁵⁰ “*R v. Whithorn*” (1983) 152 CLR 657 per Dawson J at 682.

²⁵¹ EPSTIEN R. Y SHARKEY M.C.: “Cases and Materials on Torts” (...) *Op. cit.*, p.30. El criterio de la previsibilidad del daño es objeto de estudio por los autores a la hora de analizar un supuesto concreto donde tal criterio se aplica a la hora de resolver por la Corte competente: “Una regla de la ley de responsabilidad extracontractual es (el criterio de la previsibilidad del daño). En el asunto “*Smith v. Brain Leech & Co. Ltd*” la víctima sufrió quemaduras en sus labios por salpicaduras de metal fundido, porque el demandado, negligentemente no proporcionó una protección adecuada. Debido a exposiciones previas y de otro tipo en el pasado, había desarrollado (según el Tribunal) una tendencia al cáncer. En cualquier caso, el labio quemado acabó desarrollando un cáncer del que murió. El Tribunal reconoció que la muerte por cáncer era imprevisible y por tanto eximió de responsabilidad al demandado”. (Traducción libre).

precisamente la condena de un municipio a abonar cuantiosas indemnizaciones a un particular al que se le había causado un daño, era perjudicial para el común de los vecinos (y por tanto “insolidaria”) dado que éstos finalmente, se verían obligados con sus impuestos a hacer frente a las consecuencias económicas de dicha indemnización, esta teoría hay que contraponerla con el principio de la solidaridad que inspira el Derecho español en materia de daños y la concepción de la responsabilidad objetiva de la Administración, de manera que si del funcionamiento de los servicios públicos se deriva un daño a un particular, es la colectividad la que debe contribuir a paliar el mismo, ahora bien, ello no puede implicar, que estemos ante una responsabilidad universal o un sistema providencialista, en este sentido la STS de 6 de marzo de 1998²⁵² concluyó lo siguiente: “(...) *No cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados*”.

La necesaria acreditación del nexo causal entre el daño causado con el funcionamiento del servicio, en los supuestos de caídas en las vías públicas de los municipios, es resuelto con frecuencia por los Consejos Consultivos, valga por todos pronunciamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen de 24 de junio de 2021 sobre una caída en una calle de un municipio asturiano²⁵³.

“En definitiva, las consecuencias del accidente sufrido no resultan imputables a la Administración, ya que nos encontramos ante la concreción del riesgo general que asume cualquier persona cuando transita por la vía pública. Lo que ha de demandarse del servicio público es que no transforme, por su acción u omisión, un mínimo riesgo en peligro, o sea, un daño altamente improbable en un daño eventual, aunque no sea inminente, pero no que elimine o, en su defecto, cubra todo tipo de riesgos, porque se convertiría en un seguro universal que trasladaría a la sociedad en su conjunto la responsabilidad de cualquier manifestación dañosa de sucesos o accidentes que, aunque ocurran en un espacio público o con ocasión del uso de un

²⁵² RJ 1998\2490.

²⁵³ Dictamen 114/21, además en idéntico sentido, los Dictámenes del mismo Consejo Consultivo del Principado de Asturias, núms. 257/2019, 100/2016, y 172/2019.

servicio público, debe soportar el particular como riesgos generales de la vida individual y colectiva”.

En la misma línea, la STAN de 27 de abril de 2016²⁵⁴, añade sobre esta cuestión: “(…) *La tendencia a una objetivación propia del instituto de la responsabilidad no puede, sin embargo, llegar a concebir el servicio público como el centro de imputación automática de todo lo que acaezca en el ámbito competencial o en las instalaciones de una Administración Pública”.*

En el sistema jurídico del Common Law, el enfoque de la responsabilidad es fundamentalmente moralista, basado en el criterio de negligencia como determinante de la imputabilidad de la Administración o ente público, lo cual nos muestra sin duda el diferente punto de partida de ambos ordenamientos jurídicos, pues el encuadre en el ordenamiento jurídico español de la responsabilidad patrimonial administrativa, proviene no sólo, de la larga tradición continental europea, sino de la consolidación de esta doctrina en el artículo 106.2 de la CE.

La situación en el ordenamiento jurídico del Common Law, es sin embargo, sustancialmente diferente, en tanto se ha visto influido desde sus orígenes por el tradicional concepto de la “inmunidad soberana” directamente importado del sistema jurídico británico y basado en un sistema fundamentalmente casuístico, configurado por medio de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, que han ido evolucionando caso por caso, diferenciando aquellas situaciones en las que el estado y por ende, los municipios son inmunes y otras, respecto de las cuales no lo son. Señalado lo cual, si un elemento tiene en común ambos sistemas jurídicos, es la importancia de determinar la existencia de nexo causal, fundamental en ambos, como elemento determinante de la responsabilidad patrimonial administrativa.

Paralelamente a la jurisprudencia, en el ordenamiento anglosajón, también la normativa dictada en la materia determina la importancia de acreditación del nexo causal en cada caso concreto. En este sentido, así se refleja el ordenamiento jurídico inglés en su “*Municipal Act, 2001*”²⁵⁵ en cuyo desarrollo han sido aprobadas numerosas ordenanzas y normas internas en diferentes municipios británicos, señalando los requisitos específicos para acreditar el nexo causal en circunstancias

²⁵⁴ JUR 2016\115005.

²⁵⁵ Municipal Act, 2001, S.O.2001, c.25.

concretas; valga por todas la normativa del municipio de Windsor, en la cual, se parte de que: *“El municipio no es responsable de abonar el importe de una indemnización de daños y perjuicios que resulte de un hecho dañoso, salvo que consiga probarse que ha cometido un acto negligente o una omisión de la cual resulte un daño físico o material.. El municipio de Windsor sólo compensará (los daños) cuando sea legalmente responsable”* ²⁵⁶.

Abundando en la cuestión, y toda vez que la construcción doctrinal anglosajona se realiza caso por caso, en el ordenamiento jurídico anglosajón no es posible señalar una doctrina uniforme aplicable por igual, a todos los ámbitos de la responsabilidad patrimonial del municipio, sino que la solución varía en cada área de actividad administrativa. No cabe aplicar la misma doctrina, por ejemplo, con respecto a los daños causados por una caída en la vía pública que a los ocasionados en un centro escolar titularidad del municipio.

En este sentido, y respecto de las caídas en las vía públicas municipales del Reino Unido, el derecho a la indemnización de los ciudadanos por los daños motivados por el defectuoso mantenimiento del viario público, supone en principio una excepción a la inmunidad del estado o del municipio a las demandas en materia de daños. Es importante señalar que, con carácter general, se utilizan en el ordenamiento anglosajón como criterios indicadores de responsabilidad administrativa municipal varios que también sobradamente conocemos en el ordenamiento jurídico español (probablemente importados de éste), como son la existencia de antecedentes de caídas por idéntico motivo en la misma zona, así como precedentes de reclamaciones similares, que acrediten el conocimiento previo por el municipio del deficiente estado de la misma.

Ciertamente, en nuestro ordenamiento la existencia de antecedentes de caídas previas en un mismo punto de la calzada, también puede configurarse como un elemento determinante de la responsabilidad patrimonial administrativa municipal, como se refiere en reiterada doctrina de los tribunales de justicia españoles, valga por todas la sentencia del TSJ de Asturias de 5 de febrero de 1999 ²⁵⁷, la cual refiere:

²⁵⁶ Original: *“The City will not be held responsible to pay for your loss unless you can prove the City has committed a negligent act or omission which resulted in injury or damage. The City of Windsor only compensates when it is legally liable for the damage sustained”*.

²⁵⁷ RJCA 1999\177.

“(…) La apreciación conjunta y racional de las manifestaciones judiciales de los testigos presenciales y vecinos del lugar, que han declarado sobre el estado resbaladizo de una parte del pavimento nuevo colocado, que fue labrado en algunos puntos después de terminadas las obras por haber ocasionado la caída de algunas personas, se obtiene la inferencia de la parte demandante acerca del modo y la causa de su caída”.

En idéntico sentido, en el resto de ordenamientos jurídicos del ámbito anglosajón, la existencia de antecedentes de caídas por idéntico motivo en la misma zona, constituye un elemento determinante para la imputación de responsabilidad a la Administración²⁵⁸. Así, puede concluirse que, es un supuesto indicativo de la responsabilidad del municipio en ambos ordenamientos la acreditación de la existencia de reclamaciones previas por idéntico motivo en la zona.

Valga como ejemplo, por su similitud con muchos casos que acaecen en los municipios españoles, el caso resuelto por un tribunal australiano²⁵⁹ que ante una caída de una vecina en una senda peatonal, del municipio de Australia Botany Bay Council en Nueva Gales del Sur, el 12 de Abril de 2011, condenó al municipio causante de los mismos, por considerar que éste no había empleado la diligencia debida en reparar la senda peatonal en la cual aquella se había caído, debiendo indemnizar a la actora con una cuantiosa indemnización en concepto de daños. Constan como antecedentes de hecho del citado asunto que, en abril de 2011 una pareja estaba caminando por una senda peatonal en el municipio de Botany Bay Council, cuando la mujer tropezó y cayó en la vía pública, causándose lesiones de diversa consideración. La actora, previa desestimación de su reclamación en vía administrativa interpuso demanda, alegando que el pavimento era resbaladizo y que las baldosas no estaban correctamente alineadas, encontrándose alguna de ellas elevadas como consecuencia de aparición de raíces en la misma. Las fotografías aportadas como elemento probatorio, acreditaron el mal estado de la calzada, constando además, antecedentes de numerosas quejas formalizadas por escrito, antes de este incidente, y e-mails desde 2004 al 2010,

²⁵⁸ “*Botany Bay City Council v. Latham*” [2013] NSWCA 363 (Corte Australiana de Nueva Gales del Sur).

²⁵⁹ Web jurídica australiana, en la cual se da constancia de este asunto bajo la denominación “*87000 + Damages for a Trip Fall Public Liability Accident*”.
<https://www.gerardmaloufpartners.com.au/publications/87000-damages-for-a-trip-fall-public-liability-accident-from-an-un-even-council-footpath/>

denunciando el mal estado del pavimento en distintos sitios de Coward Street. El hecho de que hubiera habido otras caídas en ese lugar fue considerado como un hecho relevante y probatorio de la falta de cuidado (*duty of care*) empleada por el municipio y su responsabilidad en la causación de los daños.

Se desprendía de esas quejas y de las fotografías aportadas, que las deficiencias en las baldosas de la vía pública se produjeron por la existencia de raíces de los grandes árboles que rompieron la calzada y causaron las deficiencias en el pavimento, resultando tal cuestión probada mediante el informe pericial acreditativo de dicho extremo. La Sección 45 de la normativa aplicable "*Civil Liability Act*"²⁶⁰ requería pruebas de que había un conocimiento por parte del municipio del riesgo que suponía el deficiente estado de conservación de la vía. La Corte de Apelación de Nuevas Gales del Sur, consideró que el municipio era responsable por la negligencia motivada por el incumplimiento del deber de conservación y vigilancia del pavimento (*duty of care*), considerando la existencia de reclamaciones previas en el municipio de Coward Street los años anteriores por dicho motivo. Como resultado, se reconoció en sentencia a la actora la cantidad de 87.167,86 dólares, más las costas judiciales.

Es interesante el asunto antes expuesto como ejemplo de que, pese a los diferentes orígenes en la concepción de la responsabilidad administrativa entre los ordenamientos jurídicos de base anglosajona, con respecto al español de tradición continental, sin embargo en múltiples ocasiones, la solución jurídica es muy similar, dándose idéntica respuesta en reclamaciones similares. Así, ante una caída sufrida por un ciudadano en una vía pública de un municipio de Palma de Mallorca debida al desnivel de las baldosas provocado por las raíces de los árboles, el TSJ de las Islas Baleares en su sentencia de 22 de julio de 2016²⁶¹, confirmó la responsabilidad administrativa del municipio, concediendo una indemnización a la actora de 52.848,83 euros, en términos muy similares a los dispuestos por el tribunal australiano en el asunto anteriormente referido, pronunciándose en los siguientes términos: "(...) *Ello determina que el lugar donde se produce el percance es importante, porque el peatón debe circular con absoluta tranquilidad por aquellos lugares donde tiene especialmente habilitado el paso y en esos casos es de cuenta y cargo del*

²⁶⁰ Queensland, Civil Liability Act 2003.

²⁶¹ JUR 2016\195373

Ayuntamiento extremar el cuidado del firme del suelo para evitar perjuicios a los peatones. En definitiva, que esa acera presente amplitud de paso y que en determinada zona sí guardara perfecta horizontalidad, no exime a la Administración de responder por el peligro que puede provocar el desnivel del suelo que originan las raíces del árbol, que sea poco o mucho, al fin genera ese peligro que desgraciadamente, en el caso de autos ha provocado la caída de la recurrente”.

En idéntico sentido, en el ordenamiento jurídico español, la inexistencia de advertencia previa de la existencia de una situación de riesgo en una carretera, es un elemento determinante de responsabilidad administrativa, valga por todas la sentencia dictada por el TSJ de Aragón de 19 de noviembre de 2007²⁶², en la cual se dilucidaba la responsabilidad patrimonial administrativa de un municipio por un accidente sufrido por un vehículo que impactó con un obstáculo existente en la calzada. Resuelve el Tribunal aragonés lo siguiente: “(...) Resulta indudable que ante tan anómala presencia de un pequeño obstáculo en la calzada, debió hacerse una señalización correspondiente a la extraña situación, indicando con la debida antelación y relevancia la presencia del badén/resalte en mitad de la calzada transitable. Y más aún cuando de noche, al no haber indicación luminosa o iluminación alguna resultaba notorio que el conductor no iba a ver el peligro hasta estar encima de él (...)”.

En la misma línea la sentencia de la AN de 12 mayo 2004²⁶³, determina la responsabilidad de la Administración por omisión de las medidas necesarias para prevenir el daño, ante la ausencia de señal alguna de la existencia de un riesgo en la vía pública, en los siguientes términos: “(...) La Sala comparte la opinión del voto particular emitido por el Consejo de Estado y entiende que, tal y como se había realizado la construcción, se inducía a error a las personas que accedían a la playa desde el paseo, pues parecía que existían escalones, cuando lo cierto es que no era así. No existiendo señal alguna que advirtiese a los peatones del riesgo generado por la estructura y debiendo la Administración adoptar las medidas oportunas para eliminar o minimizar el riesgo, SAN (6ª) de 4 de junio de 2002 (JUR 2003, 58407)”.

²⁶² JUR 2008\139600.

²⁶³ JUR 2004\253846.

Llegados a este punto, debemos destacar que la existencia de antecedentes de caídas previas también es un elemento determinante del nexo causal en la responsabilidad patrimonial administrativa en diferentes ordenamientos jurídicos anglosajones, valorándose especialmente a la hora de determinar y graduar la indemnización que pudiera corresponder a la víctima que ha sufrido un daño motivado por el mal estado de la calzada.

Este argumento puede ser ilustrado con el tratamiento de la cuestión en Irlanda, donde los municipios son responsables del mantenimiento de los caminos en adecuado estado de conservación. Dicha obligación se torna en imprescindible en un país donde la importancia del paisaje motiva que los caminos sean utilizados, no solo con finalidad de comunicar localidades, sino también, como auténtico reclamo turístico²⁶⁴. Así, ante las demandas de daños causados por accidentes ocasionados por el defectuoso mantenimiento de las vías públicas (habituales en Irlanda), las autoridades locales están obligadas a llevar a cabo una estrecha investigación para saber la causa del accidente, con el objeto de prevenir nuevos accidentes en el mismo punto y por ello, ante cualquier caída sufrida debida al deficiente estado de los mismos, es importante que el perjudicado trate de probar la existencia de negligencia municipal, tan pronto como se pueda después del accidente, recabando todo tipo de pruebas sobre cómo ha acontecido el mismo. Esa responsabilidad abarca también los actos cometidos por omisión. Así una autoridad local no es responsable por las consecuencias de la omisión en el deber de reparar las carreteras pero, sin embargo, incurre en responsabilidad si repara la carretera omitiendo las deficiencias y desperfectos de los mismos o provocando otros nuevos, y ulteriormente aquellos son causantes de un accidente. Es importante, así mismo, considerar que la doctrina “duty of care” o deber de cuidado, tiene en Irlanda mucha transcendencia, entendiéndose como tal, “*el que correspondería a un hombre prudente y razonable*” interpretado en idéntico sentido del concepto análogo aplicable también en el derecho español de

²⁶⁴ BINCHY W.: *Tort Law in Ireland: A half-century review*. Ed. Irish Jurist. Vol.56, 2016. “*El Derecho de daños no opera al margen de la conciencia social, (...). La condición de miembro de la Unión Europea de Irlanda ha tenido un efecto importante en modelar el Derecho de daños, en relación sobre todo en relación con la seguridad y salud laboral y también en el Derecho de consumidores. También hay amplias influencias internacionales (esto ha resultado en una legislación restrictiva en materia de responsabilidad, (...)) creándose la “Personal Injuries Assessment Board” (Junta de Evaluación de Lesiones Personales)*”. (Traducción libre).

daños²⁶⁵. En cualquier caso, las causas más frecuentes de los accidentes producidos en cunetas, pavimentos, y aceras Irlandesas, no difieren mucho de las que causan caídas en cualquier vía pública de un municipio español, como podemos constatar a continuación, pues mayoritariamente aquellas se producen por los siguientes motivos²⁶⁶:

“-Las baldosas no están correctamente colocadas.

-Hay agujeros en las baldosas.

-Las cunetas son muy profundas (más de lo permitido por la normativa) y causan caídas o no están correctamente mantenidas por el municipio.

-Las baldosas están dañadas por las raíces de los árboles o por los vehículos.

-Las baldosas están mal colocadas o las cunetas mal construidas.

-Faltan baldosas en el pavimento.

-Las cunetas están mal señaladas o elevadas donde no deberían estar.

-Las tapas de alcantarilla o tapas de los pozos están perdidas, dañadas o en un ángulo equivocado en el pavimento (...).”

Es importante para determinar el nexo causal y la existencia de responsabilidad del municipio el elemento de la reincidencia, esto es, la existencia de antecedentes de caídas previas en el mismo lugar, lo que se torna, en el Derecho irlandés en una circunstancia determinante a la hora de establecer la responsabilidad del municipio.

En Estados Unidos, y pese a la peculiaridad propia de cada Estado existen una serie de indicios de responsabilidad patrimonial administrativa como son, la existencia

²⁶⁵ MCMAHON, P.: “Liability in Negligence I” MacMahon LegalGuide. Refiere el autor, sobre esta cuestión lo siguiente: “(...) El que debería ser requerido por una persona razonable en cada circunstancia concreta. El estándar del hombre razonable es el de una persona que se asume es prudente y razonable. Los estándares de un hombre razonable significan que se espera del hombre razonable el conocer las leyes básicas de la naturaleza, hechos de la común experiencia, los hábitos de los niños pequeños y las leyes básicas de la física. Se espera de él que pueda apreciar su propia ignorancia y limitaciones. (...) Ha habido una considerable variación en el tratamiento por los tribunales de la responsabilidad en el caso de la negligencia por ello ejercicio de potestades discrecionales (...) normalmente el municipio puede ser responsable por negligencia tanto por ejercicio de sus poderes como por el no ejercicio (omisión)”. (Traducción libre). <http://mcmahonsolicitors.ie/nature-of-tort-liability/> Consulta 13 de enero de 2021.

²⁶⁶ Información recabada de la web del bufete jurídico “Sinnot Solicitors”: “Footpath, Kerb and Pavement Accident Claims”. <https://sinnot.ie/footpath-kerb-and-pavement-accident-claims/> (Traducción libre).

de antecedentes de caídas en dicho punto, y las advertencias previas de una deficiencia en la vía pública susceptible de crear una situación de riesgo. Valga por todos, el ejemplo del Estado de Alabama, donde el municipio es responsable de los daños causados por cualquier persona o corporación debido a la negligencia falta de cuidado o habilidad de un agente, oficial o empleado del municipio mientras actúa en el ejercicio de su cargo. También será responsable el Estado si ese daño se ha producido por la negligencia o falta de cuidado en defectos en las aceras o edificios públicos, después de haber sido advertidos de la existencia de los mismos, salvo que haya concurrido negligencia o falta de cuidado por parte de los reclamantes, en cuyo caso podría haber concurrencia de culpas entre ambos. En este Estado, se establece un límite de cuantía indemnizatoria de 100.000 dólares por evento dañoso²⁶⁷.

Este vínculo del nexo de causalidad, falta de mantenimiento de vías y calles públicas constatado, no sólo por la existencia de caídas previas, sino también por la advertencia de esa situación de riesgo, y la no superación de los estándares de funcionamiento del servicio, que al igual que en el Derecho anglosajón, es un criterio esencial en el ordenamiento jurídico español para atribuir la responsabilidad por los daños causados a la Administración; valga por todas, a efectos ilustrativos, la sentencia del TSJ de Asturias de 31 de marzo de 2021²⁶⁸, que, textualmente refiere: *“Así pues, en el campo que nos ocupa, de pavimentación y conservación de vías públicas, el estándar exigible dependerá de la naturaleza de la vía (...), su uso (mayor exigencia en calles céntricas, (...)) y de la entidad del desperfecto u obstáculo determinante del daño (profundidad, extensión, sobresaliente, perfil, etcétera), no generando responsabilidad los que sean insignificantes ni los de difícil evitación (...) no existe relación de causalidad idónea cuando se trata de pequeños agujeros (...), los cuales o son inocuos o son sorteables con la mínima diligencia y atención que es exigible para deambular por la vía pública a los peatones y al estándar de eficacia que es exigible a los servicios públicos municipales pues, en otro caso, se llegaría a la exigencia de un estándar de eficacia que excedería de los que comúnmente se reputan obligatorios en la actualidad para las Administraciones Públicas”*.

²⁶⁷ Section 11-93-2 Alabama Code Title 11, Counties and Municipal Corporations & 11 -47-190. Cuantía a noviembre de 2016.

²⁶⁸ JUR 2021\168914.

2. El principio “*res ipsa loquitur*” o “*the thing speaks for itself*” (“la cosa habla por sí misma”).

Uno de los principios que tiene especial importancia en el Derecho anglosajón es, curiosamente, uno de tradición romana, el denominado “*res ipsa loquitur*” (“*la cosa habla por sí misma*”) que tiene una especial transcendencia en la valoración de la prueba en el sistema jurídico Common Law, de este modo, aunque la carga de la prueba continúa recayendo en el demandante, es posible que los hechos del caso sean suficiente prueba en sí mismos y de esta manera, la premisa “*res ipsa loquitur*” se aplica en casos en los que el demandante no pueda aportar más pruebas sobre cómo ocurrió el accidente en base al cual se reclama indemnización, pero demuestra que, en el curso normal de los acontecimientos, el mismo nunca hubiera ocurrido si no hubiese mediado negligencia por parte del demandado²⁶⁹.

Podemos encontrar asuntos donde este principio encuentra su aplicación íntegra por ejemplo el caso “*Maki v. Murria Hospital*” (1.932)²⁷⁰ en el cual se resolvió el caso de un paciente que despertó en un hospital después de una cirugía con lesiones derivadas de una caída de la camilla en la que estuvo recostado mientras estuvo anestesiado, la Corte acabó estimando la demanda al considerar que había existido negligencia por existir determinados hechos que hablan por sí mismos (“*res ipsa loquitur*”) independientemente que no se pueda especificar cómo han acontecido los

²⁶⁹ BULLARD GONZÁLEZ. A.: “Cuando las cosas hablan el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil” *Themis: Revista de Derecho* n° 50, 2005, pp.217. Refiere el autor respecto de la regla “*res ipsa loquitur*” lo siguiente: “*Es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de un determinado individuo(...). De alguna manera, el principio es un paso previo a la responsabilidad objetiva, sólo que, en lugar de animarse a señalar que el causante es siempre el responsable, mantiene el concepto de culpa, pero idea un mecanismo para presumir, ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causa del accidente*”. Refiere además, el autor en su artículo que “*Esta idea fue repetida con singular claridad en el caso “Lloyd v. West Midlands Gas Board”. Así, luego de plantearse la duda sobre si el “res ipsa loquitur” podía ser descrito como una doctrina, la Corte dijo que era una: “(...) exótica, pero conveniente frase para describir lo que no es en esencia más que una aproximación del sentido común (...) sobre la atribución de los efectos de las pruebas en determinadas circunstancias. (...) Este significa que el demandante establece prima facie negligencia cuando: no le es posible probar de manera precisa cual fue el acto u omisión relevante que determinó en la sucesión de eventos que condujo al accidente; pero sobre las pruebas tal como se han determinado en tiempo relevante es más probable que no que la efectiva causa del accidente fue algún acto u omisión del demandante o de alguien por el que el demandante es responsable, cuyo acto u omisión constituye una falla del demandado en tener el cuidado adecuado para la seguridad del demandante”*”.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110783> Consulta 13 de enero de 2021.

²⁷⁰ 91 Mont. 251, 7 P.2d 228, 231.

mismos, y por tanto se consideró probado que la caída de la camilla que había ocasionado el daño en el paciente se había producido durante la operación quirúrgica.

Resulta sumamente interesante la utilización de este principio también en el Derecho español de daños por los tribunales como criterio de ponderación de los daños causados para la valoración del lucro cesante, valga por todas, la STS de 9 de Abril de 2012, de la Sala 1^a²⁷¹, la cual refiere: “(...) Este tipo de prueba exige una labor de ponderación económica por parte del tribunal, auxiliado si ha lugar a ello por la asistencia de peritos, en la que es posible acudir al principio “*res ipsa loquitur*” (la cosa habla por sí misma) en aquellos casos en los que la aplicación de un cálculo prudente al desarrollo de las operaciones económicas demuestra por sí mismo la cuantía en que se ha dejado de obtener una ganancia futura”.

El también denominado principio “*the thing speaks for itself*”, opera en similar sentido que las presunciones establecidas en el Derecho español, de manera que desplaza la carga de la prueba de determinados hechos desde el demandante, al demandado. En este sentido, en el ordenamiento jurídico anglosajón resulta aplicable la premisa, “*the thing speaks for itself*”, cuando concurren ciertos hechos a los que el ordenamiento jurídico atribuye por sí mismos eficacia jurídica sin necesidad de más prueba al respecto, de manera que, corresponde al demandado intentar desvirtuar los mismos, operando en Derecho anglosajón, al igual que ocurre en determinados supuestos en el ordenamiento jurídico español, una auténtica inversión de la carga de la prueba.

En relación a esta cuestión, y en concreto respecto a estos hechos y su incidencia en lo relativo a la valoración de la prueba, es importante la reflexión del profesor VINOGRADOFF²⁷², en el sentido de afirmar que existen ciertos acontecimientos con indudable eficacia jurídica, a los que el ordenamiento jurídico les da valor probatorio por sí mismos, como refleja en la expresión: “*As soon as this has been established, we have to deal with facts-in-law*” (“tan pronto como queden determinados, tenemos que hacer valer los hechos probados en Derecho”). Entre los principios aplicables en el Derecho Anglosajón con transcendencia a la hora de valorar la prueba, es habitual la utilización del concepto “*the thing speaks for itself*” expresión importada del

²⁷¹ RJ 2012\8986.

²⁷² VINOGRADOFF, P: *Common Sense in Law.*: Henry Holt and Company, New York [n.d.] 1914, pp. 256 (Traducción libre).

Derecho Romano²⁷³ que se utiliza en determinados casos en los que existe un daño que no se discute, pero sin embargo, es difícil probar cómo se ha causado²⁷⁴. Una sentencia tradicionalmente analizada en las facultades de Derecho anglosajonas y demostrativa de la aplicación práctica de dicho concepto, es la dictada en el asunto “*Scott vs. London and St. Katherine Docks*” (1865) en la cual el tribunal concluyó que: “(...) Cuando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandante o sus empleados, y se produce un accidente que no es habitual, si quienes están encargados de controlar la situación durante el curso de los acontecimientos no proporcionan una justificación adecuada, la falta de una explicación por parte del demandante, constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia”²⁷⁵.

Como señala el profesor KENNET²⁷⁶: “Cuando se cumplen los requisitos del “*res ipsa loquitur*”, en la mayoría de las jurisdicciones, el efecto se traduce en que no se requiere probar que el demandado ha sido negligente.” La aplicación de la doctrina “*res ipsa*” es una muestra más de la objetivación de la responsabilidad hacia la que tiende también en el ordenamiento jurídico anglosajón, en términos similares a la concepción de la responsabilidad patrimonial española, fundamentada en la responsabilidad directa, independiente de la existencia de culpa o negligencia en la producción del daño, correspondiendo a la Administración o ente público demandado probar la concurrencia de circunstancias eximentes en cada supuesto concreto, tales como la fuerza mayor, o la culpa exclusiva de la víctima²⁷⁷. Se consagra así mismo

²⁷³ Cicerón en su discurso Pro Milone en el año 52 a.C “*res ipsa, iudices, quae semper valet plurimum*”.

²⁷⁴ MARTORELL BAUZÁ, F.J.: “Presunción de culpa. La deducción de negligencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración” *Revista de Administración Pública*, núm. 201, Madrid septiembre-diciembre (2016). Refiere el profesor Martorell, que: “Prácticamente dos mil años más tarde se hace acopio de esta expresión en el Common Law (*the thing speaks for itself*) para construir la teoría de la deducción de la negligencia en un caso –*Byrne vs. Boadle*– de la *Corutr of Exchequer* (1863) en el que el demandante fue víctima de la caída de un barril de harina desde un segundo piso. El demandante, a quien correspondía la carga de la prueba, no pudo explicar cómo ocurrieron los hechos, y por ello el ponente Barón Pollock tuvo que interpretar que el barril se encontraba bajo el control del demandado, y que por consiguiente solo podía existir negligencia en la custodia del mismo”. Concluye el autor que: “La Jurisprudencia, tanto en Derecho comparado como en nuestro país, trae a colación esta teoría cuando no es posible determinar cómo se ha producido el daño, esto es, cual es la causa que puede haberlo provocado (...)”.

<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.15> Consulta 13 de enero de 2021.

²⁷⁵ “*Scott v. London and St. Katherine Docks Co*” (1865) 3 H&C 596.

²⁷⁶ KENETH, S.A: “*The Forms and Funcions of Tort Law*” The Foundation Press, Inc. Westbury, New York, 1997, pp. 91 (Traducción libre).

²⁷⁷ Otro ejemplo más de inversión de la carga de la prueba lo supone el invocado por BAUZÁ MARTORELL, F; en su artículo, “Presunción de culpa” (...) *Op.cit.* pp 133, refiriendo a tal efecto que: “(...) El asunto conocido por La Corte Suprema de “*California Ybarra vs. Spangard*” (1944), en la

esta doctrina en la presunción “iuris tantum” que tienen determinados hechos o documentos en el ordenamiento jurídico español, susceptibles de consagrar por sí mismos auténticos elementos probatorios, salvo prueba en contrario (tales como los atestados de policía).

En palabras de CREMADES GARCÍA ²⁷⁸: “(...) la regla “res ipsa loquitur” no es una doctrina, sino algo mucho más modesto. Es la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo en su enunciado como que “si el demandado parece ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable”²⁷⁹.

En términos similares, también se puede afirmar que el principio “res ipsa loquitur” se está aplicando en España en la medida en que hay determinados hechos que en el ordenamiento jurídico español “hablan por sí mismos” puesto que aquel les atribuye eficacia jurídica “salvo prueba en contra”, tales como los informes de policía a los que, no sólo la jurisprudencia, sino también la propia normativa atribuye valor probatorio ²⁸⁰, informes que la ley exige sean emitidos en su “condición de autoridad y formalizados en documento públicos y en los que, observándose los requisitos

que un paciente despierta de la anestesia de una intervención quirúrgica con fuertes dolores musculares en un hombro, que sólo pueden haberse producido –al decir de un dictamen pericial– porque algún médico o enfermera hayan ejercido presión sobre el mismo durante la operación. El Sr. Ybarra demandó a todo el equipo médico que se defendió señalando que el demandante no había aportado prueba alguna, extremo que la Corte apreció, si bien admitió que la parte que podía aportar las pruebas de cómo había discurrido la operación era el equipo médico y no el paciente anestesiado, de manera que consideró probado que había existido negligencia”.

Es importante concluir que, ciertamente, asiste la razón al profesor en tan atinado artículo, pues lo cierto es que “la doctrina del res ipsa trata de imponer un resultado de justicia material por encima de las reglas procesales de la carga de la prueba (...) no se olvide que la condena a indemnizar corre el riesgo de convertirse en el mayor incentivo para dejar de aportar pruebas al proceso”.

²⁷⁸ CREMADES GARCÍA, G.: *Problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo, análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, Universidad de Alicante (septiembre de 2015). Publicada en www.eltalldigital.com

²⁷⁹ Añade además sobre esta cuestión, CREMADES GARCÍA, G., que: “A través de la utilización de la regla, pueden los jueces en el mundo anglosajón, inferir la existencia de negligencia por parte del demandado, aunque no existan pruebas directas de que la misma exista. Por ello, una vez invocada por el demandante la regla “res ipsa loquitur”, y una vez que éste ha probado los requisitos necesarios para su aplicación, el Juez está en disposición de declarar que la negligencia del demandado existió, y fijar la indemnización que éste tiene que pagar. (...) Igualmente y en Estados Unidos la regla no es de aplicación generalizada siempre y en todos los casos antes bien, sólo se aplica si el hecho generador del daño no ha podido producirse sin que haya mediado algún tipo de negligencia en la conducta de la parte demandada.” (...) Si el demandado produce prueba que es tan concluyente como para no dejar duda que el evento fue causado por un agente ajeno del que él no es responsable, o que pertenece a una clase de eventos que comúnmente ocurre sin cuidado razonable, tendrá derecho a un veredicto directo”.

²⁸⁰ Art. 77. 5, LPAC 39/2015.

legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario (...)”.

Respecto de la relevancia probatoria de los documentos emitidos por funcionarios investidos de autoridad, es unánime la doctrina judicial, valga por todas, la sentencia del TSJ de Asturias, de 23 septiembre de 2004²⁸¹, la cual dispone: “*De las pruebas practicadas en los autos, cobra especial importancia por su objetividad el atestado levantado por la Policía Local de Mieres, agentes NUM000 / NUM001, obrante a los folios 39 y 40 del citado expediente, en el que indican como causa del accidente: despiste del conductor y en la inspección ocular que la luz existente era escasa, ya que la zona donde se produjo el accidente no hay ningún tipo de alumbrado público, sólo los focos del vehículo, que el tramo donde ocurrió el accidente es recto y sin ningún arcén y el límite de velocidad es de 50 Km./hora, sin que en el croquis levantado por el Agente nº NUM000 se haya hecho constar la existencia de piedra alguna (...)*”.

Igual transcendencia y presunción de veracidad se atribuye a otros informes emitidos por otros funcionarios públicos por presumirse una mayor objetividad de los mismos respecto de los correlativos elaborados peritos y aportados por los particulares²⁸², así la sentencia del TSJ de Madrid de 24 junio de 2004²⁸³. “*En el presente supuesto, entiende la Sala que no concurren los requisitos anteriormente descritos para que pueda operar la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, (...) conjugando los datos que constan en el informe emitido por la Sección de Vías Públicas del Ayuntamiento de Madrid, obrante al folio 13 del expediente administrativo, (que goza de la presunción de veracidad y certeza establecida en el art. 137 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre)*”.

Evidentemente, tal y como sienta nuestra doctrina jurisdiccional al igual que en el ordenamiento jurídico anglosajón, esa presunción de veracidad, tanto de los documentos administrativos emitidos por funcionarios con condición de autoridad,

²⁸¹ JUR 2006\5656.

²⁸² Sobre las presunciones que operan en el ordenamiento jurídico español, BARRERO RODRIGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo 3ª Edición*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006 pp. 366: “(bajo la denominación de presunciones judiciales (...)) a partir de un hecho admitido o probado, el Tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (...)”.

²⁸³ JUR 2004\271993.

como de los informes de la policía, al tratarse de presunciones “*iuris tantum*”, son susceptibles de ser impugnados y su validez atacada mediante prueba en contra, como puntualizan numerosos autores doctrinales, valga por todos, CHAVES GARCÍA²⁸⁴ y es sustentado por abundante doctrina judicial como muestra, la sentencia del TSJ de Galicia, de 19 septiembre de 2014²⁸⁵ que, textualmente dispone: “(...) (*Pese a que*) *haya de considerarse que tal certificado sea prueba plena de la realidad de tal empadronamiento y que la presunción del art.16 de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, es una presunción " iuris tantum" por lo que puede ser destruida por prueba en contra. Lo mismo ha de decirse con respecto al informe de la Policía Local a la vista de la inconcreción del mismo, circunstancia que ya ha sido valorado por la Magistrada a quo para denegar (porque atiende solo a referencias) su eficacia probatoria por lo que no puede pretender el recurrente una revisión con base a ese mismo documento”.*

3. Principios o “*duty to warn*” (“deber de advertir”); “*duty of care*” (“deber de cuidado”) y “*contributory negligence*” (“compensación de culpas”).

El principio “*duty of care*” es aplicable al responsable de la comisión de un determinado hecho, del que resultan daños a terceros cuando los mismos se causan por una vulneración del “*deber de cuidado*” (“*duty of care*”) que pesaba sobre aquel. En cuanto al amplio concepto de quien puede ser considerado “responsable” de la comisión de un determinado acto, puede entenderse como tal, el autor, el colaborador necesario, o incluso el que por omisión contribuye a que el daño se ocasione²⁸⁶. Con independencia de la idea de responsabilidad, resulta sumamente interesante este concepto denominado “*duty of care*” creado por el Derecho anglosajón y aplicado en sentido estricto en el Derecho canadiense, entendiéndolo éste como el deber de cuidado que tiene que tener todo municipio hacia sus vecinos, de manera que la acreditación de vulneración del mismo dará lugar a la responsabilidad del ente local.

²⁸⁴ CHAVES GARCÍA, J.R. *La prueba contencioso-administrativa: Análisis dogmático y jurisprudencial*. Aranzadi, Madrid, 2007.

²⁸⁵ AS 2014\2508.

²⁸⁶ HART, H.L.A.: “Varieties of Responsibility”, *83 Law Quarterly Review* 346 (1967). Refiere el profesor que: “Un amplio rango de diferentes expresiones conectan con la idea de “responsabilidad” “*responsable*” y “*responsable por*”, estándares aplicables, generalmente usados dentro y fuera del Derecho”. (Traducción libre).

Como señala el profesor HYLTON²⁸⁷: “Hasta ahora he considerado los efectos de la responsabilidad objetiva en la decisión de cuidado. Bajo la regla de negligencia, el actor es responsable sólo si falla en la adopción de ciertas medidas de cuidado”. Es ilustrativa así mismo, para la comprensión del mismo, la doctrina establecida por la Corte Superior de Ontario en el asunto “*Campbell v. Bruce (County)*”²⁸⁸ que sentó doctrina sobre la interpretación del principio “*duty of care*”. Constan como antecedentes de este caso, el accidente sufrido por un ciclista en bicicleta de montaña en un parque municipal recientemente construido que disponía de obstáculos de bastante dificultad para los ciclistas no experimentados, no constando señales que advirtiesen del riesgo que los mismos entrañaban de tal manera que, a consecuencia de ello, un joven usuario sufrió una gravísima caída, fracturándose la columna vertebral y evolucionando a una tetraplejia. El objeto de la demanda, interpuesta ante la Corte Superior de Ontario, fue determinar la responsabilidad del municipio para el supuesto de que se entendiese que el municipio había vulnerado su deber de cuidado conforme a la normativa aplicable. En una sentencia que creó doctrina, por su interpretación del principio “*duty of care*” se consideró que el municipio había incumplido su obligación de cuidado con respecto al demandante, vulnerando lo dispuesto en la normativa “*Occupier’s Liability Act*”²⁸⁹, entre otras consideraciones, porque no existían colocadas señales de advertencia de peligro en los obstáculos del parque que implicaban más riesgo y, además, porque existió una publicidad negligente del parque, al no advertir del nivel de destreza exigible o de los riesgos del mismo.

En este orden de cosas, el tribunal de primera instancia declaró la responsabilidad del municipio en base a que fue la falta de seguridad del parque la que propició la caída del demandante mientras hacía uso de las instalaciones. En la sentencia dictada se estimó que, en este caso, no podía aplicarse la compensación de culpas entre la actuación de la víctima y la responsabilidad municipal, en tanto que no se consideró que aquel hubiese incurrido en negligencia alguna que ocasionara la caída, sino que estaba haciendo un uso normal del parque conforme a la naturaleza del mismo. Se declaró en consecuencia la responsabilidad exclusiva del municipio

²⁸⁷ HYLTON, K., *Tort Law a modern perspective*, Cambridge University Press, 2016. (Traducción libre).

²⁸⁸ 2016 ONCA 371. (Traducción libre).

²⁸⁹ R.S.O. 1990.

que fue confirmada por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Ontario que sentó doctrina en cuanto a la aplicación del citado principio “*duty of care*”²⁹⁰.

La única excepción al principio de “*duty of care*”, entendido como los estándares medios exigibles a una persona o entidad a la hora de prevenir un riesgo, es la doctrina denominada “*sudden emergency doctrine*” o, en su traducción²⁹¹, “*doctrina de la emergencia súbita*”, consiste ésta en que a las personas que repentinamente afrontan una situación de inesperada de riesgo, no les son exigidos los mismos estándares de cuidado que al resto que sí dispone de tiempo para valorar y pensar sus acciones. En este sentido, cabe invocar la doctrina de emergencia súbita, como criterio de defensa cuando:

- a) La emergencia existió en la realidad, o el demandado fundadamente consideró que se encontraba en esa situación.
- b) El demandado no ha creado ni contribuido a la emergencia.
- c) El demandando sólo tenía la posibilidad de actuar de ese modo concreto.
- d) Una persona razonable bajo similares circunstancias hubiera decidido actuar de idéntica forma que el demandado.

Por otra parte, el principio “*duty to warn*” (“*deber de advertir del riesgo*”)²⁹², implica que los municipios pueden incurrir en responsabilidad por omisión del deber de advertir de la existencia de una posible situación de riesgo para los ciudadanos si dicha circunstancia generadora de peligro viene así definida en una norma o en la doctrina de los tribunales. Es relevante para la comprensión de ese principio la

²⁹⁰ SHAVELL S. “Foundations of Economic Analysis of Law” (2004) (...) *op.cit* p.32. Respecto del principio “*duty of care*”, refiere el profesor Shavell lo siguiente: “*La víctima es responsable de los daños derivados de un accidente que causa él mismo, sólo si fue negligente, es decir, solo si su nivel de atención fue inferior al nivel llamado “duty of care” que los tribunales concretan en cada supuesto específico*”. (Traducción libre).

²⁹¹ <https://www.pendaslaw.com/understanding-the-sudden-emergency-doctrine>. (Traducción libre).

²⁹²PIERSON, D.: “Governmental tort liability: Dodging the immunities”, *Advocate Magazine*, 2018. Refiere el profesor: “(...) *Cuando una entidad pública está sujeta a un deber imperativo preceptuado en una ley (...), la entidad pública es responsable de una lesión de ese tipo causada directamente por su incumplimiento de la obligación, a menos que la entidad pública acredite que hizo uso de una diligencia razonable para cumplir con el deber. (California Government Code § 815.6.) Un ejemplo en el que se impondría responsabilidad es la negligencia de una agencia de servicios sociales en la falta de supervisión adecuada de los niños después de su ubicación en hogares de acogida*”. <https://www.advocatemagazine.com/article/2018-november/governmental-tort-liability-dodging-the-immunities> .(Consulta el 12 de diciembre de 2021). (Traducción libre).

doctrina sentada en el asunto *“Winters V. Haldimand (County)”*²⁹³. Constan como antecedentes de este caso los siguientes: Un joven de 16 años de edad sufrió una caída de un árbol en septiembre de 2001, de un conocido árbol de la localidad denominado popularmente, *“chilling tree”* produciéndose graves lesiones a raíz de la misma que desembocaron en una paraplejía. Se alegó durante el juicio que el árbol era potencialmente peligroso y por ello que el municipio había vulnerado su deber de advertir previamente del riesgo que éste implicaba (*“duty to warn”*)²⁹⁴ al permitir que los jóvenes subiesen al mismo. Lo cierto es que dicho árbol era conocido en la localidad y había sido usado durante generaciones por los adolescentes que trepaban a sus ramas utilizándolo como un lugar de reunión. No constaban antecedentes de quejas previas al municipio sobre el deficiente estado de conservación del árbol, ni tampoco relativas a que fuese usado por los adolescentes. Por otra parte, a pesar de que el municipio tuvo un empleado de jardinería responsable del mantenimiento de los jardines municipales, el cual realizaba inspecciones periódicas para supervisar que se cumpliesen las condiciones de seguridad, el árbol nunca fue identificado como un problema, y por este motivo, el caso fue desestimado por el Juzgado de primera instancia que otorgó la razón al Ayuntamiento.

La Corte de Apelaciones de Ontario, en el examen del caso planteado en segunda instancia, refiere que, efectivamente, al municipio le corresponde el deber de advertir el riesgo (*“duty to warn”*) cuya vulneración podría implicar en otra situación la responsabilidad municipal, apreciando no obstante, en este caso concreto como circunstancia eximente de la responsabilidad del municipio la culpa exclusiva de la víctima mediante la aplicación del principio *“contributory negligence”*, asumiendo que, cuando una persona sube a un árbol asume un riesgo innecesario de caerse y producirse un daño. No hay una vulneración del principio *“duty to warn”*, consistente, en este caso concreto en el deber de informar de que subirse a un árbol es peligroso, puesto que es evidente que subirse a un árbol es una actividad de riesgo y, por tanto, susceptible de producir un daño. En consecuencia, la Corte consideró que el municipio había cumplido con los estándares de seguridad exigibles en aplicación de la *“Occupier’s Liability Act”* para que los ciudadanos disfrutasen del parque de una

²⁹³ *“Winters v. Haldimand”* (County), 2015 ONCA 98.

²⁹⁴ Sección 3(1) *Occupier’s Liability Act.*, R.S.O., 1990, c.O.2.

manera razonablemente segura y que el accidente sufrido se debió a la culpa exclusiva de la víctima.

También resulta apreciable esa vulneración del principio “*duty to warn*” o deber de advertir el riesgo como criterio de imputación de la responsabilidad patrimonial del municipio en el Derecho español, valga por todas la sentencia del TSJ , de Castilla y León, de 23 de diciembre de 2005²⁹⁵ a cuyo tenor resultó condenado un municipio por vulneración del deber de advertir el riesgo que suponían una salida de emergencia en defectuosas condiciones, no apta para permitir el desalojo del público de un espectáculo: “(...) *No existía indicación o señal alguna para el desalojo de esa zona, no existiendo tampoco escaleras para facilitar dicha salida, no parece desproporcionado ni descabellado iniciar una maniobra de bajada desde la parte superior(...) el recinto carecía de escalera y no existía indicación ni señal alguna que informasen de cuál era la salida, ni del lugar idóneo para el desalojo de esa zona, por lo que no podemos decir que la conducta de recurrente fuese negligente, ni determinante del daño sufrido, no produciéndose así la ruptura del nexo causal necesario para la prosperabilidad de la acción ejercitada*”.

En otro orden de cosas, y volviendo al ordenamiento anglosajón, hay que tener en cuenta que el tribunal tendrá en consideración a la hora de valorar las circunstancias del caso, el nexo causal, la concurrencia de culpas, la mitigación de las lesiones y los conceptos reclamados para determinar si debe concederse o no la indemnización reclamada. En opinión del profesor OWEN²⁹⁶, el concepto “*negligence*” (negligencia) en el ordenamiento Common Law se compone entre otros, de distintos elementos: “*Existencia de un deber de cuidado (“duty of care”) establecido por la ley, las normas o la doctrina judicial, que perfila el estándar admisible en cada sector de actividad*”. Así, en el seno de un procedimiento en el que esté en cuestión una eventual negligencia del municipio por vulneración del deber cuidado, en el ordenamiento anglosajón se atiende a otras cuestiones configuradas por la

²⁹⁵ RJCA 2006\157

²⁹⁶ OWEN D.G. “The Five elements of Negligence” *Hofstra Law Review*, Vol.35:Iss.4, Article 1, 2007; A lo que habría que añadir en Opinión del autor: “*Un daño causado; relación entre la causa, la conducta precisamente negligente del demandado, y el efecto, el daño sufrido por la víctima*”. [Http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol35/iss4/1](http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol35/iss4/1).

jurisprudencia como fundamentales para determinar si el causante del daño incurre o no en responsabilidad:

- Inevitabilidad: ¿Habría sufrido la víctima esa pérdida o daño concreto si no hubiera ocurrido el accidente? El demandante debe probar que el incumplimiento del deber de cuidado por parte del demandado le causó los daños y pérdidas reclamados, que no se hubieran producido si éste no hubiera sido negligente.
- Concurrencia de culpas: ¿Causó la víctima alguna parte del daño o pérdida? El demandante también debe cumplir con su deber de cuidar su propia seguridad y tomar precauciones razonables ante los riesgos de una lesión de los que debía ser consciente, si no lo hizo, el tribunal reducirá la compensación de acuerdo con el porcentaje de culpa que atribuya a cada parte.
- Intervención de tercero: ¿Ha habido implicación de terceras partes?
- Mitigación: ¿tomó la víctima las medidas adecuadas para mitigar y minimizar las pérdidas sufridas? La víctima no tendrá derecho a recuperar aquellas pérdidas que pudo haber evitado sufrir.
- Improbabilidad (*remoteness*): ¿Era previsible el accidente? ¿Estaba totalmente fuera del control del demandado?²⁹⁷.

En muchos países al amparo del derecho anglosajón, para que opere la imputabilidad del municipio por vulneración del deber de prevenir el riesgo “*duty to warn*” es preciso que éste haya sido advertido previamente de la existencia de una situación que puede ser causante de peligro en la vía pública, de manera que la ausencia de dicho conocimiento opera como una auténtica causa de exención de responsabilidad. Por ello, en muchos casos en que el daño se causa por una deficiencia en la vía pública, si el municipio no había sido advertido previamente de la existencia de la misma y de que ésta era susceptible de producir un daño, no estará sujeto a responsabilidad, siempre que se hayan respetado los estándares del servicio relativos al mantenimiento de la vía. No obstante lo cual, la única excepción es que el defecto

²⁹⁷ En idéntico sentido el “& 3 Restatement (Third) of Torts Liability for Physical and Emotional Harm (2010), del American Law Institute”, define la negligencia del siguiente modo: “Una persona actúa con negligencia si no actúa con un cuidado razonable (“*duty of care*”) en todas las circunstancias, hay una serie de factores a considerar para valorar si esa persona no ha actuado con el deber de cuidado necesario evitando conductas que pueden resultar en un daño, y tomar todas precauciones necesarias para eliminar o reducir ese riesgo de daño”. (Traducción libre).

sea tal entidad, y haya permanecido durante tanto tiempo en la calzada, que se considere que el municipio tendría que haberlo advertido, y reparado, para evitar que se produjese el daño. Por tanto, para que no opere el principio de exención de responsabilidad por un daño derivado de una deficiente conservación de la vía pública, habría que acreditar que el municipio conocía el defecto existente en la vía pública (por que ya se había denunciado) o debía conocerlo por el largo tiempo que el mismo llevaba en la vía pública.

4. Principio “*standard of care*” o “estándar de cuidado”

En los ordenamientos anglosajones existen unos estándares de calidad o de funcionamiento del servicio en cada área del municipio muy definidos, cuya falta de observancia es un claro determinante de la responsabilidad administrativa, así se muestra en un asunto, ilustrativo para exponer los estándares en el funcionamiento del servicio de carreteras, el denominado “*Morsi v. Fermar Paving Ltd.*” (2011)²⁹⁸, esta sentencia es puntera, y su estudio por la doctrina ha servido para delimitar los niveles de estándar mínimos exigidos a la Administración en el mantenimiento de las vías públicas, de manera que se consagra la obligación municipal o del ente público competente²⁹⁹, de mantener las carreteras en un estado tan razonable de conservación, que puedan ser utilizadas por los conductores utilizando un nivel de precaución ordinaria, de manera que se les asegure un trayecto seguro hasta su destino. Este principio guarda una íntima relación con el anteriormente mencionado, principio “*duty of care*” o deber de cuidado exigible a las Administraciones públicas, e ilustrativo del propio estándar de funcionamiento del servicio, cuya vulneración genera responsabilidad. El estándar requerido en el deber de cuidado opera, y es exigible, en todas las áreas de la actividad administrativa, y sobre todo en aquellas que implican relación directa con los ciudadanos, muestra del cual es la sentencia dictada en el caso “*Williams v. Canada*” (Attorney General)³⁰⁰, sumamente interesante por su aproximación a los acontecimientos que rodean la pandemia mundial Covid 19. El objeto del procedimiento se refería al tratamiento que las Administraciones

²⁹⁸ ONCA 577, leave to appeal filed 12011]S.C.C.A.No. 487 (QL)

²⁹⁹ CRERAR D.A., LORI H.L: “Torts” *Torts annual review*, marzo 2.012, son un ejemplo de la disquisición doctrinal a la que dio lugar la citada sentencia del caso “Morsi” en un completo artículo a medio de la cual realizan un detallado análisis de los estándares aplicables a distintos ámbitos sujetos a responsabilidad tanto pública como privada.

³⁰⁰ *Williams v. Canada (Attorney General)*, (2005), 76 O.R. (3d) 763, 257 D.L.R. (4th) 704 (S.C.J.), at para. 15; see also *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

canadienses dieron a un brote epidémico de SARS que tuvo lugar en Toronto y Ontario entre los años 2001 y 2003, con fundamento al cual, se planteó una demanda colectiva (“*class action*”) contra el municipio de Toronto y el Gobierno de Ontario en Canadá, y el Estado de Canadá, en representación de las personas y sus familias que contrajeron el SARS durante el brote epidémico sucedido en Toronto en 2003.

La demanda se fundamentaba en que el municipio de Toronto había sido negligente al fallar en coordinar o integrar su respuesta al SARS durante el brote de casos epidémicos en el año 2003 (vulneración del principio “*duty of care*”). Se responsabilizaba al municipio del fallo en crear un software apropiado para dar respuesta a la emergencia pública sanitaria; error al impartir órdenes confusas o contradictorias a los hospitales y la prematura declaración de la finalización del brote que conllevó a un aumento de los contagios. Por otra parte, la demanda, en lo que respecta al Gobierno de Ontario, se sustentaba en el deficiente mantenimiento y actualización del software y el material de laboratorio, la finalización de contratos con científicos que hubieran sido indispensables en el análisis y pruebas necesarias, imputándole así mismo, responsabilidad por impartir también órdenes contradictorias, y finalizar las medidas preventivas en los hospitales de Toronto antes de la total erradicación del SARS. Por último, la “*class action*” o demanda colectiva, también se interpuso frente al Gobierno de Canadá al que se responsabilizaba del fallo en la coordinación e integración en la respuesta al brote de SARS en la Ciudad de Toronto y Ontario; el fallo en traducir del idioma chino el aviso que se había emitido desde ese país sobre la existencia de un brote de gripe en China a lo que se sumó la omisión de medidas razonables de prevención que hubieran contribuido a evitar la expansión del mismo.

La demanda fue no obstante desestimada con el fundamento de que el demandante había fallado en reunir el material probatorio suficiente para sustentar la causa, con el siguiente argumento: “*La vaguedad, generalidad y ambigüedad, de la demanda contra la Ciudad, es manifiesta (...) he concluido que la demanda de responsabilidad por negligencia por vulneración del deber de cuidado “duty of care”, no puede ser tomada en consideración*”³⁰¹. En este sentido esta demanda,

³⁰¹ El ponente de la sentencia, Cullity J. señaló: “*The vagueness, generality and ambiguity of the pleading against the City mirrors that against each of the other defendants. In view of the trend of the most recent of authorities on Crown proceedings, I have found that the failure to plead vicarious*

guarda similitud con muchas interpuestas en España en recientes fechas, por sindicatos médicos contra diferentes Administraciones públicas españolas por falta de prevención en la adopción de las medidas contra el Covid 19 en los hospitales, una de las cuales ha resultado estimada en primera instancia, considerando la sentencia dictada (en una resolución que, sin embargo, todavía no ha alcanzado firmeza) que el incumplimiento de las medidas de prevención en la Pandemia Covid 19, supuso “*un grave riesgo para la seguridad y la salud de todos los trabajadores sanitarios*”³⁰².

5. Supuestos específicos en otros países de tradición anglosajona: Casuística en la valoración de la prueba.

El Derecho canadiense establece como peculiaridad, una distinción entre los daños físicos y los materiales, derivados de un accidente causado por el mal estado de una vía pública. En este sentido, no cabe hacer al municipio o ente público titular de la vía, responsable de los daños materiales causados en el vehículo directamente por las deficiencias del pavimento, tales como daños sufridos en las ruedas, carrocería y suspensión del mismo, en tanto que, respecto a dichos daños, la reclamación debe presentarse ante la compañía aseguradora de riesgos del vehículo, mientras que los daños personales sufridos (personal damages) sí serían reclamables ante el municipio; en idéntico sentido, y al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, en el anglosajón tiene especial transcendencia la valoración de la prueba, de modo que, en el supuesto de accidentes sufridos en las vías públicas, se toman como indicios probatorios para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, los siguientes: Testimonio de otros conductores, residentes o establecimientos cercanos, existencia de atestado de

liability or any breach of a duty of care by a Crown servant should not be considered on this motion to be fatal to the claims against the Crown. However, the same considerations do not apply to the claims against the City”.

³⁰² A efectos ilustrativos la sentencia del JS nº 5 de Alicante de 7 de enero de 2022 dictada en el P.R. 319/2020, interesante en sus consideraciones al haber estimado las pretensiones de un sindicato médico que alegaban que la Administración incumplió sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales durante el estado de alarma declarado por real decreto de 14 de marzo “*con grave riesgo para la seguridad y la salud del personal sanitario*”. La sentencia fija cuantías de entre 5.000 y 49.000 euros para 153 facultativos. La sentencia establece que el incumplimiento de las medidas de prevención supuso “*un grave riesgo para la seguridad y la salud de todos los trabajadores sanitarios*”. Esta sentencia sin embargo todavía no alcanzado firmeza encontrándose pendiente de la resolución de Recurso de Suplicación interpuesto por la Consejería de Sanidad Valenciana.

Policía, ausencia de una señal de advertencia del riesgo, fotos de la deficiencia existente en la calzada y, en su caso, profundidad del mismo³⁰³.

Debe precisarse, que el vínculo del nexo de causalidad en el ordenamiento jurídico canadiense, en las demandas de responsabilidad derivadas de la deficiente conservación de las carreteras y autopistas, es la acreditación de una falta de mantenimiento adecuado que implique negligencia del ente titular de la vía. No obstante, al tratarse de una responsabilidad por culpa, la carga de la prueba sobre el nexo de causalidad entre la negligencia en la conservación de la vía pública y el accidente producido, recae sobre el conductor del vehículo³⁰⁴. Como requisitos formales, para plantear una reclamación contra el municipio, se precisa requerimiento previo por escrito que debe enviarse a la oficina municipal titular de la vía sobre la que existe la deficiencia motivadora del accidente, en el plazo de quince días desde el acaecimiento del mismo, acompañado de todos los documentos probatorios, en los que se determinan como elementos probatorios esenciales fotografías de la deficiencia en el pavimento. El plazo específico de interposición de la reclamación en solicitud de una compensación financiera es de seis meses desde el día del incidente. Canadá tiene como peculiaridad la existencia de un tribunal específico para reclamaciones de escaso importe (Small Claims Court)³⁰⁵ en el supuesto de que se reclamen cantidades inferiores a 15.000 dólares. Si la reclamación superase dicho importe deberá interponerse ante la Corte Superior (Superior Court). En el ordenamiento jurídico canadiense toma especial importancia una figura jurídica que se está tratando de importar en nuestro país en este ámbito de responsabilidad patrimonial como es la figura de la mediación o arbitraje que puede solicitarse por ciudadano, como un método extrajudicial de resolución de conflictos³⁰⁶.

³⁰³ Es llamativa la analogía con la doctrina de los tribunales españoles la diferencia de cota entre el nivel de baldosas a la hora de determinar la responsabilidad administrativa en el supuesto de una caída sufrida en la vía pública.

³⁰⁴ Municipal Code: Article 1127.2, Municipal Code of Québec, (CQLR chapter C-27.1) Municipality governed by the Cities and Towns Act: Article 604.1 of the Cities and Towns Act (CQLR chapter C-19).

³⁰⁵ https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/civil/suing_and_being_sued_main.php

³⁰⁶ “Plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, aprobado por el Pleno del CGPJ el 26 de junio de 2011; “Convenio Marco suscrito entre la fundación Valsain y el CGPJ para desarrollar el referido Plan en las Islas Canarias”, de 30 de abril de 2011; “Protocolo de derivación a mediación en el ámbito contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia” de 2014.

Por otro lado, en EEUU, en el Estado de Louisiana³⁰⁷, tuvo especial transcendencia la valoración por la Corte de Apelaciones de Louisiana de la responsabilidad de un municipio derivada de una expropiación ilegal, en el asunto denominado “*Belgarde V. City of Natchitoches*”³⁰⁸. La importancia del asunto no fue menor, según refirió el profesor ROSHTO³⁰⁹, al abrir el debate sobre si un demandante tiene o no derecho a una indemnización en concepto del daño moral sufrido al serle ocupados los terrenos de su propiedad para construir una calle, ocupación realizada sin seguir el procedimiento expropiatorio, a consecuencia de lo cual, se demandó a la Administración municipal. El procedimiento finalizó con el reconocimiento de daños materiales (por la ocupación de su finca) y, como novedad, de daños morales por la angustia mental a que se había sometido al administrado. Resulta llamativa la similitud de las garantías aportadas en el estado de Louisiana en materia expropiatoria, con la previsión del ordenamiento jurídico español en cuanto a que un procedimiento expropiatorio nulo o ilegal, puede devenir en la responsabilidad de la Administración expropiante, y en una indemnización por la consumación de una “via de hecho” ilegal³¹⁰. Es peculiar así mismo la conclusión a que se ha llegado en el Estado de Louisiana en el concepto de negligencia contributiva, pues mientras en la mayoría de los estados la indemnización de la víctima que ha sufrido un daño se modera en función a su intervención en la causación del mismo, sin embargo, en el Estado de Louisiana³¹¹ históricamente, se ha optado por considerar que no procede moderar la

³⁰⁷ Louisiana Laws, Revised Statutes, TITLE 9 - Civil Code-Ancillaries; RS 9:2800 - Limitation of liability for public bodies, 2015.

³⁰⁸ 56 So. 2d 132 (La. Ct. App. 1963). Corte de Apelaciones de Louisiana.

³⁰⁹ ROSHTO, R. “Torts-Trespass By Municipality – Punitive Effect of Damages for Mental Suffering”. *Louisiana Law Review*, Volume 24, number 4, 1964. Refiere el profesor, en relación a esta cuestión, que, en la resolución del asunto “*Belgarde V. City of Natchitoches*”, “(...) se aprecia la influencia del Código Civil Francés en el Código Civil del estado de Louisiana el cual dispone: Un Municipio que priva de la propiedad a un individuo sin seguir el procedimiento expropiatorio es responsable y debe indemnizar tanto por daños morales como materiales”. (Traducción libre).
<https://core.ac.uk/download/pdf/235287592.pdf>

³¹⁰ LEGUINA VILLA, J. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración” *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2007 nº 136, pág. 672. Refiere el profesor que: “(...) el artículo 33.3 CE completa la garantía constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, esta vez frente a los daños expropiatorios”.

³¹¹ NOL R.R., 23 La. Ann. 462 (1871); Johnson v. Canal, C.R.R., 27 La. Ann. 53 (1875). “The Revised Civil Code” reconoce tres grados de negligencia, leve, ordinaria y grave, (Infranotes 182-184, 193-201).

responsabilidad en función de la intervención de cada parte en la producción del daño³¹².

Por otro lado en el Estado de California, tradicionalmente, conforme su código normativo, los propietarios eran responsables de la reparación de las aceras pero una ley en 1974 modificó esta cuestión haciendo responsable a la Ciudad (entendida ésta como municipio) del mantenimiento de las aceras, de tal manera que estos devinieron responsables, a partir de entonces, de los daños causados por las raíces de los árboles en el pavimento. A mayor abundamiento, respecto de los viales particulares, la ciudad está obligada a instar a los propietarios para que reparen sus aceras, pero, en cualquier caso, si aquellos incumplen su obligación serán personalmente responsables de los daños causados. Es importante puntualizar la similitud en el Derecho californiano de los requisitos para plantear una reclamación de responsabilidad patrimonial por el deficiente estado de las vías públicas, con los exigidos en el ordenamiento jurídico español. En este estado norteamericano se requiere acreditar la relación de causalidad entre la caída sufrida y el desperfecto de la vía pública que causó la misma, no obstante, para poder imputar responsabilidad al municipio se precisa además que éste haya recibido avisos sobre la peligrosa condición de la vía³¹³.

La acreditación de los daños sufridos como elemento determinante para atribuir responsabilidad a la Administración es también fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, respecto a ello, la STS de 30 de mayo de 2006³¹⁴, señaló lo siguiente: “(...) *corresponde a la Administración municipal de conformidad con lo establecido en el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372) «la conservación de caminos y vías rurales y pavimentación de las vías públicas y urbanas» (...)* En el presente caso concurren los requisitos establecidos en el artículo 139.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , es decir, daño

³¹² CHALMERS M. y WILSON P. LYMAN “Study of Comparative Negligence”. *Op cit.*p.31. Refiere el autor que “*En Louisiana se ha llegado a la conclusión Opuesta, de manera se ha adoptado la regla general concerniente a la negligencia, en el sentido de que no se reparte la indemnización.(...)*”. (Traducción libre).

³¹³ En una conocida web jurídica de consultas y asesoramiento en materia de responsabilidad patrimonial (“*Nolo*”) se informa en clave informal, de los requisitos para presentar una reclamación de responsabilidad patrimonial exitosa en el Estado de California; “*How to present your slip and fall claim in the best light when it's time to negotiate a settlement*”. WITHERS, S. (Consejos para presentar una reclamación por daños derivados de una caída).” <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/tips-settling-slip-fall-claim.html>. (Traducción libre).

³¹⁴ RJ 2006\4024.

efectivo, individualizado, evaluable económicamente y nexa causal entre la actuación administrativa y el daño producido, debido a la caída de la demandante por el socavón de cinco centímetros existente en la acera por donde transitaba, que inmediatamente después del accidente fue reparado por los servicios municipales, en el que cabía medio pie como consecuencia de la falta de media loseta, lo que supone una defectuosa consecuencia de la vía pública y la asunción de un riesgo que no tiene que sufrir la reclamante”.

V. SUPUESTOS DE EXONERACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Respeto a los estándares de funcionamiento del servicio en el Derecho español. Influencia del sistema jurídico del Common Law

El primero de los supuestos de exoneración a la hora de determinación de la responsabilidad administrativa, común en ambos ordenamientos jurídicos, es el respeto a los estándares de mantenimiento del servicio. Los tribunales españoles establecen el criterio de respeto a los estándares del servicio a la hora de determinar cuándo puede exigirse responsabilidad administrativa ante un daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos³¹⁵.

En este sentido el profesor GARCIA DE ENTERRIA³¹⁶, refiere respecto a estos estándares del servicio lo siguiente: “(...) *Conviene subrayar el hecho de que la Ley haya objetivado la anormalidad haciendo de ésta un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se remite a los estándares de rendimiento medio del servicio de que se trate, significa que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los*

³¹⁵ JIMÉNEZ BLANCO, A. y CARRILLO DE ALBORNOZ : “Responsabilidad administrativa por culpa in vigilando o in ommittendo” *Gobierno y administración en la Constitución*, vol. 1, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988. Señalan los autores que «la Jurisprudencia es la que debe fijar en cada momento el “standard” del funcionamiento anormal de los servicios públicos» (vid. «Responsabilidad administrativa por culpa in vigilando o in ommittendo», cit., p. 906). Como refiere el profesor MARTIN REBOLLO, L, *op. cit.* p. 24, “*Seguramente es inevitable que sea así, pero ello no obsta para propiciar que, en lo posible, ese estándar venga dado desde fuera, porque si no las pautas para fijar los criterios de la normalidad dependerán de las personales convicciones de cada juez. Ahí está el riesgo al que se refería A. NIETO hace ya casi veinte años: que los tribunales coloquen ficticiamente «los estándares de normalidad de los servicios a unos niveles desproporcionados con la calidad de los servicios del país» (Prólogo al libro de A. BLASCO, La responsabilidad de la Administración por actos administrativos, Civitas, Madrid, 1981, p. 18) ”.*

³¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson Reuters, Decimocuarta edición, 2015 (...), *op.cit.* p.16.

servicios públicos. Esto es lo que explica (aunque no solamente, por supuesto) el giro que se viene operando en nuestra Jurisprudencia desde que se estableció el nuevo sistema legal, en cuya primera etapa de vigencia dominaron casi absolutamente los fallos negativos a propósito de supuestos en los que hoy se admite sin dificultad el Derecho al resarcimiento (...). Ss. De 16 de diciembre de 1.997, 5 de diciembre de 2000) (...)".

En este sentido, dicha obligación, viene definida plenamente en la doctrina jurisprudencial imperante pero, en modo alguno las Administraciones se configuran como aseguradoras universales que deban asumir todo siniestro que tenga lugar en vías de su titularidad, sino tan solo cuando ha mediado una inobservancia de las obligaciones que les incumben entendiendo por ello los estándares del servicio, valga por todas la sentencia del TSJ de Castilla y León, de 5 de febrero de 2020³¹⁷. Dicha oposición a la concepción providencialista de la responsabilidad patrimonial administrativa, y a que ésta deba de responder por todo daño que se produzca en las vías públicas, se refleja en la doctrina de los diferentes órganos jurisdiccionales de dicho orden contencioso-administrativo. En idéntico sentido la sentencia del TSJ de Asturias de 31 de marzo de 2021³¹⁸, refiere: *"En relación a las irregularidades del viario, hemos manifestado en numerosas sentencias que no existe relación de causalidad idónea cuando se trata de pequeños agujeros, separación entre baldosas, (...) sorteables con la mínima diligencia y atención que es exigible para deambular por la vía pública a los peatones (...). En cambio, cuando se trata de un bache, socavón, adoquín sobresaliente, farolas truncadas por la base, ostensible desnivelación de rejillas, material suelto persistente en el tiempo, u otro elemento de mobiliario urbano que por su dimensión o ubicación represente un riesgo objetivo, difícilmente salvable o peligroso, hemos declarado la responsabilidad de la Administración, pero sin perder de vista la posible concurrencia de culpas si existen elementos de juicio para fundar una distracción o torpeza del peatón"*.

³¹⁷ JUR 2020\129761, Sentencia que define los estándares del servicio del siguiente modo: *"(...) en los supuestos de responsabilidad derivados de una inactividad, lo que se exige es la prueba de una razonable utilización de los medios disponibles en orden a evitar hechos lesivos como el que ahora analizamos, lo que en términos de prevención se traduce en una prestación adecuada a las circunstancias de tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva, lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio (...)"*.

³¹⁸ JUR 2021\168914

Para paliar precisamente las consecuencias de una concepción puramente objetiva de la responsabilidad se ha acudido a los estándares del servicio, entendiendo éstos como un criterio de calidad exigible al funcionamiento de los servicios públicos de manera que, cuando éstos se incumplen, se incurre en responsabilidad administrativa. En esta línea, la mayor o menor entidad de una deficiencia existente en la calzada es un elemento determinante del cumplimiento de los estándares del servicio y, por ende, de la determinación de la existencia de responsabilidad patrimonial administrativa³¹⁹, en esta línea, la sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de enero de 2011³²⁰ determina lo siguiente: “(...) *La obligación de mantenimiento, limpieza y conservación que compete a la Administración titular de la vía no sólo se debe entender debidamente cumplida cuando se procede a limpiar consecuencia de un aviso de siniestro, sino que esta obligación comprende la realización de un estándar de mantenimiento adecuado*”.

El problema en nuestro ordenamiento jurídico se genera precisamente porque existe notable ambigüedad a la hora de determinar cuáles son esos estándares del servicio en cada una de las ramas en que se delimita la actividad pública, es decir, unas Administraciones tienen perfectamente definidos sus estándares mediante criterios o planes de calidad, y sin embargo, la mayoría no, circunstancia que, indudablemente, motiva la diversidad de respuestas de los tribunales³²¹ que en muchas ocasiones desconocen cuáles son los aplicables a un determinado servicio o en una situación concreta planteada³²².

³¹⁹ En esta línea autores doctrinales como JUNCEDA MORENO, J: “La responsabilidad municipal por alcantarillado y suministro de aguas.” *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, Thomson Reuters Aranzadi nº72020, pp 73-78.

³²⁰ JUR 2011/149200.

³²¹ En relación a la importancia de la prueba en el seno del procedimiento contencioso-administrativo como acreditación del nexos causal, CHAVES GARCÍA, J.R.: “Especialidades probatorias en el proceso administrativo, la discreta huella del interés público” en Vol.Col dirigido por ALONSO SALGADO, C. *Tratado sobre Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2019. Pp 381-427.*

³²² CRISTIN CARAZA M.M.; *Los estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos y su incidencia en la responsabilidad de las administraciones*. Universidad de Sevilla, 2015. Sobre esta importante cuestión, la profesora aboga por establecer (al igual que ocurre en determinadas normativas anglosajonas), criterios homogéneos sobre estándares del servicio, y en este sentido, refiere: “Es imprescindible concienciar al legislador y a la Administración de que acometan una seria labor de positivización de los estándares funcionamiento, rendimiento, seguridad, mantenimiento, eficacia, diligencia, en suma, de calidad de los servicios, de forma que constituyan un parámetro de referencia clave para los jueces y para el resto de operadores jurídicos y los ciudadanos en general, dotando así al sistema de una mayor seguridad jurídica y poniendo coto al subjetivismo, la casuística y el arbitrio judicial. La tesis aquí formulada pretende mostrar las ventajas que se derivan de la

Sobre la conveniencia de una regulación objetiva de los citados estándares de funcionamiento por las distintas Administraciones, se pronunciaba ya a principios de este siglo XXI, el profesor MARTIN REBOLLO³²³ “*Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así, en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración*”.

Muchas Administraciones han intentado definir y homogenizar el tratamiento de los criterios de calidad y de los estándares de funcionamiento del servicio aplicables tanto en algún área administrativa, como en el conjunto del funcionamiento de la actividad pública, intentado compilar los mismos en un único texto, o en varios³²⁴, así progresivamente, se han aprobado normas que intentan homogenizar los estándares de calidad aplicables a los distintos servicios públicos en distintos territorios españoles. En este sentido, resultó pionera la Comunidad de Madrid, que en el año 2002, aprobó el Decreto 85/2002, *por el que se regulan los sistemas de evaluación de la calidad de los servicios públicos y se aprueban los Criterios de*

implantación de estándares de calidad de los servicios públicos, de su positivización con carácter vinculante, así como extender el conocimiento de los mismos tanto entre los usuarios externos como internos del servicio”.

³²³ MARTIN REBOLLO, L, *op. cit.* p. 24. Refiere el autor: “*El juez es quien condena. Y el juez, al condenar a la Administración, tiene necesaria e inconscientemente a la vista el desideratum de cómo debería ser la Administración. ¿Y cómo debe ser? No parece irrazonable pensar que es preferible que esas pautas estén ya prefijadas, preestablecidas de antemano. Que esas pautas vengan establecidas desde fuera. Desde la propia Administración o, en su caso, desde el legislador. Pautas que, al ser fijadas, han pasado por el tamiz de lo que se quiere y lo que se puede. Esto es, por los condicionantes políticos e ideológicos (lo que se quiere) y los condicionantes económicos (lo que se puede). A eso debe apuntar la técnica de las llamadas Cartas de Servicio a que alude ahora la reciente RD 1259/1999, de 16 de julio, que incipientemente las regula, junto con los llamados premios a la calidad. En ausencia de tales parámetros deberán ser deducidos de un procedimiento menos seguro, donde la prueba adquiriría un notable papel: el del estándar medio de los servicios públicos, e incluso privados, del país. Pautas que necesariamente deduciría el juez*”.

³²⁴ El “Plan de Calidad de los Servicios Sociales de Cataluña”, establece los estándares de calidad para las prestaciones de la Cartera de Servicios Sociales catalanes.

*Calidad de la Actuación Administrativa*³²⁵. En similar sentido, la Comunidad Autónoma Aragonesa realizó el mismo intento compilatorio en su Ley 5/2013, *de calidad de los Servicios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón*, con los criterios de calidad aplicables a la prestación de los servicios públicos en su ámbito territorial. También significativo es el intento de la Comunidad Autónoma Gallega, en recoger los mismos en su Ley 1/2015, *de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena Administración*, que nace bajo la premisa de “(...) *consagrar legalmente el principio rector de la buena administración y el de la calidad de los servicios públicos, que ahora pasan a ser derechos reconocidos con independencia del modelo de gestión por el que se hubiese optado, y se integra legalmente el procedimiento de evaluación con participación ciudadana como parte imprescindible del ciclo de las políticas públicas*”.

Sobre la conveniencia de una regulación de los citados estándares de funcionamiento por las distintas Administraciones, se pronunciaba ya a principios de este siglo XXI, el profesor MARTIN REBOLLO³²⁶ “*Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas (...). De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración*”.

³²⁵ Decreto 85/2002, de 23 de mayo.

³²⁶ MARTIN REBOLLO, L, op. cit. p. 24. Refiere el autor: “*El juez es quien condena. Y el juez, al condenar a la Administración, tiene necesaria e inconscientemente a la vista el desideratum de cómo debería ser la Administración. ¿Y cómo debe ser? No parece irrazonable pensar que es preferible que esas pautas estén ya prefijadas, preestablecidas de antemano. Que esas pautas vengan establecidas desde fuera. Desde la propia Administración o, en su caso, desde el legislador. Pautas que, al ser fijadas, han pasado por el tamiz de lo que se quiere y lo que se puede. Esto es, por los condicionantes políticos e ideológicos (lo que se quiere) y los condicionantes económicos (lo que se puede). A eso debe apuntar la técnica de las llamadas Cartas de Servicio (59) a que alude ahora el reciente RD 1259/1999, de 16 de julio, que incipientemente las regula, junto con los llamados premios a la calidad. En ausencia de tales parámetros deberán ser deducidos de un procedimiento menos seguro, donde la prueba adquiriría un notable papel: el del estándar medio de los servicios públicos, e incluso privados, del país. Pautas que necesariamente deduciría el juez*”.

2. El respeto a los estándares de funcionamiento del servicio en países de tradición anglosajona. Analogías con el tratamiento de los mismos en el Derecho español.

Si se examina la normativa y la doctrina jurisprudencial en materia de respeto de los estándares del servicio en los países sujetos a la Common Law, resulta evidente, que el criterio de respeto a los estándares del servicio configurado jurisprudencialmente en nuestro Derecho español, proviene del influjo del ordenamiento jurídico de tradición anglosajona, donde históricamente se han considerado elementos determinantes a la hora de establecer y graduar la responsabilidad de los municipios por la causación de daños a particulares. Tanto la doctrina judicial como la propia normativa regulan en los distintos países sometidos la Common Law, los criterios a la hora de establecer cuáles son los estándares del servicio en áreas sometidas a amplia litigiosidad, como son los viales, carreteras y autopistas públicas, considerando dichos estándares como elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial administrativa.

El respeto a los estándares del servicio, en la tradición anglosajona, viene íntimamente ligado al principio “duty of care”, deber de cuidado que deben tener las Administraciones con respecto a sus ciudadanos³²⁷. Valga como ejemplo el reciente asunto resuelto por la Corte Suprema de Canadá “*City of Nelson v. Taryn Joy Marchi*” en el que se enjuiciaba la responsabilidad del municipio de Nelson por la caída de una viandante que resbaló en una acera nevada que no había sido convenientemente limpiada por el municipio. En primera instancia la Corte absolvió al municipio porque consideró que concurría la negligencia de la víctima al cruzar por una zona que no estaba perfectamente limpia, pudiendo haber transitado por otro camino ya abierto, no obstante la Corte Suprema de Apelaciones, revocó la sentencia argumentando que existe sobre el municipio un deber de cuidado “duty of care” que había sido vulnerado por el municipio de Nelson, argumentando que, “(...) aunque no hay sugerencia de que la inactividad municipal haya estado guiada por la mala fe, la Ciudad falló en su obligación de garantizar el “deber de cuidado” frente a la demandante y, en consecuencia la Corte ordena la repetición del juicio ”.

³²⁷ “*Nelson (City) v. Marchi*” 2021 SCC 41 (traducción libre).

El origen de esta concepción de estándares del servicio, es diferente en los distintos países de tradición anglosajona, así en Canadá de los años 70 se fijó una excepción a la regla general de inmunidad del municipio a las demandas de daños, respecto de aquellas circunstancias de las carreteras en invierno que crean una “*especial situación de peligro*” y respecto de las cuales los municipios no han respetado la periodicidad de limpieza de la vía de hielo o nieve³²⁸. A principio de los años 80, la Corte de Ontario, empezó a declarar la responsabilidad de los municipios por no haber puesto remedio generalizado a las condiciones de hielo en sus carreteras en un determinado intervalo de tiempo desde que se formó el mismo, es decir por no respetar los estándares del funcionamiento del servicio de carreteras.

Puede observarse en la doctrina judicial canadiense de los últimos veinte años la evolución de la doctrina de los estándares del servicio en Canadá, como ruptura de la doctrina de la inmunidad del municipio, deviniendo en responsabilidad de aquellos cuando se prueba la ausencia de respeto de dichos estándares preestablecidos, en íntima unión con la vulneración del “deber de cuidado” de la Administración para con los ciudadanos. Muestra de dicha evolución lo supone la sentencia dictada en 1996 por la Corte de Apelaciones de Ontario, en el asunto denominado “*Montani v. Matthews*”³²⁹. Constan como antecedentes fácticos del caso, que el demandante, un vecino de la localidad, resultó lesionado cuando su vehículo quedó fuera de control después de sufrir un accidente motivado por la presencia de una placa de hielo en la calzada de un puente de una carretera provincial. En los hechos probados se acreditó que el accidente ocurrió a las 11.30 de la mañana, resultando de contrario que los servicios municipales habían vertido sal en la calzada a las 8.30 a.m. de ese mismo día. El hielo no se formó hasta las 11 am y se iba a reponer la arena para prevenir el mismo en el momento en que el accidente ocurrió. La sentencia dictada declaró la responsabilidad del municipio por no haber mantenido adecuadamente la carretera, puntualizando que, el deber de responder ante las condiciones de hielo, se había convertido en un deber de prevenir la existencia de hielo.

A resultas del casos como el de “*Montani v. Matthews*”, existió un incremento constante de la preocupación de los municipios sobre la responsabilidad y su

³²⁸ Traducción del original “*Highly special dangerous situation*”.

³²⁹ (1996) 91 O.A.C. 161 (CA).

aseguramiento, y de conformidad a la misma, el gobierno de Ontario hubo de realizar varias modificaciones de la normativa que regulaba los estándares de mantenimiento mínimos de las carreteras municipales (*Minimum Maintenance Standards for Municipal Highways, MMS*) para crear y articular diferentes defensas jurídicas por el municipio, la más crucial fue la sección 44 3 c), la cual requiere la aprobación por los municipios de unos mínimos estándares de mantenimiento del servicio de carreteras. En este sentido, la normativa de Toronto, establece determinaciones específicas, a medio de su normativa (Ontario 612/06 O. Reg. 612/06)³³⁰; “*Minimum maintenance standards for highways in the city of Toronto*” (“*Estándares de mantenimiento mínimos de las carreteras municipales en las autopistas de la ciudad de Toronto*”) respecto del cumplimiento de los estándares de funcionamiento del servicio por los municipios, en el supuesto de daños producidos en las autopistas públicas. Se prevé en la misma la exención al municipio de los daños causados por deficiencias en las carreteras públicas si se prueba que se han respetado los estándares mínimos de mantenimiento de la ciudad de Toronto. Esta regulación, clasifica las autopistas en cinco clases distintas, dependiendo de los límites de velocidad y señales de tráfico. La regulación también señala numerosas situaciones de riesgo, tales como superficies heladas, nieve, agujeros en la vía pública etc. e identifica otras situaciones (profundidad de la nieve, acumulación etc.) que requieren una respuesta municipal en un periodo de tiempo que también se señala en la norma.

No obstante, pese al incremento de la seguridad jurídica que supuso la aprobación de la normativa MMS, el asunto “*Giulani v. Halton*”³³¹ resuelto por la Corte Superior de Ontario, en diciembre de 2011, se introdujo una nueva doctrina que alteró, nuevamente, el criterio del estándar del servicio aplicable. Constan como antecedentes de este asunto el acaecimiento de un accidente en la región de Halton, en abril de 2003, día en el que había comenzado a nevar desde primeras horas, y se habían acumulado en la carretera dos centímetros de nieve con placas de hielo circunstancia que propició el accidente sufrido por un conductor a las 4 de la mañana; A pesar de que el servicio de mantenimiento de carreteras funcionó adecuadamente y limpió la calzada a las 6 de la mañana, en los hechos debatidos por la Corte, se cuestionó si existía o no responsabilidad del municipio, toda vez que, conforme las

³³⁰ <https://www.ontario.ca/laws/statute/06c11>.

³³¹ “*Giuliani v. Halton*”, 2011 ONSC 5119.

estándares del servicio de la normativa MMS, atendiendo al tipo de autopista (segunda categoría), no se debían acometer las tareas de mantenimiento hasta que la acumulación de nieve fuese de cinco centímetros.

La Corte de Apelación de Ontario, resolvió que existía responsabilidad municipal, señalando que, aunque se respetaron los estándares en lo relativo al deber de prevenir la acumulación de nieve, sin embargo, no se respetó el deber de evitar la formación de hielo en la calzada, declarando al municipio responsable por no haber adoptado medidas preventivas. A partir de entonces se entendió, por parte de la doctrina, que esos estándares eran meramente orientativos, y que no excluían el deber de municipio de actuar preventivamente si era conocedor de cualquier circunstancia que pueda favorecer el acaecimiento de accidentes de tráfico. Se estableció que los municipios en su función preventiva de los riesgos que puedan ocasionarse a los ciudadanos y en ejercicio del “duty of care”, deben de disponer de un servicio de inspección de carreteras adecuado, para prevenir la formación de accidentes derivados de la acumulación de nieve y hielo en la calzada³³².

Esta regulación denominada “*Minimum Maintenance Standards for Highways 612/06*”, clasifica los estándares exigibles, en varios aspectos relativos al mantenimiento de las carreteras, tales como patrullas de inspección del estado de las vías, esparcimiento de sal, eliminación de la nieve acumulada y reparación de deficiencias en la vía pública), estándares que a su vez varían dependiendo del tipo de carretera, volumen de tráfico y límites de velocidad de la misma. En este sentido, la norma obliga a una mayor celeridad de la Administración en la reparación de deficiencias en las carreteras y autopistas con mayor volumen de tráfico, respecto de las carreteras secundarias que no registran esa densidad de vehículos. De este modo,

³³² LAMERS M, Lerner Lawyers, 17 de abril de 2012. (Sobre este conocido asunto, el autor, refiere: “En el asunto *Giuliani*, el incumplimiento del municipio se debió a que no tomó medidas razonables para evitar la formación de hielo en la carretera. Como señaló el Tribunal de Apelación: “Excepto en raras circunstancias, las condiciones de una tormenta de invierno generalmente son anticipadas por pronósticos meteorológicos que predicen su llegada. En la mayoría de los casos en los que se pronostica una tormenta invernal, los municipios pueden anticipar razonablemente que la nieve se acumulará y que el hielo podría formarse, ya sea por lluvia helada, granizo o por la caída de nieve, que cubre la carretera (...). En todas esas circunstancias, los municipios deben tomar las medidas preventivas adecuadas para evitar que se desarrolle una carretera en malas condiciones y, basándose en “*Giuliani v. Halton*”, no pueden esperar hasta que haya acumulación de nieve antes de actuar”. (Traducción libre).

<https://lernerpersonalinjury.ca/articles/case-comment-giuliani-v-halton-municipality/>

se prevé que, en las carreteras con mayor densidad de tráfico, el municipio deba reparar los defectos en el pavimento en el plazo de cuatro días desde que el daño se constata. En las carreteras secundarias, la Administración puede disponer de un plazo de 30 días para reparar el defecto.

En Canadá, al igual que los propietarios particulares son responsables por las condiciones inseguras en su propiedad, los municipios son también responsables de los daños causados a terceros motivados en la vulneración del deber de cuidado necesario para mantener a las personas seguras (“*duty of care*”). En este sentido, la Ontario’s Municipal Act, 2010, define la serie de específicas responsabilidades de los distintos servicios y departamentos del municipio. De esta manera, si alguien sufre un daño en una propiedad municipal y se sugiere que el mismo está causado por una condición insegura, se utilizan los criterios de la Municipal Act 2010 para determinar si puede ser imputable al funcionamiento del servicio, y si esa propiedad cumple con los estándares del servicio determinados la misma. Así en un asunto que creó Jurisprudencia, el caso “*Ingles v. Tutkaluk Construction, 2000*”, la Corte Suprema de Canadá estableció que “*los municipios deben un deber de cuidado a todos aquellos respecto a quienes es razonable concluir que podrían resultar perjudicados por el ejercicio negligente de las facultades de inspección*”.

Estos estándares del servicio en Canadá y, respecto de lo que concierne a las obligaciones municipales con relación a las mismas, implican no solamente el mantenimiento de aquéllas en adecuado estado de conservación, sino también el deber de avisar a los usuarios de la vía de la existencia de un peligro, obligación que deviene de suyo, en tanto que los municipios son responsables del amplio número de servicios públicos que ofrecen incluyendo la construcción de carreteras y el mantenimiento del sistema de abastecimiento de agua, los parques infantiles, aceras y edificios. El incumplimiento de los estándares del servicio que deviene en responsabilidad del municipio, es abordado en el asunto “*Fordham Vs. Dustin Dunwich (municipality)*” 2014³³³. En este conocido caso que creó doctrina, el demandante sufrió un accidente de tráfico al no poder detenerse o reducir la velocidad en una señal de stop en una intersección, perdiendo el control del vehículo y colisionando contra un puente. El actor argumentó en favor de su pretensión, que el municipio no había respetado los

³³³ ONCA 891, 2014.

estándares del servicio, no sólo por el propio diseño de la carretera con varias curvas peligrosas justo antes de la señal de stop, sino también por la pérdida de la señal de peligro curva cerrada (que no había sido repuesta en su lugar), lo cual afirmaba, constituía un supuesto de negligencia por vulneración de los estándares del servicio, del cual el municipio era responsable. En la sentencia dictada, el juez aceptó que si se hubiese colocado la señal de curva peligrosa el demandante no hubiese resultado herido, incluso aunque no se hubiese detenido ante la señal de stop. En consecuencia, la Corte Superior de Ontario, en su fallo, determinó una compensación de culpas al 50% entre el demandante y el municipio titular de la calzada.

Dicha sentencia fue objeto de recurso, concluyendo la Corte de Apelaciones de Ontario que existía un deber municipal de mantener la calzada en adecuadas condiciones (estándar del servicio) y esa obligación incluía el procurar que esas carreteras fuesen seguras para los conductores ordinarios que utilicen la prudencia mínima exigible a la hora de circular por las mismas, señalando que: *“Un municipio tiene el deber de prevenir o remediar las condiciones en las carreteras que suponen un riesgo no razonable para conductores prudentes”*. La Corte, estableció clara y sucintamente que *“El deber municipal de reparación razonable no se extiende a hacer las carreteras seguras para conductores negligentes”*.

En otro conocido asunto, el denominado *“Lloyd V. Bush”*³³⁴, la Corte Superior de Ontario se planteó la responsabilidad municipal derivada de los daños sufridos en un vehículo que transitaba por una carretera nevada, estableciendo a partir del fallo dictado, cuál debe ser el estándar de mantenimiento del servicio en el supuesto de carreteras nevadas o afectadas por el hielo. Los hechos de la demanda se circunscriben a lo siguiente, dos vehículos colisionaron en una carretera nevada en enero de 2003. Los vehículos que impactaron de frente, uno contra otro, venían por direcciones opuestas en una carretera de doble sentido, con pronunciadas curvas. La nieve llevaba cayendo desde medianoche, y continuó acumulándose hasta las 10:35 de la mañana. El juez del caso aceptó la evidencia de que se había esparcido sal/arena en la calzada en las dos direcciones entre las 4 de la mañana y la hora del accidente, aunque no se habían presentado pruebas suficientes de dicha circunstancia.

³³⁴ 2015 ONSC 761.

El juez resolvió que la calzada estaba cubierta de nieve y resbaladiza a la hora del accidente. Aunque aceptó que se hubiese repartido sal y arena en la calzada entre las 4 de la mañana y la hora del accidente, le pareció que la mezcla de ambos productos, fue inadecuada e inefectiva. De nuevo, se estimó que si el municipio había repartido el material adecuadamente, y limpiado la calzada, el accidente podría haberse evitado, considerando que por tanto había infringido el deber de cuidado “*duty of care*”. Entran en juego aquí, al igual que sucede en Derecho español, los estándares del servicio, referidos a la periodicidad en la limpieza de la calzada, así, en este sentido, el municipio no pudo probar cuales eran las tareas de inspección de dicha calzada en invierno, así como las actividades de mantenimiento de la vía, en el momento del accidente. Las pruebas se basaron únicamente en los testimonios de los empleados de mantenimiento, considerados por el tribunal claramente insatisfactorios, obteniendo, en consecuencia, una sentencia condenatoria. Se extrae como conclusión a todo lo expuesto anteriormente, la importancia de los estándares del servicio como circunstancia determinante de la responsabilidad administrativa.

Al igual que el estándar del servicio es una cuestión fundamental para determinar la existencia de responsabilidad en el Derecho español en el supuesto de caídas en la vía pública, en el Derecho anglosajón, es fundamental la existencia de dicho estándar para apreciar la responsabilidad municipal por dicho motivo. En Canadá, también se adopta sin cortapisas la doctrina de la Common Law de la negligencia contributiva (“*contributory negligence*”)³³⁵, de manera que, de haber intervenido la víctima de cualquier manera en la causación del daño, la responsabilidad del causante quedará moderada en proporción a la misma.

Otra cuestión trascendental que se aborda en el ordenamiento jurídico canadiense y sobre la cual existe abundante doctrina judicial, es la responsabilidad del municipio en la causación de daños a terceros, considerándose, con carácter general que el municipio es responsable de los mismos cuando no se han adoptado las medidas adecuadas en evitación de riesgos a sus ciudadanos. En este sentido, la normativa

³³⁵ CHALMERS M. y WILSON P. LYMAN “Study of Comparative Negligence”. *Op cit.* p.31. Ya en su día los profesores, respecto de la aplicación del principio de negligencia contributiva en Canadá referían lo siguiente: “(...) *Las Provincias Canadienses de Ontario y Quebec, sostuvieron que la negligencia del demandante no exonera al demandado cuya negligencia sea la causa inmediata del accidente; en su día ya bajo el Acta de Negligencia de 1930 “cada uno debería ser responsable de su contribución y debería indemnizar a la otra parte en proporción al grado de intervención o de negligencia de cada uno (...)*”. (Traducción libre).

“Ontario Municipal Act, 2001”³³⁶, define las numerosas y específicas responsabilidades de varios servicios y departamentos municipales. Se recoge, entre otras cuestiones, expresamente, la responsabilidad municipal en el supuesto de que una persona sufriese un daño en una propiedad municipal causado por ausencia de su adecuada conservación y mantenimiento, motivado por la ausencia de respeto de los estándares del servicio previstos en la citada regulación. A mayor abundamiento, la aprobación de la citada “Ontario Municipal Act, 2001”, fue fundamental a la hora de definir los estándares del servicio y el límite de la responsabilidad municipal, de manera que a partir de aquella se configuró a los mismos como proveedores de un amplio rango de servicios, incluyendo las carreteras, el abastecimiento de aguas, las áreas recreativas, parques, aceras y edificios públicos, de cuyo mantenimiento conforme a dichos estándares, debían de responder. No obstante, a pesar de dichas obligaciones legalmente impuestas a los municipios canadienses, los requerimientos exigidos a una demanda planteada contra éstos para que llegue a prosperar, son más estrictos que respecto a los que deberían aplicarse a una acción de daños interpuesta contra un particular.

En el ámbito de la responsabilidad en materia urbanística de los municipios canadienses, hubo un caso que sentó doctrina, el asunto denominado “*Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*”³³⁷. En este asunto, la Corte Suprema de Canadá estableció que los municipios deben tener un deber de cuidado respecto a todo aquello que podría causar un daño derivado del ejercicio negligente de sus facultades de inspección de los edificios públicos ³³⁸.

En otro orden de cosas, en lo que se refiere a caídas, tropezones y resbalones muy habituales en las ciudades canadiense distingue en este sentido la normativa de 2001, dos situaciones: Que se hubieran producido tanto por caídas en calles heladas,

³³⁶ Municipal Act, 2001, S.O., c. 25; <https://www.ontario.ca/laws/statute/01m25/v65>.

³³⁷ Date 2000-03-02 Neutral citation 2000 SCC 12 Report [2000] 1 SCR 298 Case number 26634.

³³⁸ A raíz de esta sentencia, en la que identifica como fuente de responsabilidad una deficiente inspección de un edificio, como sugiere el autor doctrinal, LOOPSTRA M.K.C. “Negligent Building Inspections” (...) *Op. cit.* p.109. Efectúa el profesor, respecto de la responsabilidad por deficientes inspecciones de edificios, la siguiente apreciación: “*Las deficiencias en los edificios constatadas mediante inspecciones, se han convertido en la mayor fuente de responsabilidad patrimonial del municipio. Los demandantes están haciendo uso de expertos en planeamiento urbanístico para elaborar informes cada vez más críticos con los Ayuntamientos, identificando deficiencias en edificios públicos. Esto ha resultado en un incremento de los litigios contra los Ayuntamientos por fallar en identificar deficiencias en una inspección o simplemente no realizar inspección alguna (...)*”.

o por el defectuoso mantenimiento de las aceras o calzadas. En ambos casos, el criterio de imputación es la culpa o negligencia grave (“*gross negligence*”) del municipio, bajo los criterios de la “Municipal Act, 2001 section 44”, que equipara la negligencia grave con una falta de diligencia muy severa, como la motivada por la caída de un ciudadano en una acera helada, si se acredita que los servicios meteorológicos advirtieron de las malas condiciones meteorológicas y el municipio no adoptó medidas para prevenir acumulaciones de nieve y hielo susceptibles de ocasionar accidentes en las vías públicas. De este modo, una reciente revisión del acta “Municipal Act 2001”³³⁹, señala que: “*Una vez que hay una probabilidad alta de formación de nieve en la calzada, el municipio debe tratar la calzada en un periodo de tiempo predeterminado, en este sentido, si el municipio cumple los estándares mínimos para intentar prevenir que se forme hielo, y pese a ello el hielo se forma, el municipio únicamente incurre en responsabilidad cuanto toma conciencia de la formación de hielo, pese a haber adoptado todas esas medidas preventivas*”.

En idéntico sentido, en caso de otras caídas sufridas en las vías públicas, la reclamación del ciudadano por daños, también puede suponer el desplazamiento de la inmunidad del municipio si se acredita que la construcción de la vía donde se produjo el accidente fue defectuosa, o si la caída se debió al incorrecto mantenimiento de aquella. En Canadá, los municipios tienen una obligación no solo de realizar las reparaciones necesarias sino también, de advertir a los usuarios sobre una eventual situación peligrosa, deviniendo en caso contrario en responsabilidad de la Administración competente sobre ésta.

En otro asunto que también creó doctrina en Canadá, el denominado “*Deering v. Scugog (Township)*”³⁴⁰ dos jóvenes hermanas, que sufrieron una cuadriplejía como consecuencia de un accidente de tráfico, demandaron al municipio titular de la vía, invocando que la causa del mismo fue debido al mal estado de conservación de la carretera cuya iluminación era deficiente y la señalización inadecuada. La justicia consideró que la escasa visibilidad, la ausencia de línea central, el límite de velocidad inadecuadamente alto, los estrechos arcones, y la existencia de curvas cerca de la carretera fueron factores que condujeron a la colisión. La sentencia dictada, aplicando

³³⁹ Municipal Act 2001, S.O. 2001, c.25-Bill 111 –Ontario.

³⁴⁰ 2012 ONCA 386 (CanLII) ; 262 O.A.C. 378 (CA) 2008, de la Corte de Apelaciones de Ontario.

la doctrina “*contributory negligence*” o de negligencia contributiva, también declaró responsable en una tercera parte a la actora, por conducir 10 km. por encima del límite de velocidad permitida, considerando a varios municipios responsables en las otras 2/3 partes³⁴¹. En idéntica línea, en otro asunto, denominado, “*Herbert v. City of Brantford*”, la Corte Superior de Ontario determinó que la víctima que había sufrido un accidente de bicicleta causante de importantísimas lesiones, había contribuido a la causación del daño en un 60%, por resultar acreditado que transitaba por un puente a una velocidad inadecuada, pero considera a su vez al municipio responsable en la cuantía restante por el defectuoso mantenimiento de la senda peatonal y del puente sobre la misma³⁴².

En el asunto “*Cartner v. Burlington (City)*”³⁴³, la Corte de Apelaciones de Ontario en un caso en el que se ventilaba si un municipio había adoptado las medidas preventivas necesarias para evitar el deterioro de un vial público, definió el límite a partir del cual puede considerarse que un municipio vulnera su obligación de mantener las aceras en razonables condiciones de conservación. Constan como antecedentes del mismo los siguientes: Una vecina del municipio sufrió una caída cuando iba caminando por una vía pública que estaba, en el momento de acaecimiento del accidente resbaladiza como consecuencia de un vertido origen desconocido. Aunque la substancia resbaladiza que ocasionó la caída provenía de un establecimiento cercano, la obligación de mantenimiento de la acera recaía en el municipio. Tanto la empresa propietaria de establecimiento industrial que había ocasionado el mismo, como el municipio fueron demandados. En el juicio resultó probado que el municipio era consciente de los problemas de la acera donde la actora sufrió la caída, pues llevaban realizándose tareas de reparación de las deficiencias observadas en dicho punto, desde en el año 1.999. El juez consideró que esa sección de acera donde se

³⁴¹ “*Herbert v. City of Brantford*” 2010 ONSC 2681.

³⁴² “*Torts: Shared Boundary MVA*”. Tal y como se refieren los antecedentes de este caso analizados por el despacho jurídico “Supreme Advocay LLP” “*El asunto llegó a la Corte Suprema de Canadá que desestimó el recurso planteado por los Ayuntamientos que habían sido declarados responsables de la causación del daño (...). La diferencia entre los casos “Deering” y el asunto “Morsi” es la conducta del conductor antes de la pérdida de control del vehículo. La ley establece que el conductor ordinario no es aquel que es perfecto pero sí el que ocasionalmente puede conducir con una imprudencia leve. Sin embargo, si se prueba que la conducción era susceptible de ser considerada una imprudencia grave, como ocurrió en el caso “Morsi”, en este caso, debería apreciarse una exención de responsabilidad del ente local*”. <https://canliiconnects.org/en/summaries/26060>. Consulta el 18 de enero de 2.021. (Traducción libre).

³⁴³ “*Cartner v. Burlington (City)*” et al.2010 ONCA 407.

produjo la caída, aunque era de nueva construcción, estaba incorrectamente construida y diseñada pues tenía una marcada pendiente desde la carretera que motivaba que las aguas y vertidos se quedasen estancados, y además, la falta de mantenimiento posterior resultó determinante a la hora de declarar la responsabilidad del municipio basada en la falta de cumplimiento de los estándares de funcionamiento del servicio. El juez declaró responsables solidarios tanto al municipio, como al establecimiento comercial que realizó el vertido en la acera. La sentencia de apelación confirmó la de instancia.

En cuanto a los hundimientos o agujeros de la acera, la normativa Municipal Act 2001, antes referida, declara la responsabilidad municipal si la deficiencia en el pavimento es superior a 2 centímetros, en muy similar criterio con la doctrina mantenida por nuestros tribunales de justicia que establecen, en muchos casos, que un hundimiento o desnivel entre baldosas superior a 2 o 3 centímetros, es suficiente para que el municipio sea declarado responsable cuando se cumplen el resto de criterios exigibles en materia de responsabilidad. En este sentido, ese criterio tal parece directamente importado del Derecho anglosajón, resultando ciertamente novedosa a la luz de la jurisprudencia y doctrina sentada por los tribunales de justicia, la tendencia en los últimos tiempos de apreciar unos estándares de cumplimiento del servicio cada vez más rigurosos como una circunstancia generadora de responsabilidad. Valga por todas, a efectos ilustrativos, la sentencia del TSJ de Asturias de 31 de marzo de 2021³⁴⁴, la cual refiere: *“Así pues, en el campo que nos ocupa, de pavimentación y conservación de vías públicas, el estándar exigible dependerá de la naturaleza de la vía (ubicación, anchura y pendiente, condiciones de calidades de la zona, condiciones del proyecto original de urbanización, etcétera), su uso (mayor exigencia en calles céntricas, zonas de usuarios públicos por proximidad de centros sanitarios o escolares, bibliotecas, mercados, etcétera) y de la entidad del desperfecto u obstáculo determinante del daño (profundidad, extensión, sobresaliente, perfil, etcétera), no generando responsabilidad los que sean insignificantes ni los de difícil evitación”*.

En el otro lado del Atlántico, debe señalarse que los municipios canadienses son pioneros en la introducción y recopilación de los estándares del servicio de las carreteras públicas y, a resultas de ello, desde hace ya décadas se han ido aprobando

³⁴⁴ JUR 2021\168914.

guías con estándares normalizados en las diferentes áreas de servicios públicos, relativos al mantenimiento y conservación de las carreteras en sus respectivas jurisdicciones. La más reciente ha sido la norma denominada “*Minimum Maintenance Standards for Municipal Highways* “MMS”³⁴⁵ de 1 de noviembre de 2.002 que determina una serie de estándares mínimos de mantenimiento de las carreteras canadienses. Aunque tiene en principio carácter orientativo, sin embargo, desde su aprobación, la mayoría de los municipios se han valido de los MMS para establecer los criterios de calidad y exigencia respecto del mantenimiento de las carreteras. Sentada esta premisa, sin embargo la doctrina de los tribunales en los últimos tiempos, ha dejado sentado que su cumplimiento no implica la absolución del municipio a las demandas de daños, de hecho, la Corte de Apelaciones de Ontario, en la sentencia dictada en el asunto “*Giuliani v. Halton*”³⁴⁶, consideró que los mismos no podían ser utilizados como una suerte de inmunidad total del municipio a las demandas de daños planteadas por los ciudadanos respecto de los accidentes sufridos en las carreteras públicas.

No obstante, pese a la actual tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad en el ordenamiento canadiense, lo cierto es que ello en modo alguno implica una responsabilidad universal de la misma, de hecho, va implícito en el ordenamiento jurídico canadiense que el título de imputación de la responsabilidad por daños venga motivado por la culpa o la negligencia. Dicha concepción deviene de la doctrina de la primera parte del siglo XX, donde la interpretación de la responsabilidad municipal por daños causados en caminos o carreteras nevadas fue muy restrictiva, de hecho, la Corte de Ontario estableció el principio general de que ni siquiera existía obligación de los municipios de esparcir sal o arena en las carreteras para prevenir la formación de hielo o nieve. El razonamiento se fundamentó en que los municipios no se podían entender como aseguradoras de los usuarios de las carreteras y que los conductores en Ontario no podían legítimamente asumir que las carreteras van a ser siempre seguras para transitar, incluso respetando los límites de velocidad marcados.

³⁴⁵ O.Reg. 239/02 (Under Municipal Act, 2001), S. O. c.25.

³⁴⁶ “*Giuliani v. region of Halton*”, 2011 ONSC 5119.

Esta doctrina nos recuerda indudablemente a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, valgan por todas las STS de 13 de septiembre de 2002³⁴⁷ y de 30 de septiembre de 2003³⁴⁸, que preceptúan que las Administraciones Públicas no pueden ser aseguradoras universales de todo tipo de riesgos. Es además de sumo interés la aplicación por nuestros tribunales de justicia de la doctrina sobre los estándares del servicio anglosajona. Ese influjo también se ha manifestado en lo que coloquialmente, la doctrina entiende como “*soft law*” en Derecho administrativo o, en su traducción, “*Derecho suave*”³⁴⁹ tal y como lo define RAMIREZ ESCUDERO³⁵⁰ que considera que (...) “*son normas que no son normas, pero nadie se atrevería a afirmar que su existencia va desnuda de efectos jurídicos*”, dicho “*soft law*” debe entenderse de modo opuesto de lo que podría denominarse como “*hard law*” que no son otras que las normas administrativas de carácter preceptivo, imperantes en cada rama de actividad de las diferentes Administraciones Públicas españolas.

En esta línea, la profesora MONTOYA MARTIN³⁵¹ apunta la posibilidad de emplear la calidad de los servicios y sus técnicas de evaluación, como parámetro de control de la discrecionalidad de la Administración en la elección de las fórmulas organizativas. No obstante, con independencia de ello, ha puesto de relieve que debe

³⁴⁷ RJ/ 2002/8649: “*La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos (...)*”.

³⁴⁸ RJ/2004/586.

³⁴⁹ CRISTIN CARAZA M.M.; *Los estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos (...)*. Op.cit.p. 155. Refiere la autora: “*El soft law no constituye parámetro de validez de otras normas ni, en principio, admite su impugnación. No suele publicarse en los boletines o diarios oficiales. Pese a todo ello, el conjunto de disposiciones o normas que conforman el soft law son ampliamente conocidas y aceptadas mayoritariamente por los distintos niveles. Incluso los Tribunales, cuando normas de soft law han sido objeto de publicación, como sucede con las Cartas de Servicios o algunas Instrucciones, muestran su predisposición a otorgarles efectos en el mundo del Derecho*”.

³⁵⁰ RAMIREZ-ESCUADERO, S.D.: *El soft law administrativo-Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson, Civitas, 2008. Define el autor el “*soft law*” de la siguiente manera: “*(...) Son normas que no son normas, pero nadie se atrevería a afirmar que su existencia va desnuda de efectos jurídicos (...)* es una “*fuerza del Derecho imprevista por el constituyente, cuya ubicación en el ordenamiento se ha ido formando con el paso del tiempo (...)*”. Refiere además el autor que “*Durante los últimos años, el Derecho ha experimentado la aparición de nuevos instrumentos jurídicos, caracterizados por su falta de acomodo en el sistema tradicional de fuentes: los códigos de conducta, las cartas de servicios, los programas o directrices, etcétera. La irrupción de estas técnicas de regulación ha sido especialmente intensa en el Derecho Administrativo, donde los poderes públicos han recurrido a ellas para ganar eficacia, transparencia y agilidad. Sin embargo, estas cualidades han ido acompañadas de otras no tan positivas, pues el nuevo universo de normas atrae serios interrogantes que afectan a la seguridad jurídica, el principio de legalidad o la protección de derechos fundamentales*”.

³⁵¹ MONTOYA MARTIN, E.: *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.

existir una correspondencia entre la forma jurídica elegida por la Administración para prestar un determinado servicio y los resultados obtenidos con relación a concretos parámetros de calidad de prestación del mismo, como pueden ser “*los tiempos de respuesta o prestación, flexibilidad, fiscalidad, etc. (...)*”³⁵².

En este sentido, ese influjo de la doctrina Common Law, se aprecia incluso en la doctrina sentada por los órganos judiciales unipersonales, valga por ejemplo la sentencia del JCA 1 de Vitoria de 28 de Julio de 2015³⁵³ que, pese a ser dictada por un órgano jurisdiccional unipersonal y de primera instancia se trae a la presente Tesis en tanto que examina los estándares del servicio del Ayuntamiento de Vitoria que ha recopilado aquellos en una regulación propia, en su momento novedosa. De esta manera, la resolución judicial examina los mismos de una manera muy similar al que realiza la Corte Superior de Ontario, en el asunto “*Montani v. Matthews*”. Consta como hecho probado en los autos del procedimiento que la ciudad de Vitoria, tiene un Plan de Nevadas donde se definen (en similar forma que en la normativa MMS de Ontario) los estándares de mantenimiento del servicio de carreteras y calzadas de la ciudad en caso de nevadas. Este estándar de funcionamiento del servicio es utilizado regularmente en los juzgados competentes, para valorar si existe responsabilidad administrativa en el supuesto de daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos del municipio, así se concluye en los fundamentos jurídicos de dicha sentencia, que:

“(...) Consta en el Plan de Nevadas para el invierno 2011-2013 el grado de atención que correspondía proporcionar en las distintas aceras del municipio: planificación de limpieza para recodos y zonas de trabajo, recorridos peatonales, aceras con paradas de transporte público (código rojo), aceras perimetrales de

³⁵² A modo ilustrativo:

“*Plan de Calidad del Ayuntamiento de Alicante*”:

<https://www.alicante.es/sites/default/files/documentos/documentos/pla-qualitat-lajuntament-dalacant/plan-calidad.pdf> ;

“*Guía de calidad y mejora en las Administraciones Públicas del Gobierno de Navarra*”

<https://www.navarra.es/nr/rdonlyres/9b1ae1c6-4635-40e7-9db4-2309d9946b86/320708/guiadecalidadymejoradelasaapp.pdf> ;

“*Plan de Calidad de los Servicios Sociales de Cataluña*”:

https://www.google.com/search?q=plan+de+calidad+de+los+servicios+sociales+de+catalu%C3%B1a&rlz=1C1CHBD_esES892ES892&oq=plan&aqs=chrome.0.69i59j69i57j69i59l2j0i20i263i512j46i131i199i433i465i512j0i20i263i512j0i433i512j46i433i512j0i512.3125j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8

³⁵³ P.A.157/15.

manzanas de barrio (naranja), de perímetros interiores (...) Por muy estricto concepto que se tenga de la función de vigilancia de la Administración dada la naturaleza del factor causante del accidente y la posibilidad de que la placa de hielo se hubiera producido el mismo día ante la bajada de la temperatura, ~3°, se hubiera producido poco antes de ocasionarse aquel (...)”.

En la misma línea, otra sentencia del TSJ de Asturias de 30 noviembre de 2001³⁵⁴ (seguida por muchas otras) hace depender el estándar para determinar la existencia de responsabilidad municipal en caso de carreteras nevadas, de criterios tales como, la zona donde se produjo la acumulación de nieve (su ubicación dentro de la ciudad y si se trata o no de una arteria principal del municipio) además de otras circunstancias, (la mayor o menor pendiente de la vía) o frecuencia de tránsito por los peatones por dicha calle, en aras a valorar si la respuesta de la Administración fue o no la adecuada, disponiendo en este sentido que: *“No puede exigirse a (la Administración) una conducta tan diligente que le obligue a retirar la nieve y el hielo inmediatamente después de que aparezca, para evitar que se produzcan caídas, salvo que se acredite que el lugar suponía una mayor peligrosidad, por su pendiente, personas de paso, entre otras circunstancias, que requerían una especial celeridad en subsanar la deficiencia de seguridad observada, razones las expuestas que nos conducen a desestimar el recurso interpuesto”*.

Ese argumento doctrinal se mantiene en sentencias posteriores de otros órganos jurisdiccionales españoles, como se aprecia en la dictada por el TSJ de Madrid de 24 de enero de 2012³⁵⁵, que, a tal efecto dispone lo siguiente: *“Cumple manifestar que si bien es cierto que con carácter general, (...) ésta debe señalar los obstáculos que surjan, e incluso eliminar la nieve o el hielo, ya sea de forma mecánica o arrojando productos que palien o eviten sus efectos, estas obligaciones ante la anomalía que suponen efectos meteorológicos como los que nos ocupan, están en función de las condiciones de tiempo y lugar, pues como estándar de las obligaciones exigibles a la Administración, no puede entenderse que la misma pueda dar una respuesta inmediata (no consta a qué hora se formó la placa o que se hubiera avisado*

³⁵⁴ JUR 2002\23265.

³⁵⁵ JUR 2012\196768.

previamente por algún usuario de su existencia) evitando tales efectos meteorológicos que solo son debidos a causas naturales, y previsibles por un peatón medio (...)”.

En la apreciación del criterio del estándar del servicio es, determinante que se cumpla la periodicidad de limpieza de la calzada, deviniendo en caso contrario en responsabilidad municipal, tal y como se expone el TSJ de Castilla y León, Burgos en su sentencia de 27 de mayo de 2002³⁵⁶ que, determina la existencia de responsabilidad municipal una vez acreditado la ausencia de respeto de los estándares del servicio aplicables al no haberse limpiado la nieve de una calle muy transitada por peatones hasta después de pasados cinco días de una intensa nevada.

Esa aplicación de los estándares de funcionamiento del servicio como criterio para determinar la existencia de responsabilidad administrativa también se utiliza en otros países de tradición anglosajona como en Australia, en el cual, en muchos de sus municipios o distritos se aprobaron los correspondientes “*Road Management Plan*”³⁵⁷ comprensivos de los estándares de funcionamiento de sus servicios públicos, a través de diversas normas relativas al mantenimiento de las vías públicas, periodicidad de la limpieza, y demás cuestiones relativas a su ámbito de actuación (en Australia existen abundantes normativas en este sentido como son la “*Road Managment Plan of Melbourne*”; “*South Australia*”; “*VicRoads*” etc.), todos ellos en desarrollo de las disposiciones de la normativa general Australiana, “*Road Management Act 2004 (The Act)*”³⁵⁸.

³⁵⁶ JUR 2002\159325. Dispone en uno de sus apartados la mentada sentencia que: “*Con estas premisas fácticas y doctrinales hemos de analizar las pretensiones de los recurrentes y en este sentido, hemos de tener en cuenta que, efectivamente ha quedado acreditada la presencia de abundantes placas de hielo sobre el paseo por el que caminaba la recurrente derivadas de restos de nieve no retirada de las calles pese a que hacía ya cinco días que se había producido la nevada. Con estas circunstancias no se puede admitir la alegación de fuerza mayor que efectúa el Ayuntamiento pues estamos hablando de la presencia de restos de nieve helados en una zona de tránsito de peatones que no se ha limpiado después de pasados cinco días de la nevada, con lo cual queda excluida toda imprevisibilidad o inevitabilidad del accidente. Tenemos así definidos los presupuestos necesarios para que pueda prosperar la acción ejercitada pues tenemos el defectuoso ejercicio por la Administración de sus competencias que es causa de las lesiones sufridas por la recurrente que tiene Derecho a que se le indemnicen los daños y perjuicios derivados de las lesiones*”.

³⁵⁷ Valga por todos el “*Road Management Plan of Melbourne*”.

³⁵⁸ No.12 of 2004 ”Authorised Version No.059 Road Management Act 2004, incorporating amendments as at 6 April 2020.”

Se regulan en esta normativa los supuestos de exención de responsabilidad del municipio. En este sentido, se determina que el municipio no será responsable en las siguientes circunstancias:

- En caso de que resulte imposible determinar la causa del daño.
- Si el daño fue causado por un evento climatológico imprevisible.
- En el supuesto de que el Ayuntamiento hubiera cumplido con los estándares determinados en el “road managment” aplicable a su ámbito de actuación.
- Tampoco existirá responsabilidad del municipio por los daños causados por raíces de árboles cuando el Municipio no fue previamente advertido del problema o, en el supuesto de que el accidente se haya producido en el camino de acceso a una finca privada

Este tránsito, en lo que se refiere a los estándares del servicio, por los países bajo el paraguas del Common Law, indefectiblemente nos ha de llevar a la cuna de dicho sistema jurídico; Reino Unido, donde su normativa “*Highways Act*” concreta los estándares del servicio de carreteras exigibles a los municipios y distritos ingleses. La creciente importancia que las reclamaciones de daños vinculadas a los accidentes ocurridos en carreteras inglesas, motivó que se considerase la necesidad de establecer una regulación que unificase los estándares exigibles en el mantenimiento de las carreteras públicas. Dicho incremento de las reclamaciones de daños derivados del mal estado de las calzadas británicas, se apreció claramente en estadísticas públicas existentes desde el año 1978³⁵⁹.

En el Reino Unido, las entidades locales, también pueden ser declaradas responsables de los daños causados a terceros por un defectuoso mantenimiento de las vías públicas. En este sentido, recae sobre el municipio el deber de mantener los espacios públicos en condiciones de seguridad y prevenir el acaecimiento de accidentes en los que pueda declararse la concurrencia de una responsabilidad de un

³⁵⁹ DEAKIN, S., JOHNSTON, A., MARKESINIS, B.: *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7th ed, Oxford University Press, Oxford 2012. Concluyen los autores lo siguiente: “El número de reclamaciones de daños se ha incrementado desde el reporte “Pearson” en 1978 de aproximadamente 250.000 por año (y de esas 213.000 recibieron indemnizaciones conforme al Derecho de daños). En 1988 la Revista “Civil Justice” estimó esa figura se había incrementado a cerca 340.000 reclamaciones. Entre estas, las reclamaciones relativas a accidentes de tráfico, son las que más se han incrementado (...)”. (Traducción libre).

ente público. Dos casos que tuvieron impacto doctrinal en relación al mantenimiento de los estándares del servicio en Gran Bretaña fueron los denominados, “*Stovin v. Wise*”³⁶⁰ y el “*Gorringe v. Calderdale*”³⁶¹ en el primero de ellos se reclamaba que una autoridad responsable del mantenimiento de una autopista tenía el deber de mejorar un cruce removiendo un elemento que obstaculizaba la visión, pese a que el mismo se encontraba ubicado en un propiedad privada colindante, sin embargo, en este asunto, la “House of Lords”, resolvió que realmente no existía una obligación mayor para la autoridad que la que ostentaría el propietario privado del terreno sobre el cual está ubicado el elemento que obstaculizaba parcialmente la visión desde la carretera.

Sin perjuicio de ello, en Reino Unido, la responsabilidad administrativa en esta materia, abarca un innumerable número de supuestos como daños causados en piscinas, parques, caminos, escuelas e incluso daños causados en inmuebles arrendados. Estos daños pueden causarse por caídas, tropezones, en incluso por objetos caídos sobre los peatones. Así, de conformidad con lo dispuesto en la normativa “Highways Act” de 1980³⁶², los gobiernos locales tienen el deber legal de mantener e inspeccionar los caminos públicos y carreteras, y en consecuencia, existe responsabilidad de éstos cuando un ciudadano sufre un accidente que le causa daños, proveniente de cualquiera de las siguientes circunstancias: “(...) *Aceras rotas, agujeros en la vía pública, postes de alumbrado que caen en la vía pública, insuficiente iluminación, cuando se camina de tarde, noche o incluso en los días que hay mala visibilidad. Pavimento helado sin que se le haya vertido suficiente sal o grijo. (...)*”.

El estándar del servicio también abarca la obligación de mantener en adecuado estado los parques públicos. De esta manera, son indemnizables las caídas en parques públicos. Estas caídas se entienden producidas por una vulneración del deber de cuidado (“*duty of care*”) que tienen las entidades locales. Los accidentes que dan lugar a indemnización en los parques públicos se producen generalmente por los siguientes motivos:

³⁶⁰ Norfolk County Council (Third Party); HL 24 Jul 1996, AC 923.

³⁶¹ Metropolitan Borough Council; HL 1 Apr 2004, 1 WLR 1057.

³⁶² (1980 c.66).

-Accidentes debidos a un equipamiento no instalado correctamente, o no apropiado para el rango de edad al que va dirigido.

-Daños causados por un incorrecto diseño bien de la estructura o de los materiales o por un insuficiente mantenimiento de las instalaciones.

Debe tenerse en cuenta que el plazo de reclamación en Reino Unido de daños causados por los entes públicos es de tres años a computar desde que existe constancia de la negligencia municipal, o bien, desde que se produce el accidente. La gravedad del accidente y sus consecuentes daños, determinarán la cantidad indemnizatoria de la que es merecedora la víctima en resarcimiento por los perjuicios causados, recayendo sobre aquella la carga probatoria a la hora de acreditar cómo sucedió el accidente, cuáles han sido los daños causados y a quién son imputables. La cuantía de la indemnización dependerá entre otros de los siguientes factores: La extensión y gravedad de las lesiones, el diagnóstico de los médicos y profesionales y los costes médicos. Un factor a tener en cuenta es si ha intervenido un tercero en la causación del daño, en cuyo caso, podría éste ser declarado también completa o parcialmente responsable de los mismos. En idéntico sentido, tampoco existirá responsabilidad si media culpa exclusiva de la víctima en la producción del daño.

El estudio de la doctrina de los estándares del servicio como criterio modulador de la responsabilidad administrativa en los ordenamientos jurídicos anglosajones, debe necesariamente también comprender la evolución y tratamiento de esta materia, en los Estados Unidos donde es destacable la pluralidad de respuestas jurídicas en este ámbito, (aunque siempre incidiendo en la importancia de los estándares de funcionamiento del servicio) derivadas de su organización federal y del régimen jurídico diferente y peculiar de cada uno de los estados.

No obstante, pese a la diversidad de concepciones en materia de responsabilidad patrimonial en cada uno de ellos, se parte de la premisa de que el gobierno puede ser inmune a una demanda de daños personales, pero las circunstancias bajo las cuales esta inmunidad opera, varían en cada estado por ejemplo; bajo las leyes del Estado de Illinois, el gobierno es inmune a las demandas por negligencia motivadas por el mal estado de conservación de una propiedad pública sino existe constancia de una advertencia previa. Esa inmunidad también abarca a veces propiedades de terceros en

custodia del gobierno, así como árboles en defectuoso estado de conservación, controles de tráfico, semáforos, calles y aceras.

En Estados Unidos un municipio puede ser declarado responsable del daño producido a un particular si se demuestra que no se han respetado los estándares del servicio, que son fijados con carácter específico en cada estado y respecto a cada área de actividad municipal, de esta manera, respecto por ejemplo, los daños causados por tuberías públicas, se considera responsable al municipio sino ha cumplido con los estándares del servicio reflejados en su obligación de revisar con la periodicidad preestablecida, la red de suministro y saneamiento de aguas. En muchos casos, la inmunidad municipal en materia de responsabilidad por daños a terceros, sólo decae cuando existe un requerimiento o advertencia previa a éste de la existencia de un desperfecto o deficiencia susceptible de producir un daño a terceros, lo cual supone que, aunque los municipios tienen el deber de mantener el sistema de saneamiento y canalización de aguas municipales, los tribunales han sido comprensivos por la enorme tarea que ello implica para los municipios y consecuentemente, en no pocas ocasiones, eximen de responsabilidad al municipio cuando no media advertencia previa del deficiente estado de conservación o de la existencia de un desperfecto en la vía pública.

Es interesante, siguiendo esta línea argumental, el planteamiento del asunto "*Gillette Shoe Company v. City of New York*"³⁶³. El fundamento de este caso, que sentó doctrina, es la reclamación de daños a la ciudad de Nueva York, por el deficiente mantenimiento de una tubería pública de 75 años de antigüedad cuya rotura produjo considerables daños en la sede de la empresa Gillette Shoe C.O. Los propietarios de la compañía demandaron a la ciudad pretendiendo se declarase la responsabilidad municipal fundamentada en el deficiente mantenimiento de las tuberías públicas, circunstancia que había propiciado la rotura de las mismas y, por ende, la causación

³⁶³ "*Gillette Shoe Co. v. City of New York*, 86 A.D.2d 522 (1982) sentencia de 8 de febrero de 1983 de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York: "*We do not believe it either necessary or desirable to impose such an onerous burden upon a municipality where there is no significant warning of a possible defect. Since the city had no such warning and therefore had no duty to conduct tests for bacteria, liability cannot attach for its failure to do so*". En su traducción: "*No creemos que sea necesario o deseable imponer tan onerosa carga sobre el municipio cuando no ha habido un aviso de la existencia de un posible defecto. Dado que la ciudad no había recibido previo aviso, en consecuencia, no tenía el deber de realizar un test para detectar la misma, y no se le puede imputar responsabilidad (...)*". (Traducción libre).

del daño. La Corte en primero instancia estimó el caso al considerar acreditado que aquellas estaban afectadas por un tipo de bacteria presente en el suelo que destruía las tuberías, acreditándose en un informe pericial que dicha bacteria podía haber sido detectada, ubicando unos detectores especialmente diseñados para ello en el suelo, y, de esta manera el Ayuntamiento hubiera cumplido con su obligación de adoptar las medidas de prevención necesarias para evitar el daño (“*duty of care*”).

La Corte de Apelaciones, sin embargo, revisó el veredicto del jurado en favor de la Ciudad de Nueva York, concluyendo que el método que proponían los demandantes era impracticable porque, precisamente, hubiese requerido que el municipio periódicamente enterrase dichos detectores en sus redes de saneamiento por toda la ciudad lo que era de por sí, algo imposible de ejecutar. La Corte concluyó que la responsabilidad municipal podía declararse únicamente si éste hubiera recibido un requerimiento sobre una posible deficiencia en una específica parte de su red de saneamiento (la que abastecía de agua a la empresa demandante), concluyendo además que, dado que muchas veces esos daños son producidos por manantiales subterráneos de difícil acceso o desconocidos por la Administración, pretender hacer responsable al municipio por los mismos, resultaba imposible. No obstante lo cual, en la resolución del citado asunto, se puntualiza que los municipios pueden todavía ser declarados responsables de los daños producidos por la rotura de tuberías públicas si se acredita que las revisiones no habían sido practicadas de forma periódica antes de que la rotura ocurriera (estándares mínimos del servicio). En idéntico sentido en el asunto “*K&S Realty v. City of New York*”³⁶⁴, se concluyó que la ciudad había realizado inspecciones de la red de saneamiento antes de que la tubería pública de saneamiento se rompiera, pero los inspectores habían preferido no usar dispositivos específicos para detectar filtraciones, por ello, pese a reconocerse en la sentencia que ese uso era efectivamente optativo, finalmente se condenó al municipio por considerar que si se hubiesen utilizado en ese caso concreto era probable que la inundación de los locales del demandante en la 5ª Avenida se hubiese evitado, y en consecuencia, por tal motivo fue declarada la responsabilidad de la ciudad de Nueva York³⁶⁵.

³⁶⁴ 304 A.D.2d 349 (2003); 757 N.Y.S.2d 545.

³⁶⁵ En este sentido, los profesores ALONSO M., A., SANDEL S.C.; en un detallado artículo denominado “*Municipal Liability for Property Damage Caused by Flooding*” publicado en el New York Law Journal el 24 de Septiembre de 2012, analizan la responsabilidad municipal como consecuencia de las inundaciones causadas por tuberías públicas en las propiedades privadas,

Respecto de los daños causados por tuberías públicas es importante puntualizar que es común en el Derecho americano se aplique un principio del Derecho denominado “*res ipsa loquitur and third parties*”. Esta doctrina se aplica de forma habitual en aquellos casos en los que una tubería se rompe y causa daños, pero sin embargo es difícil determinar la causa de la rotura de la misma. Se basa tal principio en la premisa de que la regla general es que las tuberías de agua no se rompen si están adecuadamente instaladas y mantenidas, y que cualquier ruptura de la misma está probablemente causada por la negligencia del propietario, pues normalmente es éste quien tiene su exclusiva posesión y control³⁶⁶. De tal manera, para poder desvirtuar dicha presunción es necesario reunir una intensa actividad probatoria para intentar desplazar la responsabilidad al municipio en el caso de que se pretenda imputar la causación del daño al deficiente mantenimiento de una canalización pública, como sucedió en el asunto “*Gillette Shoe Company, Inc. v. City of New York*”. En resumen, en el estado de Nueva York para establecer la concurrencia de negligencia basada en esa doctrina, un demandante debe acreditar la concurrencia de tres elementos:

-El suceso debe estar causado por la negligencia del municipio.

-Debe haber sido ocasionado por el propio ente local, o instrumental bajo el exclusivo control del mismo.

concluyendo lo siguiente: “*Los municipios aún pueden ser considerados responsables por roturas de tuberías de agua si el demandante puede establecer que las inspecciones se realizaron de manera incorrecta poco tiempo antes de que ocurriera la rotura. En “K&S Realty v. City of New York”, la ciudad llevó a cabo inspecciones de una tubería principal de agua meses antes de que se rompiera. Los inspectores tenían, pero decidieron no usar, unos dispositivos de tierra especialmente diseñados para detectar fugas. A pesar de encontrar que el uso de esos dispositivos eran discrecionales y que no había ningún deber especial para los demandantes, el Primer Departamento confirmó un veredicto del jurado estimatorio para los demandantes (concluyendo la existencia de responsabilidad municipal)”*. https://mdafny.com/index.aspx?TypeContent=CUSTOMPAGEARTICLE&custom_pages_articlesID=14754. Consulta 21 de enero de 2021. (Traducción libre).

³⁶⁶ Como señalan los profesores en la publicación antes referida: “*Algunos demandantes con sótanos inundados han tratado de prevalecer sobre las teorías de responsabilidad “res ipsa loquitur”, con resultados mixtos. En “Bierniacki v. Village of Ravena” (...) el tribunal sostuvo que el argumento “res ipsa loquitur” del demandante basado en el testimonio especulativo del demandante y la proximidad de una tubería municipal cerca del sótano era insuficiente para acreditar esta circunstancia, en ausencia de un análisis experto en cuanto a la fuente del agua en el sótano del demandante. Por el contrario, en “Pickersgill v. City of New York”, el tribunal permitió al demandante acreditar un mantenimiento negligente del alcantarillado a través de una teoría de responsabilidad “res ipsa loquitur” basada en su testimonio de que el agua se había “acumulado” en su sótano a través de las tuberías que conectaban su casa con el sistema de alcantarillado del acusado durante una tormenta. El tribunal concluyó que este retroceso no podría haber ocurrido si no fuera debida al mantenimiento negligente de la ciudad”*. (Traducción libre).

-No debe haber ningún tipo de negligencia imputable al demandante que pudiera haber contribuido a la causación del daño (no cabe concurrencia de culpas).

3. La culpa exclusiva de la víctima en la causación del daño.

La intervención de la víctima en la causación del daño es tradicionalmente considerado como un supuesto moderador de la responsabilidad, con claros orígenes en el Derecho Romano³⁶⁷ donde se privaba de indemnización a la víctima si había contribuido de cualquier manera a la producción del daño, incluso aunque no hubiera participado en ocasionar el daño, pero sí hubiese facilitado su propagación³⁶⁸. En este sentido, puede afirmarse que en Roma tiene origen la doctrina denominada como el “deber de evitar el daño” tradicionalmente vinculado a la doctrina Common Law, así como la de la contribución de la víctima a la producción de daño “*contributory negligence*”. Esa influencia también se ha trasladado a nuestro Derecho, en la doctrina sobre “compensación de culpas” pues, ciertamente, si hay una expresión reiterada en las sentencias dictadas por los tribunales españoles en materia de responsabilidad patrimonial, es que el defecto en la vía pública “*era de tal entidad que la víctima podría haberlo evitado habiendo empleado el mínimo de diligencia exigible al transitar por la vía pública*”.

En el sistema del Common Law también se utiliza esta circunstancia, bien como criterio de compensación de culpas entre la víctima y la Administración o como circunstancia eximente de la responsabilidad administrativa, y así los tribunales tradicionalmente han venido haciendo uso de la misma en casos de caídas en la vía pública cuando el acaecimiento del evento dañoso tiene causa en un defecto existente en la vía pública visible a simple vista (y por ello fácilmente evitable empleando el mínimo de diligencia exigible) siendo ésta la causa de los daños sufridos por el peatón distraído. Se afirma en muchas de las resoluciones judiciales examinadas, que el defecto en la calzada era “*open and obvious*” (abierto y evidente) es decir, que se

³⁶⁷ SAN MARTIN NEIRA, L: “*El deber*” de diligencia consigo mismo según las fuentes romanas. Instituto de Investigaciones jurídicas. UNAM, 2017.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/28.pdf>

³⁶⁸ Citado por la autora arriba referenciada, la fuente romana, D. 9.2.30.4- Pul 22 ad 3d que dispone “*Si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit de vulnerato actio erit, non de occiso.*” *Si un esclavo hubiese sido herido no mortalmente pero hubiere perecido por negligencia, habrá acción por haber sido herido, no por no haber sido muerto*”.

trataba de un hueco abierto en la calzada y evidente a simple vista³⁶⁹, de manera que no existía obligación por parte del municipio demandado de haber advertido de la existencia del riesgo toda vez que el mismo era claramente visible, no obstante lo cual, mientras inicialmente este principio se utilizó por los tribunales de justicia como un auténtico criterio exonerador de la responsabilidad del municipio, posteriormente se vino a considerar como una simple circunstancia atenuante de la responsabilidad administrativa en tanto que el demandante contribuyó, con su falta de diligencia al no haberse percatado de esa deficiencia evidente en la vía pública, a la producción del daño. En muchos casos, el reconocimiento de esta circunstancia exoneradora se realiza por vía de la doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de que algunos estados lo incorporasen a su normativa propia; Por ejemplo, en el año 2016 la normativa de Michigan sufrió una modificación en este punto, y a partir de entonces, se introdujo la excepción exoneradora de responsabilidad de la Administración conocida en la doctrina anglosajona como *“open and obvious”*. Así en la normativa del Estado de Michigan, se estima que concurre esta circunstancia eximente de responsabilidad si cualquier transeúnte o conductor con una inteligencia media podía haber constatado de la existencia del defecto en la vía y así haberlo evitado. En este sentido, las Administraciones titulares de las calzadas públicas tienen el deber de avisar de la existencia de defectos ocultos o no evidentes en la calzada a los usuarios de las mismas, pero no tienen obligación legal de avisar de la existencia de un riesgo evidente cuando concurre la circunstancia *“open and obvious”*. En este Estado existe

³⁶⁹ END P. J.: “The Open and Obvious Danger Doctrine: Where Does it Belong in Our Comparative Negligence Regime?” *Marquette Law Review*, Volume 84; Issue 2 Winter 2000; Article 4. Refiere el profesor: “La doctrina *“Open and Obvious”* es asumible en aquellas situaciones en las que el demandante actúa en un sentido, olvidando la precaución más ordinaria, encarando un “conocido y evidente” peligro (...). La doctrina originada de la noción de la “Common Law” de que los propietarios no tienen la obligación de advertir o proteger a los invitados de los peligros “conocidos y evidentes” porque “de los invitados en la mayoría de las circunstancias se espera que deban protegerse de los riesgos evidentes”, e “imponer responsabilidad por riesgos evidentes implicaría la carga injusta a los propietarios de inspeccionar y mejorar sus propiedades”. Esta era la versión tradicional, sin embargo, lo cierto es que esa doctrina ha evolucionado y se ha importado a otros ámbitos del Derecho. En este sentido, por ejemplo el estado de Wisconsin ha aplicado esta doctrina a los casos de negligencia. En aplicación de esta doctrina, en cualquier caso, es diferente de la tradicional. En los casos de negligencia ordinaria, la condición *“Open and Obvious”* del riesgo es sólo un elemento que el jurado puede considerar en su contribución a la negligencia requerida para la causación de un daño (...). Para la Corte Suprema de Wisconsin la condición *“Open and obvious”* debe ser usada sólo como elemento de compensación de culpas, en este sentido el fallo del asunto *“Rockweit v. Senecal”* en el cual se decidió que la condición *“Open and Obvious”* era únicamente un elemento a considerar por el jurado en el reparto de culpas y no operaba como criterio para desestimar totalmente la pretensión del actor (...). <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr>. Consulta 21 de enero de 2021 (Traducción libre).

además la peculiaridad de que la Ley considere la existencia de hielo o nieve en la calzada como una condición “*open and obvious*” para así eximir de responsabilidad a la Administración en caso de caídas, encontrándose dicha circunstancia exoneradora reconocida en el estatuto del Estado de Michigan.

En otros Estados, la configuración del criterio “*open and obvious*” como delimitador del estándar del servicio, se realizó por vía de resoluciones judiciales creadoras de doctrina en la materia, así por ejemplo, en el Estado de Seattle, tuvo especial transcendencia, el asunto “*Hoffstatter v. City of Seattle*”³⁷⁰ a medio del cual se concluyó que el estándar de exigencia de responsabilidad en el mantenimiento de una u otra parte de la ciudad, es diferente según la zona por la que se transite, de hecho, el tribunal refirió en este asunto que el deber exigible al municipio con respecto al estándar de diligencia exigible varía en las distintas zonas de tránsito de una misma calle, así refiere la sentencia “*es razonable esperar que el peatón tenga más cuidado cuando transita por una zona de parking sin asfaltar, que cuando transita por la acera*”. En este sentido, un reciente estudio jurídico sobre la misma, concluyó³⁷¹: “*En cualquier caso, una persona titular de una acera de uso público no es una aseguradora de la seguridad de los peatones, pero cuando una persona utiliza una acera para sus propios intereses particulares, tiene el deber de mantenerla en razonables condiciones de seguridad para el uso normal del resto de los peatones, ese es el razonamiento del asunto Hoffstatter v. Seattle*”.

En idéntico sentido sucede en otros estados, así, en el Estado de Washington, una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Washigton, en el asunto “*Millson v. City of Lynden*”³⁷² la cual tuvo gran impacto doctrinal en la materia, al concluir la sentencia dictada, que: “*Un municipio tiene el deber de mantener las aceras en estado razonable para su uso por los peatones*”³⁷³. *Los peatones que no tengan otro tipo de información tienen el deber de mantener la acera en un razonable estado de*

³⁷⁰ 105 Wn.App. 596, 20 P.3d 1003 (2001). (Traducción libre).

³⁷¹ ODOM, M. J. *Practice Guide: Washington Torts and Personal Injury*, 2019 edition. LexisNexis, 2019. (Traducción libre).

³⁷² “*Millson v. City of Lynden*” Corp., 174 Wash. App. 303, 298 P.3d 141, 174 Wn. App. 303 (Wash. Ct. App. 2013). (Traducción libre).

³⁷³ “*Johnson v. City of Ilwaco*”, 38 Wn. 2d 408, 414, 229 P.2d 878 (1951) (quoting “*Fritsche v. City of Seattle*”, 10 Wn.2d 357,360, 116 P.2d562 (1941).

seguridad³⁷⁴. Así tampoco se exige que los peatones mantengan sus ojos en la vía pública a todas horas (...). El hecho de que la deficiencia en la acera fuese “open and obvious” es decir, que se tratase de un agujero evidente a la luz de los ojos, no impidió que la demandante sufriese una caída que le ocasionó importantes daños personales”.

Constan como antecedentes del caso que la demandante interpuso una acción en reclamación de daños contra la ciudad de Lynden por negligencia en el mantenimiento de la vía pública en razonables condiciones de seguridad, de tal manera que, como consecuencia de ello, la caída le produjo diversas lesiones de diferente consideración. La Ciudad de Lynden argumentó que la deficiencia en la acera era “open and obvious”, es decir, que era evidente y visible, de manera que tenía que ser conocida por la actora que era una vecina habitual del lugar, argumento que fue aceptado por el tribunal en primera instancia, resultando sin embargo revocado en segunda instancia, por la Corte Suprema de Apelaciones de Washington, al estimarse que los municipios tienen superiores obligaciones respecto al mantenimiento de las aceras que el que corresponde a los particulares³⁷⁵. En este sentido, concluyó el tribunal que el estándar requerido a los municipios en el mantenimiento de sus calzadas, es mayor que el exigido a los particulares en lo que se refiere al de las aceras que lindan con sus propiedades y, por ello, considera que no se puede exigir que los vecinos vayan fijando constantemente la atención en la acera a la hora de transitar por la misma, por lo que, en este caso la circunstancia “open and obvious” no exime de responsabilidad al municipio.

³⁷⁴ “*Stone v. City of Seattle*”, 64 Wn.2d 166, 171, 391 P.2d 179 (1964) (quoting “*Blasic v. City of Yakima*”, 45 Wn.2d 309, 313, 274 P. 2d 122 (1954)).

³⁷⁵ Comentario a esta sentencia realizado en la revista jurídica “*Washington Insurance Law Letter*” (Editada por William R. Hickman); Volume XXXVII, NO, 3 “*Lazy Daze of Summer 2013*”, Financial Center, 1215 Fourth, Suite 1700 Seattle, Washington. En este número Bajo el título “*Watch your step!*”. Se realiza en éste una análisis crítico de la sentencia con fundamento en que un municipio tiene el deber con los peatones que usan las aceras de mantenerlas en razonable estado de uso. “*Generalmente un peatón de una acera, debe proceder con la presunción de que la ciudad ha cumplimentado su deber y ha mantenido la acera en unas condiciones razonables de seguridad*”. “*A un peatón no puede exigirle mantener continuamente la mirada en la acera sita enfrente del mismo en todo momento*.” Se concluye también que “*la ciudad no está eximida de su deber para con los ciudadanos cuando un defecto es obvio y evidente*”. El conocimiento por la actora de la peligrosidad de la acera en cuestión no exime a la Ciudad de su deber de mantener en adecuadas condiciones las aceras. <http://www.rmlaw.com/wp-content/uploads/2015/11/Washington-Insurance-Law-Letter-Lazy-Daze-of-Summer-2013.pdf> (Traducción libre).

En idéntico sentido, en el Estado de Wisconsin la negligencia contributiva no impide que el demandante pueda resarcirse por vía indemnizatoria del total de daños causados, salvo en el caso de que su negligencia haya sido mayor que la del demandado, así el asunto "*McGowan v. Story*"³⁷⁶ supuso una novedad al aplicar el tribunal la compensación de culpas en este tipo de asuntos, distribuyendo la misma entre un 50 por ciento el demandante y otro 50 por ciento el demandado.

En el Estado de Washington, una sentencia dictada en instancia asunto "*Vasquez v. American Fire & Casualty Co.*"³⁷⁷ invocó la doctrina de que la Administración no puede ser una aseguradora universal de todo tipo de riesgos, para eximir de responsabilidad al municipio por una caída sufrida por un peatón en una calle donde había una deficiencia evidente ("*open and obvious*") a consecuencia de la cual, aquella sufrió una caída. En primera instancia el tribunal desestimó la demanda interpuesta al considerar que la deficiencia debería haberse evitado si se hubiese transitado con el mínimo de diligencia exigible. La sentencia es pionera al reflejar una idea (utilizada frecuentemente por los tribunales españoles) con la siguiente expresión "*A city is not an insurer of the personal safety of pedestrians, it has a duty to keep its sidewalks in a reasonably safe condition*". En su traducción: "*Una ciudad (municipio) no es una aseguradora de la seguridad personal de los peatones, (sólo) tiene el deber de mantener las aceras en condiciones razonables de seguridad*". Sin embargo, interpuesta apelación, la Corte Suprema de apelaciones de Washington revocó el fallo al considerar que a un peatón no se le puede exigir, un nivel de atención de tal entidad que exija mantener en todo momento la vista fija en la calzada en frente de ella.

En el ordenamiento jurídico español, sólo la concurrencia de determinadas circunstancias definidas o en la ley o en la jurisprudencia como eximentes o atenuantes de responsabilidad, rompen el nexo causal entre el funcionamiento del servicio y la responsabilidad administrativa en este sentido, refiere el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que: "*La imputación de responsabilidad, en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de casualidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio*

³⁷⁶ 234 N.W.2d 325, 330 (Traducción libre). Wis.1975).

³⁷⁷ "*Vasquez v. Am. Fire & Cas. Co.*", 298 P.3d 94, 174 Wash. App. 132, 174 Wn. App. 132 (Wash. Ct. App. 2013).

producido”³⁷⁸. La LRJSP recoge en su artículo 32, como criterios eximentes de responsabilidad administrativa, “*que no se tenga el deber jurídico de soportar el daño, o la culpa exclusiva de la víctima*”, así determina que: “*1. Los particulares tendrán Derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y Derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

Al igual que en el sistema del Common Law, en nuestro ordenamiento jurídico se considera que una actuación negligente de la víctima, que pudiera haber contribuido a la causación del daño sirve como fundamento para declarar una concurrencia de culpas, o en su caso una exención de responsabilidad. En este sentido, la sentencia del TSJ de Asturias de 28 de junio de 2001³⁷⁹, sobre esta cuestión, textualmente dispone: “*En el presente supuesto hay que apreciar una forma de actuar de la Administración que determinó la causación de un daño, al mantener unas losetas desgastadas por el uso en una acera de pronunciada pendiente propiciando resbalones entre los peatones con riesgo cierto de caídas, tal como confirman los testigos que han depuesto en autos, sin embargo en la producción del daño intervino también de forma determinante, la propia actuación de la víctima que no adoptó la precaución necesaria al caminar por la zona (...) conductas, la de la Administración demandada, y la de la perjudicada, que valoramos con igual intensidad en la causación del daño que se reclama*”. En idéntico sentido, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana³⁸⁰, de 12 febrero de 2002, dispone que: “*Llegamos a la conclusión de que la zanja existente en el lugar donde se produjo la caída no cuenta con unas dimensiones tales como para constituir la causa veraz determinante de la misma sino que ésta debió producirse por la falta de atención seguida por la Sra. Lorenza al realizar la actividad física de cruce de la calle*”.

La doctrina de los órganos consultivos españoles también refiere la culpa exclusiva de la víctima como un elemento excluyente de la responsabilidad

³⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson Reuters, Decimocuarta edición, 2015 (...), *op.cit.* p.15.

³⁷⁹ JUR 2001\230150.

³⁸⁰ JUR 2004\16803.

patrimonial administrativa, en este sentido, valga como muestra el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, de 24 de junio de 2021³⁸¹ que textualmente refiere sobre una caída de una peatón que transitaba por una calle sin prestar la debida atención que: *“Este Consejo viene señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 100/2006 y 172/2019) que quien camine por una vía pública ha de ser consciente de los riesgos inherentes al hecho de pasear por un espacio en el que hay obstáculos ordinarios diversos, como árboles, alcorques, mobiliario urbano y rebajes y desniveles que facilitan la transición entre diferentes planos, así como pequeñas irregularidades y rebabas. Singularmente, el viandante debe adoptar precauciones proporcionadas a sus circunstancias personales, a las circunstancias visibles o conocidas del entorno y a los riesgos adicionales que asume al transitar por una zona pudiendo hacerlo por otra”*.

En el sistema del Common Law la intervención de la víctima o de un tercero en la causación del daño también rompe el nexo causal configurándose como una circunstancia eximente de la responsabilidad del municipio. Valga por ejemplo, la canadiense “Municipal Act, 2001”³⁸², que configura los supuestos en los que no existe responsabilidad municipal en el caso de accidentes o caídas sufridas en calzadas y vías públicas por concurrir negligencia de la víctima, que pueda haber contribuido a la causación del daño. En aplicación de dicha normativa, la Corte de Ontario, dictó sentencia estimatoria, en el asunto *“Deering v. Scugog (Township)”*³⁸³ en el que el municipio de Township argumentó, ante una demanda derivada del mal estado de una carretera pública causante de un accidente, la culpa exclusiva de la víctima en la producción del daño. La sentencia, no obstante, concluyó que el usuario razonable no es un conductor perfecto pero sí un conductor ordinario y falible. En el mismo sentido, La Corte apelaciones en el asunto *“Morsi v. Fermar Paving Limited”*³⁸⁴, utilizó el concepto de *“conductor ordinario”* para abordar la cuestión de concurrencia de culpas, y a mayor abundamiento, la exención de responsabilidad del municipio, por mediar culpa exclusiva de la víctima en la causación del daño.

³⁸¹ Dictamen 114/2021, en idéntico sentido los Dictámenes Núm. 100/2006 y 172/2019.

³⁸² Municipal Act, 2001, S.O. 2001.

³⁸³ 2010. O.J. No. 4229 (S.C.J.).

³⁸⁴ 2011.O.J. No. 3960 (C.A.).

Constan como antecedentes fácticos del caso el accidente sufrido por el actor (Sr. Morsi) una tarde soleada del 15 de junio de 2005, en una curva de la carretera denominada “Major Mackenzie Road” de Ontario. El área donde ocurrió el accidente era una zona de transición entre el pavimento y una sección de gravilla. Mientras conducía su motocicleta, la víctima se encontró con un número indeterminado de señales indicando la existencia de curvas peligrosas con obligación de reducir la velocidad a 60 km/h. Los peritos ingenieros, que prestaron testimonio en el juicio, acreditaron que la velocidad a la que circulaba el vehículo era de 90 km/h y como consecuencia de ello, cuando circulaba sobre la zona de gravilla perdió el control de vehículo e impactó contra un poste de teléfono falleciendo en el impacto. Interpuesta demanda por la familia de la víctima contra la empresa contratista que colocó gravilla en el pavimento de la carretera, así como contra el municipio de York, la sentencia dictada en el citado asunto en primera instancia, determinó la existencia de una compensación de culpas entre la víctima el 50%, y el otro 50% distribuido entre el 25% a cada uno a repartir entre la empresa contratista y el municipio. La sentencia fue no obstante, recurrida por la contratista y por el municipio, considerando la Corte de Apelaciones que la víctima no estaba conduciendo bajo el “*cuidado ordinario*” (“*ordinary care*”) que todo conductor debe emplear para transitar por vías públicas, y, en consecuencia, revocó la sentencia de instancia, declarando la culpa exclusiva de la víctima en la producción del daño³⁸⁵.

Por otro lado, en Estados Unidos a finales del siglo XIX, ya había pronunciamientos de las cortes de justicia sobre reclamaciones de los daños producidos en caso de negligencia contributiva de la víctima en la causación del mismo. Así, en famoso asunto “*Brown v. Kendall*”³⁸⁶ que creó doctrina, la Corte Superior de Massachusetts desestimó la demanda planteada al concluir que en el citado asunto aunque el demandante, era el causante del daño, había actuado conforme

³⁸⁵ KENNEDY M.: “*Reckless driver solely at fault for single-vehicle accident despite poor road construction*” Publicado en “*McCague Borlack's Transportation Newsletter*”. Octubre de 2011. Refiere el autor en este artículo sobre la sentencia del asunto Morsi, lo siguiente: “*Este caso (“Morsi v. Fermar Paving Limited”)* es importante porque muestra que las malas condiciones de las carreteras no suponen automáticamente un grado de responsabilidad a las partes responsables del mantenimiento de las carreteras. Posiblemente se podría usar este caso para argumentar que incluso la carretera más deteriorada podría satisfacer el estándar de atención siempre que se tomen las precauciones necesarias como señales de advertencia y límites de velocidad apropiados”. [.https://mccagueborlack.com/emails/articles/reckless_driver.html](https://mccagueborlack.com/emails/articles/reckless_driver.html) . Consulta enero 2021. (Traducción libre).

³⁸⁶ 60 Mass. 292 (1850) WL 4572 (Mass).

a la diligencia exigible (“*duty of care*”), mientras que, por el contrario, la víctima no había hecho uso de la precaución necesaria para evitar el daño. Se sentó además doctrina en cuanto a la fijación de un estándar para la utilización del concepto “cuidado ordinario” (“*ordinary care*”)³⁸⁷ como eximente de la apreciación de negligencia en un caso concreto, entendiendo en este sentido, que: “*mientras (el que ha causado el daño) ha hecho uso del “cuidado ordinario” y de las precauciones necesarias, según lo requerido en el caso concreto, para evitar causar daños a otros, debe concluirse que éste fue causado por un simple accidente o fue inevitable y el demandante no puede reclamar nada*”³⁸⁸. En la misma línea ya en 1962, en el caso “*Southeastern Aviation, Inc vs Hurd*”³⁸⁹ la Corte Suprema de Tennessee desestimaba una demanda de daños planteada a consecuencia de un accidente de aviación, porque éste hubiera ocurrido igual en el curso ordinario de las cosas, aunque todas las personas intervinientes en el proceso hubieran sido diligentes.

Tradicionalmente, en el sistema jurídico Common Law, es difícil que el fallo del tribunal sea plenamente estimatorio de una demanda de daños cuando media negligencia de la víctima, en tanto que la intervención de aquella en la causación del daño, pone bajo sospecha el nexo causal invocado³⁹⁰. En idéntico sentido, también en el Derecho español, la intervención de la víctima en la causación del daño, desplaza la carga de la prueba de la Administración al demandante, el cual debe demostrar que, pese a su negligencia, el daño se hubiese producido igualmente para conseguir una

³⁸⁷ HYLTON, K., *Tort Law a modern perspective...* (p. 46) *op.cit.* pp. 139. (Traducción libre). El profesor comentando esta sentencia y sobre el concepto de “cuidado ordinario” como estándar de la negligencia refiere: “*La otra importante lección del asunto “Brown v. Kendall” se refiere a la definición de negligencia y al manejo de un caso de negligencia: Negligencia se define en “Brown v. Kendall” como el fallo en el cuidado ordinario. En la mayoría de los casos, negligencia se describe como el fallo en tomar el cuidado razonable (reasonable care). En cualquier caso, desde la descripción de Shaw’s el cuidado ordinario es lo mismo que el cuidado razonable, Shaw define el cuidado ordinario como: “Esa clase de cuidado que los hombres prudentes y cautelosos usarían, la cual es requerida en el caso específico para prevenir respecto de posibles daños (...).” (El Juez) Shaw refiere que es responsabilidad del demandante el probar que el demandado fue negligente. Además el demandado debe ser responsable por la negligencia sólo si no concurre su negligencia con la del demandante. En cualquier otro escenario el demandante no será responsable*”.

³⁸⁸ (Traducción libre) del original: “ (...) while he was using due care and all proper precautions necessary to the exigency of the case, to avoid hurt to others, the incident was the result of pure accident or was unavoidable and the claimant could not recover”.

³⁸⁹ 355 S.W.2d 436 (Tenn. 1962).

³⁹⁰ ROGERS W.V. H.: *Winfield & Jolowicz on Tort*, 20 edición; Sweet & Maxwell Ltd, 2002. Señala el autor: “*If the plaintiff’s injuries have been caused partly by the negligence of the defendant and partly by his own negligence, then, at Common Law, the plaintiff can recover nothing*” (“*Si las lesiones del demandante son en parte causadas por su negligencia y en otra parte por las del defendido, bajo el Common Law el demandante puede no llegar a recuperar nada (...)*”). (Traducción libre). Pag.175).

sentencia condenatoria, pudiendo llegar a motivar, en no pocos casos, la desestimación de la demanda de responsabilidad planteada.

Así, valga por ejemplo, un supuesto similar, de un atropello a un peatón resuelto por el TSJ de Canarias, que en su sentencia de 3 de diciembre de 2018³⁹¹, refiere: *“La realidad es que la parte actora ha de ser consciente del peligro de pasar por una vía sin espacio público habilitado para el paso de peatones y si se arriesga a elegir un camino y no otro ha de asumir las consecuencias: la causa eficiente del daño sigue siendo atribuible exclusivamente a la parte actora que ha de actuar con la atención debida al transitar por una carretera según las circunstancias del vial por donde transita y las suyas personales”*. En la misma línea argumental, la STS de 21 de julio de 2011, en el caso de un accidente de motocicleta, aprecia la culpa exclusiva de la víctima en la causación del accidente que exime de responsabilidad administrativa con el siguiente fundamento³⁹²: *“(…) El caso que ahora nos ocupa, relativo a la suficiencia del estándar de funcionamiento y mantenimiento de la carretera (…) que con posterioridad se hayan implantado en la carretera otras mejoras o mayores limitaciones de velocidad (no) desvirtúa el hecho de que la vía, en el momento en el que se produjo el accidente, gozaba de las condiciones suficientes para garantizar la circulación segura por la misma y evitar el desgraciado accidente, que por lo demás entiende debido a la exclusiva culpa de la víctima”*.

La apreciación de la culpa exclusiva de la víctima como circunstancia eximente de responsabilidad es idéntica en el Derecho anglosajón, con similar unanimidad en todas las jurisdicciones, así en el caso *“Gardiner v. MacDonald”*³⁹³, enjuiciado en los tribunales de Ontario, un conductor fue declarado parcialmente responsable cuando el autobús que conducía impactó contra una furgoneta. Tres de los ocupantes fallecieron y uno sufrió secuelas muy graves. La furgoneta se había saltado la luz roja del semáforo y el conductor estaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas lo que fue determinante en la colisión, en consecuencia, el conductor de la furgoneta fue declarado responsable al 80% y el conductor del autobús, titularidad del municipio de Ottawa fue condenado al abono del restante 20% de la cuantía indemnizatoria, pues, aunque accedió a la intersección cuando la luz del semáforo estaba verde, falló en su

³⁹¹ JUR 2019/175472.

³⁹² RJ 2011/6753.

³⁹³ 2016 ONCA 968

deber de extremar la precaución para evitar la colisión con la furgoneta, considerando además que el conductor era profesional del transporte de viajeros, lo que implicaba que tenía una obligación mayor de cuidado (“*duty of care*”) respecto el resto de conductores ordinarios. Resultó además acreditado que el conductor no había adecuado la velocidad de su vehículo a las condiciones de la vía, y las circunstancias meteorológicas, y fue criticado por los tribunales por esta falta de atención y velocidad inadecuada. El juez, en este caso, concluyó que el conductor podría haber evitado la colisión si hubiese circulado con la precaución necesaria. En idéntico sentido, en el caso “*Hansen vs. James*”³⁹⁴, la Corte Suprema de Missouri desestimó la demanda planteada en un caso en que el demandante había estrellado su vehículo en una parcela en la que se ubicaba un poste de una compañía eléctrica contra el que el actor impactó causándose daños físicos y materiales. La Corte desestimó la demanda al considerar que concurrió negligencia de la víctima en la causación del daño.

El criterio de culpa exclusiva de la víctima como supuesto que exime de responsabilidad por daños a la Administración, se extiende en el ordenamiento español a todas las áreas del servicio público, así la sentencia del TSJ de Andalucía, de 16 febrero 2000³⁹⁵ estableció la inexistencia de responsabilidad administrativa por culpa exclusiva de la víctima, en el atropello de una joven por un autobús de titularidad municipal cuando se dirigía a su trabajo, en los siguientes términos: “*Son extremos acreditados que (...) se dirigía a su puesto de trabajo como oficial interina de la Administración de Justicia cuando, sin mirar, cruzó la calzada en lugar no habilitado para el paso de peatones, siendo entonces atropellada por un autobús que circulaba en el carril más próximo a la acera desde la que había accedido. La incidencia causal de la conducta de la hoy recurrente en el siniestro es innegable (...). La recurrente (...), obvió los más elementales deberes objetivos de cuidado que le incumben para el cuidado de su propia integridad*”.

En idéntico sentido la sentencia del TSJ de Asturias de 13 de septiembre de 2018, refiere: “*Pues bien, baste indicar que todo usuario de las vías públicas, sean carreteras o aceras, tiene la carga y deber de prestar atención a su uso. La relación jurídico-administrativa entre Administración y usuario se centra en el deber de*

³⁹⁴ 847 S.W.2d 476, 1993.

³⁹⁵ RJCA 2000\35.

aquella de mantener las aceras en condiciones de uso y la carga de éste de utilizarlas con mínima atención. En esas condiciones, el peatón es muy libre de ir mirando el móvil, leyendo el periódico u observando el cielo, pero ello encierra una conducta de riesgo que asume, ante la notoria eventualidad de que el pavimento de forma sobrevenida (con culpa o no municipal) ofrezca sustancias o desperfectos anómalos”.

La misma consideración se aplica en la doctrina de los órganos consultivos nacionales, valga por todos, el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias de 27 de agosto de 2020³⁹⁶, que propone la desestimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial por la anulación de una licencia urbanística, fundamentada en la negligencia de la demandante promotora urbanística, que no empleó la “diligencia mínima” al obviar la solicitud autorización sobre un determinado uso del suelo “no urbanizable”, deviniendo en la consecuencia última, que no fue otra que la anulación de la licencia urbanística concedida para la construcción de cafetería/restaurante vinculada a una estación de servicio. Estima el Consejo Consultivo que concurre, la “culpa de la víctima” que rompe el nexo causal y exime al Ayuntamiento demandado de responsabilidad patrimonial, fundamentando su Dictamen en las siguientes consideraciones: *“En tanto no se objetiva lo contrario, ha de estimarse que quien promueve los instrumentos para actuar sobre suelo no urbanizable no es ajeno a la normativa urbanística que afecta a esta clase de suelo, ni puede desconocer aquellas limitaciones que, resultando con claridad del planeamiento general, se revelan además acordes con la naturaleza del terreno y sus naturales servidumbres. De ahí que no pueda lícitamente ignorar la precariedad de la licencia que amparaba la cafetería/restaurante, uso que el planeamiento solo admite en edificaciones preexistentes, con una motivación reforzada y en el que no asoma ningún interés social. Si, intencionada o negligentemente, la empresa sustrae la específica autorización de ese uso durante la tramitación de los instrumentos que han de ampararlo –evitando así el pronunciamiento al respecto de la CUOTA- no tiene un derecho a ser resarcido por los daños derivados de la eventual anulación de la licencia (...) En consecuencia, teniendo en cuenta las consideraciones señaladas, la reclamación debe ser desestimada al quebrar el nexo causal entre el daño y la actuación del Ayuntamiento”.*

³⁹⁶ Dictamen 189/2020.

Con similar criterio, se valora la prueba los ordenamientos jurídicos anglosajones, cuando no puede acreditarse que hubo una intervención del víctima en la causación del daño, como acertadamente refiere el autor Alfredo Bullard³⁹⁷: “: *“Bajo las reglas comunes de la prueba, cuando no existen elementos de prueba suficientes para probar la negligencia del demandado, no es extraño que éste obtenga una sentencia favorable, alegando únicamente dicha inexistencia”*. Esta conclusión también se aplica en el Derecho español donde, al configurarse la responsabilidad patrimonial objetiva, en el caso de no poderse probar por la Administración una conducta negligente de la víctima como circunstancia eximente de responsabilidad, ello suele devenir en una sentencia condenatoria de la misma al entrar en funcionamiento automáticamente la previsión del art. 32 de la LRJSP respecto de la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por los daños causados siempre que la *“(...) la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...)”*.

En idéntica relación con la culpa exclusiva de la víctima, la intervención de un tercero en la causación del daño es un supuesto exonerador de responsabilidad en el Derecho español, así la STS de 18 de mayo de 2010³⁹⁸ con cita de otras muchas, refiere que: *“ En el caso de autos, no podemos olvidar que el hecho causante del resultado dañoso se produjo por un tercero (...) apreciamos la existencia de una concurrencia de causas, determinantes de una moderación en el quantum indemnizatorio, pero no la inexistencia de la responsabilidad de la Administración”*.

Puede por tanto concluirse, a la luz de lo expuesto, que la intervención de la víctima o de un tercero, en la causación del daño es un tanto un criterio moderador como eximente de responsabilidad municipal, en ambos sistemas jurídicos.

4. El deber jurídico de soportar el daño como criterio legal de exención de responsabilidad.

La referencia contenida en el artículo 32 de la RJSP, de que sólo se responderá de aquellos daños *“que no se tenga el deber jurídico de soportar”*, conduce a cuestionar a qué daños se refiere la Ley, debiendo concluirse que la referencia

³⁹⁷ Themis 50 revista de Derecho *“Cuando las cosas hablan el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”*.

³⁹⁸ RJ 2010/3651.

obligada es a los daños antijurídicos, respecto de los cuales, no existe la obligación de soportarlos, no obstante, debe precisarse que la antijuridicidad no puede devenir del aspecto subjetivo del actuar de la Administración, sino del objetivo de la ilegalidad del perjuicio, cuando el interesado no tenga el deber jurídico de soportarlo. En este línea ya apuntaba el profesor GARCÍA DE ENTERRIA³⁹⁹ a mediados del siglo pasado que: *“Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado”*. Esa es la interpretación que todavía a día de hoy se debe dar al concepto de “daños que no se tenga la obligación de soportar”, tal y como refiere la jurisprudencia de nuestro TS, valga por todas, la STS de 19 de febrero de 2008⁴⁰⁰ que requiere para apreciar la antijuridicidad del daño la necesidad de que *“se pruebe haber soportado un perjuicio individual que va más allá del deber genérico de colaboración que todo ciudadano, por el hecho de serlo, tiene que soportar en el seno de una comunidad organizada”*.

El profesor, SÁNCHEZ MORÓN⁴⁰¹ respecto de esta cuestión se formula las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los daños que un particular no debe soportar? Considerando como tales, los siguientes:

“Cuando esta carga o deber tenga origen en una norma y esté dirigida al particular como ciudadano o a una colectividad de personas, como por ejemplo el pago de un impuesto local.

Cuando el daño se produce por una actividad administrativa ejercida en términos justificados, como es el caso de la demolición de una edificación que se ha considerado ilegal.

Cuando la relación es derivada del riesgo normal que se produce en el ejercicio de los servicios públicos, como puede ser la asistencia hospitalaria”.

³⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Potestad expropiatoria y garantías (...)”. *Op.cit.* p. 23.

⁴⁰⁰ RJ 2008\1738

⁴⁰¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: Derecho Administrativo. Parte General, Madrid, Tecnos, 2014, p. 957

Con el mismo fundamento, daño motivado o con soporte en una norma jurídica, se planteó otro interesante asunto a derivas de una reclamación de daños provenientes de una intervención policial ante una sospecha de actuación criminal, caso examinado en la STAN de 17 de septiembre de 2014⁴⁰² la cual desestimó la demanda planteada en reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños morales ocasionados por la detención de un profesor de música ante sospechas de abusos sexuales en un conservatorio de música municipal, detención que se practicó públicamente, en la sede del mismo y en horario de máxima afluencia de alumnos y padres. Se refería por el demandante que *“la detención policial del recurrente se efectuó de tal modo y manera que produjo gran alarma y revuelo social, realizándose en la hora de mayor presencia de padres, madres y alumnos a la hora de comer, lo que ha perjudicado al actor”* con dicho argumento el demandante reclamó los daños y perjuicios de orden psicológico y psiquiátrico que tal actuación le produjo así como los perjuicios irrogados en su trayectoria profesional. No obstante la demanda es desestimada con el siguiente fundamento: *“No cabe, por tanto, apreciar la concurrencia del requisito de antijurídica ante la actuación policial (...) toda vez que el recurrente, como cualquier ciudadano y en aras de la defensa del interés social implícito en la actuación policial, está obligado a soportar el daño que del ejercicio estricto, como en este caso ocurrió, de sus funciones por parte de la policía, se le pueda ocasionalmente originar, faltando, por tanto, el requisito del daño antijurídico en el actuar de la Administración, indispensable para el reconocimiento de responsabilidad de la misma”*.

También se planteó la interpretación de “obligación de soportar el daño” a raíz de las numerosas demandas interpuestas en impugnación de las medidas preventivas de la pandemia Covid 19, en concreto la relativa a horarios de cierres de establecimientos, toques de queda, y más concretamente, la obligación de exigir pasaporte Covid, en muchos establecimientos de ocio de diferentes comunidades autónomas. Dichas medidas, debían entenderse en el sentido del *“deber jurídico de soportar el daño”*, como refirió la STS de 14 de septiembre de 2021, con pleno

⁴⁰² RJCA 2014/679.

sustento en la protección de derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y a la salud⁴⁰³.

En este sentido, relativo a una campaña de vacunación, la STS de 9 de octubre de 2012⁴⁰⁴ ya había creado un precedente doctrinal al resolver nuestro Alto Tribunal que: “(...) *La campaña de vacunación viene impuesta por la conciencia social y la justa distribución de los beneficios que aportan a la sociedad en su conjunto (...)*”, refiriendo en tal sentido, que: “(...) *el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanen de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población (...) de las que se beneficia en su conjunto toda la sociedad*”.

5. La fuerza mayor como criterio exonerante en ambos ordenamientos jurídicos.

La fuerza mayor es una de las pocas circunstancias reconocidas en el art. 106.2 por la C.E. así como también por la LRJSP, en su artículo 32, como excepción del derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas en el supuesto de sufrir un daño consecuencia del funcionamiento del servicio público,

⁴⁰³ Vid, STS. de 14 de septiembre de 2021, RJ 2021/4022, que avala el pasaporte Covid para acceso a establecimientos de Galicia con la siguiente argumentación. “*Es lo que sucede en este caso, al confrontar la tenue limitación que podría tener la medida examinada sobre los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14), y a la intimidad (artículo 18.1), con el derecho fundamental a la vida (artículo 15), la protección de la salud (artículo 43) en situaciones de la pandemia como la Covid-19, y con el interés general de todos a sobrevivir en estas gravísimas circunstancias, que avalan la procedencia de la medida que se pretende. Así es, la medida de exhibición de determinada documentación (certificado de la pauta completa de vacunación, (...)) para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si se pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-CoV-2, según los informes que constan en las actuaciones y que más adelante veremos. La exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están. (...). En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de la pandemia (...)*”.

⁴⁰⁴RJ 2012/10199.

pues la mayoría de las restantes causas admitidas como exonerantes de responsabilidad son básicamente construcciones jurisprudenciales. Como señala la profesora MENÉNDEZ SEBASTIAN⁴⁰⁵ *“La presencia de fuerza mayor no supone negar la existencia del daño sino simplemente la falta de relación de causalidad”*. Puntualiza que la fuerza mayor no deja de ser una *“causa extraña a la organización administrativa que no es previsible o que, aún siéndolo, es inevitable (...)”*.

En este sentido, la fuerza mayor ha sido definida por la doctrina judicial como todo acontecimiento que se escapa de la normalidad, susceptible de producir graves daños, valga por todas, a modo de ejemplo la descripción aportada por la STS de 10 de marzo de 1992⁴⁰⁶, con ocasión de las inundaciones de Bilbao, como consecuencia de una tromba de agua acaecida los días 26 y 27 de agosto de 1983, la sentencia dictada, concluyó: *“(...) Los presupuestos integradores de la «vis maior» -fuerza mayor- que está fuera del círculo de actuación de lo presunto obligado, y que ha causado un daño material que, por su carácter y forma de producirse, excede notoriamente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y gravedad de su manifestación (...). Los diversos informes existentes en el expediente ponen de manifiesto, de modo inconcuso, el carácter «altamente excepcional» del fenómeno acaecido en la provincia de Vizcaya por lo que conceptúa como verdadera «tromba de agua», sin que haya puesto de manifiesto la incidencia responsable de la Administración de acuerdo con las previsiones deducibles de la observancia de la normativa invocada, y sí, por el contrario la calificación del suceso como de «fuerza mayor» y, en consecuencia con el efecto de la desestimación del recurso interpuesto”*.

La profesora CUETO PÉREZ⁴⁰⁷, distingue como causa exonerante de la responsabilidad administrativa entre el caso fortuito y la fuerza mayor, señalando que, *“Mientras que en la legislación civil el caso fortuito exonera de responsabilidad, la*

⁴⁰⁵ MENENDEZ SEBASTIAN, E. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la administración pública”. En el vol. Col. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, estudio general y ámbitos sectoriales*. Dirigido por Anabelén Casares Marcos y Tomás Quintana López. Tirant Lo Blanch, Madrid 2013.

⁴⁰⁶ RJ 1992\1823.

⁴⁰⁷ CUETO PÉREZ, M. *“La responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria”* Tirant Lo Blanch, 1997. Señala la profesora, que *“es más tiene que traer su causa de la realización del mismo, su producción no será posible fuera de la actividad que se contempla, la primera nota que le caracteriza es la interioridad frente a la fuerza mayor que siempre implica un suceso ajeno al propio servicio. Como segunda característica hay que señalar la indeterminación de la causa productora del daño, se ignora cuál ha sido el motivo que causa el resultado lesivo (...)”*.

regulación de la responsabilidad en el ámbito administrativo sólo contempla como causa de exoneración la fuerza mayor, el caso fortuito por lo tanto permitirá imputar la lesión a la Administración por funcionamiento normal. Para que estemos en presencia de caso fortuito se exige que se dé la producción de un evento no ajeno a la prestación del servicio”.

La tipificación de la fuerza mayor no es unánime, de hecho, por ejemplo, respecto de fuertes vientos, la velocidad por hora exigible a la hora de ser calificados como acontecimientos extraordinarios varía según los casos, así por ejemplo, el TSJ de Castilla y León no estima como hechos absolutamente irresistibles y mucho menos imprevisibles aquellos temporales con vientos de velocidad no superior a 120 km/h (sentencias de 28 de septiembre de 2001, Sala de Valladolid, y 10 de mayo de 2004, Sala de Burgos). Resulta además que el RSRE, R.D. 300/04, de 20 de febrero⁴⁰⁸, también califica como “*vientos extraordinarios*” aquellos que presenten rachas que superen los 120 km. por hora. Se entenderá por racha el mayor valor de la velocidad del viento, sostenida durante un intervalo de tres segundos. En el mismo sentido califica también como inundación extraordinaria: “*El anegamiento del terreno producido por la acción directa de las aguas de lluvia, las procedentes de deshielo o las de los lagos que tengan salida natural, de los ríos o rías o de cursos naturales de agua en superficie, cuando éstos se desbordan de sus cauces normales, así como los embates de mar en las costas. No se entenderá por tal la producida por aguas procedentes de presas, canales, alcantarillas, colectores y otros cauces subterráneos, contruidos por el hombre, al reventarse, romperse o averiarse (...)*”⁴⁰⁹. Por tanto, ciertamente, puede concluirse que no existen parámetros concretos que permita calificar de forma inequívoca un fenómeno meteorológico como fuerza mayor. No obstante, ante la ausencia de criterios objetivos, se acude a la normativa antes mencionada, como señala el Consejo Consultivo de Castilla y León⁴¹⁰ el cual refiere por su carácter orientativo, “*la normativa sobre cobertura de riesgos extraordinarios; en particular, al Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios, aprobado por el Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero (...).sobre la base de esta doctrina, en unos*

⁴⁰⁸ Reformado por el R.D. 1386/11 de 14 de octubre.

⁴⁰⁹ Art. 2.c) del anterior.

⁴¹⁰ Extracto Doctrinal. XIII Responsabilidad patrimonial de la Administración. A) ASPECTOS GENERALES.2. Requisitos de la responsabilidad patrimonial.

<https://www.cccyl.es/es/extracto-doctrinal/xiii-responsabilidad-patrimonial-administracion/aspectos-generales/2-requisitos-responsabilidad-patrimonial/causas-exoneracion-responsabilidad>

casos el Consejo Consultivo ha apreciado la existencia de fuerza mayor por vientos fuertes, al estar acreditado que la rachas máxima de viento registrada era superior a 135 km/h1. Por ejemplo, el Dictamen 919/2011, de 31 de agosto”.

En otro orden de cosas, la fuerza mayor nunca puede ser considerada como eximente cuando los daños han sido producidos por una ubicación inadecuada de viviendas o instalaciones, en zonas inundables, y donde existe riesgo de catástrofes naturales. En este sentido la STAN de 21 de diciembre de 2005⁴¹¹, confirmada por la STS de 11 de octubre de 2011⁴¹², determinó la responsabilidad patrimonial de la Confederación Hidrográfica del Ebro, Ayuntamiento de Viescas y Diputación General de Aragón, por los hechos acontecidos el 7 de agosto de 1996, con la inundación del Camping de Las Nieves, en Biescas (Huesca) consecuencia de una riada torrencial por una tormenta sobrevenida e inesperada que arrolló el camping y causó ochenta y siete víctimas, innumerables heridos y enormes daños materiales. Refiere el textual de la sentencia que: *“(…) Las Administraciones Públicas que tengan competencia en relación con esas instalaciones o el lugar en que se vayan a implantar, han de estudiar y valorar, en el ejercicio de sus atribuciones y con todos los medios a su alcance, porque existe, además, una normativa que se lo impone, el entorno natural de ese lugar y prever los fenómenos naturales que puedan repercutir en la integridad de las personas así alojadas y en sus bienes (…)* Pues bien, lo cierto es que *(…) a la hora de buscar la ubicación del referido camping «Las Nieves», dato esencial para la seguridad de los futuros acampados, no se valoraron por las Administraciones Públicas legalmente obligadas a ello, y con los medios científicos y técnicos de que disponían, todas esas circunstancias expuestas (…)* más cuando, como también se *expondrá, distintos técnicos previeron, ya en la fecha de la ubicación y con anterioridad al suceso, el peligro de esa ubicación”.*

Sobre los accidentes naturales y la responsabilidad municipal por la falta de adopción de medidas preventivas, la doctrina anglosajona también es concluyente al señalar que la responsabilidad de los municipios derivada de un planeamiento inadecuado, consecuencia de no limitar la edificación en determinadas zonas, mediante el control de los usos del suelo, para evitar que se edifique en aquellas que,

⁴¹¹ RJCA 2006\188.

⁴¹² RJ 2010\7217.

por su propia naturaleza, son inundables o susceptibles de devenir en desastres naturales. Así en el Derecho anglosajón también la fuerza mayor es un supuesto eximente de responsabilidad, de hecho, se entienden por tal, los accidentes naturales en su traducción literal “*natural accidents*”, salvo que los daños ocasionados, deriven de un planeamiento inadecuado en zonas de riesgo en cuyo caso, se entiende que existiría responsabilidad municipal y quedaría desplazada de facto la inmunidad de los municipios a fin de que respondan de los daños causados por indebidas decisiones urbanísticas⁴¹³, o bien por una normativa urbanística excesivamente tolerante con la edificación⁴¹⁴. En igual sentido, también se estima que una inadecuada ubicación de las redes de saneamiento puede devenir en responsabilidad del municipio. Así, mientras que la responsabilidad por el mantenimiento en adecuadas condiciones suele ser del propietario, sí es cierto que, en los últimos tiempos, la doctrina sentada por los tribunales norteamericanos, está empezando a considerar responsables a los municipios por un defectuoso planteamiento de las redes de saneamiento, y de drenaje

⁴¹³ LACHMAN FREDERIC S., “Should Municipalities Be Liable for Development-Related Flooding?”. *Nat. Resources Journal*. Vol. 41, Pennsylvania, 2001. Refiere el Profesor lo siguiente: “(...) Los municipios contribuyen a las inundaciones cuando permiten nuevas construcciones sin requerir canalización y drenaje de las aguas superficiales. Un pobre planeamiento municipal anima el caos urbano y deja vacíos los centros de las ciudades mientras que las inundaciones causadas por un defectuoso planeamiento hacen devaluar el valor de las viviendas perjudicando a los propietarios actuales. El planeamiento debe contemplar y prevenir el riesgo de inundaciones, porque las ciudades ante el calentamiento global pueden ser susceptibles de fenómenos climáticos adversos tales como fuertes tormentas y las áreas costeras frecuentemente se ven inundadas por el agua del mar. La responsabilidad municipal por el planeamiento relacionado con el riesgo de inundación son materias objeto del Common Law. Los estados divergen sobre la interpretación de la inmunidad municipal y responsabilidad (de los entes locales), la política pública tiene que tender a uniformar la doctrina de la responsabilidad municipal que limita los daños por inundaciones y protege a los propietarios existentes pero no penaliza a las ciudades por los errores de planeamiento hechos bajo la anteriormente consolidada, doctrina de la inmunidad”. (Traducción libre).

⁴¹⁴ CITY C.: “Duty and Disaster: Holding Local Governments Liable for Permitting Uses in High-Hazard Areas”, *North Carolina Law Review*, Vol. 78, p. 1540. “El gobierno federal y los estados tradicionalmente han retenido sólo un papel supervisor sobre las decisiones de uso del suelo, dejando a los gobiernos locales como únicos responsables de implementar dichas políticas. Los gobiernos locales tradicionalmente llevan evadiendo responsabilidades por permitir desarrollos en zonas de riesgo natural incluso aunque ellos estuvieran en mejor posición de mitigar los daños naturales a través de su habilidad de decidir directamente los usos del suelo y su control sobre el momento, porcentaje, y localización de los desarrollos urbanístico (...). Los gobiernos locales han escapado a su responsabilidad, por su habilidad para reducir riesgos los gobiernos locales deberían ser responsables por los usos del suelo que incrementan la exposición de las personas a los riesgos naturales. (...) Los gobiernos locales puede mitigar los riesgos en tres vías. Primero, pueden evitar situar servicios públicos como bomberos, comisarias de policía, y depósitos de agua en zonas de alto riesgo porque haciendo eso anima el desarrollo de esas áreas. Finalmente, los gobiernos locales pueden limitar o prohibir el desarrollo de zonas de riesgo estableciendo zonificaciones y otras restricciones al desarrollo. Cuando los gobiernos fallan al tomar esas medidas están implicando que esas áreas de riesgo son seguras para el desarrollo urbanístico privado (...)”.

<https://digitalrepository.unm.edu/nrj/vol41/iss4/6> (consulta 7 diciembre de 2020). (Traducción libre).

de titularidad pública que no eviten inundaciones de determinadas zonas edificadas que causan graves daños a la propiedad privada⁴¹⁵, precisamente por considerar que están vulnerando los estándares del servicio al no haberse adoptado las medidas preventivas necesarias para evitar en la medida de lo posible, severos daños en caso de tormentas u otro tipo de desastres naturales⁴¹⁶. Muestra de lo anteriormente expuesto, resulta la sentencia dictada en el asunto “*Columbus, Ga. v. Smith*”⁴¹⁷ de la Corte de apelaciones del Estado de Georgia, donde se concluyó que la ciudad de Columbus era responsable de los daños causados al actor, por haber aprobar desarrollos urbanísticos en una zona anegable, circunstancia que incrementó el riesgos de inundaciones como la que afectó a la propiedad del demandante, determinando que la responsabilidad devenía de la aprobación la implantación de urbanizaciones en zona inundable, lo que indudablemente fomentó el incremento de las escorrentías de agua que afectaron a las propiedades adyacentes.

En otro asunto, “*City of Lawrenceville v. Heard*”⁴¹⁸ la Corte de Apelaciones de Georgia declaró a la ciudad de Lawrenceville responsable de los daños causados a unos vecinos del municipio por la inundación de sus viviendas durante unas fuertes

⁴¹⁵ En este sentido, SHONKWILER, W.J., MORGAN T.: *Land use litigation*, West Group, 1986; p. 285, dispone: “*La base de la responsabilidad es el fallo en el ejercicio del poder gubernamental para prever la posibilidad de que el fallo del sistema de drenaje (...) pudiera resultar en daños a la propiedad privada. Así en el asunto “Lukas v. New Haven” se concluye que un municipio puede ser responsable de crear molestias a través de actos expresos*”. (Traducción libre).

⁴¹⁶ Insistiendo en la importancia de la responsabilidad municipal en las inundaciones causadas por defectos en el planeamiento urbanístico y en las canalizaciones públicas, se muestran los profesores, DEBO, N. T., REESE A.: *Municipal stormwater management*, Lewis Publishers 2003 by Taylor & Francis Group, LLC.; Boca Raton, 2.002 , que sobre este particular, refieren: “*Los municipios generalmente no son responsables por el fallo en proporcionar sistemas de drenaje o por un defectuoso sistema de planeamiento. (La obligación de) proporcionar sistemas de drenaje viene determinada por la normativa con la cual las cortes no interfieren habitualmente. La responsabilidad por la construcción como algo opuesto al diseño es una causa mucho más habitual de responsabilidad municipal. Es además normalmente debida al negligente mantenimiento de las instalaciones construidas. Los ciudadanos deberían tener unas expectativas razonables y poder depender de la fiabilidad de las instalaciones municipales construidas, que funcionen conforme han sido designado y planeado. Los municipios son responsables de la colocación subterránea de los drenajes en las propiedades privadas y por la captación de las aguas canalizando las salidas naturales de las mismas (...). Hay teorías relativas a los daños causados por municipios que han sido declarados responsables. Es evidente que el “jurado no está en ello “ en la responsabilidad del municipio o del individuo por las decisiones tomadas durante una tormenta. En cualquier caso, resulta obvio que una doctrina razonable está siendo erróneamente aplicada en los casos recientes. Los jurados conceden indemnización por el incremento y diseño de las redes de saneamiento que no han pasado controles durante los últimos años.* (Traducción libre).

Hay un cambio en la tendencia de los estándares del servicio exigibles a los servicios de prevención de inundaciones por tormentas. Incluso desarrollando una detallada estimación del riesgo en el diseño puede no proteger de responsabilidad (...)”. (Traducción libre).

⁴¹⁷ 316 S.E. 2d 761 (Ga. Ct. App.1984).

⁴¹⁸ 391S.E. 2d 441 (Ga. Ct. App. 1990).

tormentas. La Corte consideró probado que dichas inundaciones fueron propiciadas por la aprobación de desarrollos urbanísticos en una colina cercana, que alteraron la escorrentía de las aguas propiciando el anegamiento, en caso de fuertes lluvias de las viviendas de los demandantes. Durante el procedimiento resultó acreditado que esos desarrollos urbanísticos fueron la causa de significantes avenidas de agua que inundaron los jardines traseros y los sótanos del demandante. La sentencia dictada resolvió que, el incremento de los niveles de agua constituyó una molestia que se generó a los vecinos y que, en consecuencia, la ciudad era responsable y debía indemnizarles.

En Canadá tiene también un peso fundamental en este ámbito, la inmunidad municipal⁴¹⁹. En este sentido, se parte de la idea de que los municipios toman decisiones en interés de la comunidad, y por ello, el nivel de responsabilidad imputable a los mismos en caso de daños producidos por una catástrofe natural, es menor que el correspondería o sería exigible, en similares circunstancias a un particular⁴²⁰ y, en idéntico sentido, también son menores las indemnizaciones a abonar por los municipios y distritos por este concepto que las que podría corresponder en el supuesto de que el daño lo hubiese propiciado una empresa de titularidad privada.

En otro país dentro del ámbito de influencia del Common Law, como es Sudáfrica, sujeto por su emplazamiento geográfico al impacto de no pocos sucesos naturales de consecuencias catastróficas, la falta de adopción de medidas para

⁴¹⁹ RAIKES, J, GORDON, MC.B.: "Responsibility and liability in emergency management to natural disasters; A Canadian example" *International Journal of Disaster Risk Reduction*, Volume 16, June 2016, pp.1-18. Inciden los profesores en la responsabilidad de los gobiernos locales en el supuesto de causación de daños por accidentes naturales, concluyen lo siguiente: "*Aunque la provincia y los gobiernos locales tienen responsabilidad en la gestión de emergencias naturales, esto no implica en todo caso responsabilidad por los daños que resultan de una emergencia o desastre incluso aunque esos daños ocurran como resultado de sus decisiones*". (Traducción libre).

⁴²⁰ Los autores, MULDOON, P, LUCAS A, GIBSON R.B, PICKFIELD, J,W.: *An Introduction to Environmental Law and Policy in Canada*, Ed.Emond Montgomery Publication Limited, Toronto, 2015, señalan cinco aspectos principales para que en Canadá un desastre natural pueda devenir en responsabilidad de la Administración: "*La clase de daño medioambiental que puede devenir en responsabilidad; quien es responsable, establecer el nexo de causalidad entre la acción y la inacción y el consiguiente daño; identificar al responsable de los daños causados, y el estándar de cuidado exigible por la parte responsable de prevenir el daño. Estos criterios de responsabilidad imperan tanto en el supuesto del derecho medioambiental como en el contexto de la gestión de emergencias de desastres naturales. Las cortes de Canadá hace tiempo que han reconocido que los gobiernos locales disfrutaban de un tratamiento especial cuando concurre una responsabilidad civil por daños. Los gobiernos parten de la premisa de tomar decisiones en interés de la comunidad y no de los individuos, bajo esta premisa, las cortes han justificado una exposición reducida a la responsabilidad civil, menor que la de una compañía privada o individuo*". (Traducción libre).

prevenir los daños es un elemento determinante a la hora de poder imputar responsabilidad a un determinado municipio. En Sudáfrica se establece una previsión de posibles zonas susceptibles o vulnerables al posible acaecimiento de desastres naturales contemplando estándares del servicio del funcionamiento de los municipios, estableciendo guías y protocolos de actuación como una serie de medidas preventivas que deben adoptarse e incurriendo, en caso contrario, en responsabilidad del ente local, muestra de lo cual es la *“Disaster Management Guidelines for municipalities”*⁴²¹ o, en su traducción, *“Guía Orientativa para Municipios sobre Gestión de Desastres Naturales”*, donde se establecen las medidas preventivas necesarias a adoptar por los municipios incurriendo éstos en responsabilidad en caso de no seguir las mismas⁴²².

A la luz de lo expuesto, puede concluirse que, al igual que en ambos sistemas jurídicos, los accidentes naturales (fuerza mayor) y los daños derivados, no son en sí mismos, determinantes de la responsabilidad del municipio, pero sí pueden llegar a serlo si no se han adoptado por parte de aquellos, las medidas preventivas necesarias para evitar ese daño.

VI. INDEMNIZACIÓN VS. DAMAGES.

1. Introducción

El profesor GARRIDO FALLA⁴²³ indicó en su día que la teoría de la responsabilidad administrativa en España debe distinguirse de teoría de la indemnización de daños y perjuicios, puntualizando que ese término abarca a su vez los siguientes conceptos:

- a) Las indemnizaciones expropiatorias derivadas del ejercicio de la potestad fundamentada en el art. 33.2 de la C.E.

⁴²¹<http://lib.riskreductionafrica.org/bitstream/handle/123456789/1062/disaster%20management%20guidelines%20for%20municipalities.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulta a noviembre de 2021) (Traducción libre).

⁴²² Refiere la *“disaster management guidelines for municipalities”* que: *“Para garantizar que el gobierno local sea una herramienta eficaz, los municipios deben estar mejor preparados y tener planes de contingencia para gestionar los desastres. A continuación se proporcionan ejemplos de estrategias de gestión de desastres. Estas no son las únicas formas en que se pueden gestionar los desastres y solo tienen el propósito de impulsar a los municipios a estar mejor preparados para los desastres(...).”* Prevención: *los municipios pueden prevenir mejor un desastre al realizar ciertas actividades antes de que ocurra un desastre”*. (Traducción libre).

⁴²³ GARRIDO FALLA, F.: *“La Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”* (...). *Op. Cit.* p.23.

- b) Aquellos casos en los que la indemnización deriva de un acto ilegal declarado así por la Administración por sentencia judicial.
- c) Indemnización derivada de los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- d) Daños causados por actos administrativos no anulables en la vía contencioso-administrativa, por ser correctos desde un punto de vista legal, pero que ocasionan daños individualizados.

Esta última mención se recoge en el artículo 32 de la LRJSP 40/2015, que establece que el derecho a la indemnización tiene lugar *"siempre que la lesión sea consecuencia (...) de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley"*. Se puede, a raíz de ello, inferir que la antijuridicidad es uno de los requisitos del daño indemnizable, aunque no el único, entendiendo que, como puntualiza nuestro Tribunal Supremo en su STS de 19 de febrero de 2008⁴²⁴: *"La antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso, desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (S. 13-1-00 [RJ 2000, 659] , que se refiere a otras anteriores de 10-3-98, 29-10-98 [RJ 1998, 8422] , 16-9-99 [RJ 1999, 7746] y 13-1-00 [RJ 2000, 659])"*.

No obstante, sentado esto, quizás la "espada de Damocles" del Derecho español en materia de daños, y su aplicación judicial, es la cuantía de las indemnizaciones, resultando llamativo, que pese a que la nueva regulación en materia de valoración de accidentes de circulación, la Ley 35/15, de 22 de septiembre, de reforma del sistema de valoración de daños y perjuicios derivados de accidentes de tráfico, ha actualizado la cuantía de las mismas, partiendo de la premisa de que, en la normativa anterior diversas partidas de daños como por ejemplo, el fallecimiento de la víctima, estaban minusvaloradas y otras ni siquiera existían, como el apoyo psicológico a familiares de las víctimas, o necesidad de ayuda de tercera persona. En este contexto nació la Ley 35/15, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y

⁴²⁴ RJ 2008\1738.

perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, dotada de unos completos anexos que pretenden canalizar todos los conceptos indemnizables, de manera que las víctimas obtengan un resarcimiento pleno de los daños causados. En los mismos se ha pretendido abarcar un ilimitado número de supuestos, incrementando notoriamente la cuantía indemnizatoria, al incluir aspectos tales como un “(...) el *resarcimiento del importe de las obras de adecuación de la vivienda a las necesidades de quien sufre una pérdida de autonomía personal muy grave o grave, incluyendo los medios técnicos, con el importe máximo fijado en la tabla 2.C para este tipo de gastos. Los gastos de asistencia sanitaria futura también se compensan (...)*”. Esta normativa, pese a no ser vinculante, por mor de lo dispuesto en la LRJSP (artículo 34.2), es la que, de facto, se está aplicando casi uniformemente en los tribunales de justicia españoles al aportar un criterio objetivo respecto a las valoraciones de daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos. Así, por ejemplo, los citados anexos disponen que, en los supuestos de lesiones temporales, el lucro cesante consiste en la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal del lesionado o, en caso de su dedicación exclusiva a las tareas del hogar, en una estimación del valor de dicha dedicación cuando no pueda desempeñarlas.

Dicha completa y exhaustiva regulación, es adecuada, pues no puede olvidarse que en el Derecho español, el objetivo de la indemnización por daños y perjuicios es lograr la reparación integral del daño causado a la víctima por todos los conceptos, tal, y como refiere el profesor, GARCÍA DE ENTERRÍA⁴²⁵ “(...) *La víctima del daño causado, tiene Derecho a una completa reparación, que no sería justo denegar ni demorar cuando es claro que el sujeto concretamente demandado ha contribuido con su conducta (sin perjuicio de que otros lo hayan hecho) a producir ese daño*”.

En este sentido, y pese a que la doctrina judicial y la nueva normativa en la materia han motivado un incremento de la cuantía indemnizatoria a percibir por la víctima, sin embargo, es en la amplitud de los conceptos indemnizatorios donde podemos apreciar la influencia anglosajona, pues dentro de las partidas indemnizatorias, se incluyen todos los conceptos anteriormente mencionados, y

⁴²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II (...)*, op.cit. p. 15.

también otros distintos, con finalidad represora para sancionar la conducta del culpable de ocasionar el daño. No obstante, no puede olvidarse, que la finalidad última de la indemnización por daños en España es lograr que el que ha sufrido un daño causado por una acción de otro, obtenga un resarcimiento absoluto como una garantía del principio de indemnidad, entendido como el derecho de la víctima al resarcimiento íntegro del daño causado por una acción dolosa o negligente. En esta línea, pese a que en el ordenamiento jurídico español se han incrementado en los últimos años la cuantía de las indemnizaciones provenientes de responsabilidad patrimonial administrativa, todavía estamos muy por detrás de las que se reconocen en los países anglosajones, donde no sólo existen conceptos indemnizatorios novedosos y ajenos a la tradición española, sino también otros tradicionalmente asociados al Derecho anglosajón como son los daños punitivos, cuya finalidad no es sólo resarcir a la víctima, sino sancionar la conducta del causante, como luego se expondrá.

2. Los “damages” asimilados a “indemnización de daños y perjuicios”.

Una de las cuestiones que más debate suscita en la doctrina anglosajona, es la interpretación del vocablo “damages”, que, al contrario de lo que podría entenderse, por la traducción etimológica del término “daños”, debe sin embargo asimilarse a la indemnización por daños y perjuicios de la que es merecedora la víctima a la que se le ha causado un daño⁴²⁶. Existe una íntima relación entre el concepto de “torts”⁴²⁷ o

⁴²⁶ Sobre este concepto, BESTUE SALINAS, C.: “Traducir los daños sin efectos colaterales (...)”. *Op.Cit.*, pp. 20, refiere la autora lo siguiente: “El término en inglés *damages*, en plural, corresponde al concepto español de indemnización de daños y perjuicios. (...) Este concepto ha sido elaborado principalmente de forma jurisprudencial, pero también se ha visto tratado a través del Derecho legislado (*statute law*) (...)”. *El Derecho de daños (damages) constituye una categoría bien delimitada y una ciencia independiente del Derecho anglosajón. Se trata de una disciplina que emana de una institución, la responsabilidad (liability), que se encuentra muy fragmentado entre principios de Common, equity y stute law y así mismo entre un Derecho sustantivo contracts y torts, y un Derecho adjetivo, o de las acciones en justicia, denominado “remedies”.*

⁴²⁷ GREEN, L.: “Causal relation in legal liability-in Tort” *Yale Law Journal*, Connecticut, 1927. El autor incluye dentro del concepto de “Torts”, los siguientes: “Los intereses protegidos por las normas jurídicas bajo concepto “torts” (agravios), son numerosos. (...) El reconocimiento de esos intereses es una de las funciones más importantes de los tribunales. Pero, en cualquier caso, sobre si un interés debe ser reconocido, rara vez se presenta de forma evidente, con mayor frecuencia, la parte reclamante invoca alguna regla bien establecida, ya que la protección cubre el interés involucrado. Así crece la ley. La mayoría de los intereses a los que la ley protege están bien reconocidos. Los intereses de importancia a los que ley no ampara son muy pocos. Por otro lado, el grado más completo de protección rara vez, o nunca, se extiende a algún interés. (...) En “Ashby v. White” el demandante interpuso una acción por verse privado del derecho al voto. Aunque su interés en ejercitar su privilegio como ciudadanos se concedió bajo la protección de la Ley, si este privilegio de ciudadanía que debía recibir o no la protección de la ley era el único tema involucrado (...). La Cámara de los Lores finalmente le dio el reconocimiento adecuado (estimando el recurso)”. (Traducción libre).

demandas en materia de daños y el concepto de “damages” pues, de resultar estimada la acción de responsabilidad planteada, su consecuencia será el reconocimiento de una indemnización (damages)⁴²⁸. En el sistema jurídico del Common Law, se entiende por “damages” el remedio en forma de cantidad económica que se reconoce a un demandante como compensación por una pérdida o daño sufrido. La finalidad de los “damages” o indemnización, en una demanda de responsabilidad, es lograr el resarcimiento íntegro del perjudicado a través de una indemnización económica obtenida de la persona o entidad causante del daño.

Otro de los conceptos básicos en el entorno de la responsabilidad por daños en el Derecho anglosajón es el de “remedies” entendiéndose por ello el derecho a la reparación, que, en caso, de acreditarse el nexo causal, debería ser merecedor todo aquel que sufriese un daño causado por un tercero. En los orígenes del concepto “damages”, y en la regla de la distribución de la responsabilidad en el Derecho anglosajón en materia de daños (damages) es fundamental una sentencia con un alto impacto doctrinal en la materia como es la dictada en el asunto “*Hadley v. Baxendale*” dictada en el siglo XIX en Inglaterra y que todavía en nuestros días es invocada ante los tribunales de justicia de la Commonwealth. Su transcendencia deviene en la introducción de una premisa fundamental en la valoración de los daños causados por un incumplimiento del contrato: “*Los reclamantes solo pueden recuperar pérdidas que surjan razonablemente de la ruptura (del contrato) o que estén dentro de lo previsto por las partes al contratar*”⁴²⁹. Esta sentencia tiene gran transcendencia a la hora de valorar los daños indemnizables, toda vez que establece la regla de la razonabilidad en la valoración de los mismos.

La aplicación de la tradicional doctrina de la inmunidad de los entes locales a demandas de daños motiva que, en la mayoría de los estados norteamericanos la cuantía de los daños a reclamar se vea limitada por lo regulado en su normativa propia⁴³⁰, estableciéndose un límite individual por siniestro o una cuantía total en el

⁴²⁹ Asunto “*Hadley & Anor v. Baxendale & Ors (185) EWHC J70*: “*Established claimants may only recover losses which reasonably arise naturally from the breach or are within the parties’ contemplation when contracting*”. (Traducción libre).

⁴³⁰ La “Oregon Tort Claims Act” establece el límite en la reclamación de daños al municipio de hasta 691.200 dólares por persona y 1.382.300 dólares por suceso. En cuanto a los daños en los bienes, el límite es de 113.400 dólares por persona y 566.900 por suceso.

supuesto de demandas colectivas. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en los últimos tiempos, la justicia está admitiendo progresivamente, áreas exentas de inmunidad y paralelamente, en casos concretos, la imposibilidad de limitar la responsabilidad del municipio en demandas de daños causadas por un deficiente funcionamiento de un servicio público, como sucedió en las reclamaciones derivadas del accidente sufrido el 15 de octubre de 2003 por el Ferry a Staten Island, de la Ciudad de Nueva York, resultando la responsabilidad municipal determinada en el asunto “*In re City of New York*”⁴³¹. Este asunto es de vital importancia en la evolución de la doctrina de la inmunidad del municipio en EEUU, por su directa relación con el derecho de las víctimas a un resarcimiento indemnizatorio íntegro de los daños causados por la Administración. En este sentido, constan como antecedentes del caso los siguientes:

En la tarde del 15 de octubre de 2003, el Ferry Staten Island, perteneciente a una compañía de titularidad del Municipio de Nueva York, impactó contra un muelle de atraque de la ciudad, causando un lamentable accidente donde perecieron 10 personas y muchas otras resultaron heridas con lesiones graves. Durante el juicio quedó probada, no solo la negligencia del capitán, sino también que no existió como tal un plan de prevención de accidentes y, por tal circunstancia, existía responsabilidad del municipio. El juez rechazó una primera moción planteada por el Ayuntamiento de Nueva York para intentar limitar la cuantía de los daños indemnizables basándose en una supuesta inmunidad del municipio, en una primera resolución judicial que establecía que, en este caso, no se podía hacer valer limitación alguna de daños indemnizables y que, en consecuencia, el municipio debía afrontar los mismos. En el fundamento de la resolución judicial se refiere: “*La culpa de esta laxitud (en adoptar las pertinentes medidas de seguridad) recae directamente sobre la Ciudad. El Departamento de Transporte de la ciudad de Nueva York (y su predecesor, el Departamento de Muelles y Ferries) ha operado el Ferry de Staten Island durante más de un siglo. Durante la mayor parte de ese tiempo, ha tenido algún tipo de procedimientos operativos estándar para gobernar el comportamiento de la tripulación y garantizar la seguridad de los pasajeros. En el momento de la colisión en este caso, sin embargo, lo que alguna vez fue un manual conciso aparentemente se había convertido en una serie difusa de prácticas y procedimientos emitidos por el*

⁴³¹ “*In re City of New York*”, 607 F.3d 923 (2d Cir. 2010).

director de operaciones del ferry. Estas directivas se reunieron en un folleto que nunca se distribuyó correctamente (...)”⁴³². Como resultas de todo ello, la Ciudad de Nueva York llegó a acuerdos indemnizatorios con el resto de demandantes por importe total de 54,3 millones de dólares, siéndole reconocida, por ulterior sentencia, al demandante principal James Mc. Millan, la cuantía de 18, 3 millones de dólares, al resultar condenada la ciudad⁴³³.

Sin embargo, lo cierto es que esas indemnizaciones millonarias constituyen una excepción porque precisamente, por el propio concepto de inmunidad del municipio la mayoría de los estados tienen limitada en su normativa la cuantía máxima de los daños a reclamar⁴³⁴. El manido término legal, de “damages” entendiéndose por ello “*indemnización de daños y perjuicios*” se refiere a los daños físicos, emocionales (daños morales) y a la propiedad (daño emergente), e incluso también a la pérdida de ingresos (lucro cesante), que alguien sufre como resultado de un accidente. Este término “damages” en general es utilizado para determinar la cantidad de dinero que debería ser apropiada para compensar a alguien por los daños causados y las pérdidas sufridas⁴³⁵.

⁴³² (Traducción libre).

⁴³³ “*McMillan v. City of New York Eastern District Court of New York*”, 253 F.R.D. 247 (2008).

⁴³⁴ En un artículo digital, RONEN, A.: *Is Tort Law Unconstitutional?*, detalla y se cuestiona como se realizan los cálculos de las indemnizaciones de daños por los juzgados en el ordenamiento jurídico norteamericano, refiriendo en tal sentido, que: “*En el pasado oscuro, los jueces hicieron “intuitivos” juicios sobre indemnizaciones por daños que permitieron que “la raza y el racismo tuvieran una tremenda influencia de formas que son casi imposibles de probar”. Hoy el proceso es mucho más metódico, la raza y el género todavía tienen una tremenda influencia en cada partida de una indemnización económica (en caso de reconocerse el derecho a una indemnización) se incluirán los daños pasados como futuros. Los daños económicos están compuestos por gastos médicos y pérdida de ingresos, nuevamente, por pérdidas pasadas y futuras. Hay tres tipos principales de estadísticas tablas que utilizan los tribunales todos los días y que forman la base de estos cálculos. El uso en los tribunales de tablas de mortalidad para determinar la esperanza de vida estadística, es un factor importante en determinar el multiplicador de vida útil en futuros daños no económicos y futuros gastos médicos. Los tribunales utilizan tablas de esperanza de vida laboral para determinar la esperanza de vida laboral estadística (...). En algunos casos (...) los tribunales también utilizan tablas de salario promedio como multiplicador de ingresos anuales en el futuro. Es decir se valoran los daños causados por la pérdida de la capacidad de generar ingresos (...) el caso más interesante que refleja la tendencia creciente a ignorar dichas tablas por los Juzgados americanos, es el del año 2008 (“McMillan v. City of New York”), en el que el Juez Jack Weinstein del Distrito Este de Nueva York se convirtió en el primer juez que explícitamente rechazó el uso de la raza para calcular la esperanza de vida para calcular el coste futuro de los tratamientos médicos del actor en el procedimiento, basándose en que podía ser inconstitucional (rechazó el uso de dichas tablas por dos motivos de respeto al principio de igualdad y respeto al proceso)*”. (Traducción libre).

https://law.utexas.edu/colloquia/archive/papers-public/2012-2013/05-12-13_avraham_tort_law.pdf

⁴³⁵ MATHEW J.: *How to win your personal injury claim* (...). *Op.Cit* p.41.

Pese a que en el sistema jurídico del Common Law, la víctima tiene derecho a la indemnización por los daños causados aunque haya contribuido a la causación del daño en (“*contributory negligence*”), la evolución reciente de la doctrina judicial limita cada vez más el derecho a percibir indemnización por parte de la misma de manera proporcional a su intervención en el evento dañoso. Por otra parte, los conceptos indemnizables, son muy numerosos, variando en cada jurisdicción, pero si algo hay en común es que, podemos encontrar en primer lugar los daños directos, los cuales, para que puedan ser valorados, al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español, deben guardar una relación directa con la acción u omisión del causante del daño⁴³⁶, excluyéndose la posibilidad de indemnizar por el daño demasiado remoto (“*too remote*”)⁴³⁷, es decir el que no guarda una relación inmediata con el perjuicio sufrido⁴³⁸.

⁴³⁶ NEYERS, W.J., BOTTERELL, A.: “Tate & Lile: Pure Economic Loss and the Modern Tort of Public Nuisance”, *Alberta Law Review*, 2016, Vol.53. N°4, Canadá, pp. 1031. Los autores exponen cual es el concepto de “*directness*” (directamente) y el de “*remoteness*” (remotamente) que excluye la responsabilidad por la causación del daño. Para definir este concepto los autores acuden a la decisión de la House of Lords en el asunto “*Ricket v. Directors of the Metropolitan Railway Company*. En este asunto, el demandante propietario de un pub situado en una zona se vio afectada por la construcción de una vía de tren, y en consecuencia el acceso al local permaneció cerrado durante los veinte meses que duró la construcción de la misma. Aunque se dieron pasos para proporcionar otro acceso alternativo, el demandante sufrió pérdidas en su negocio desde el momento en que la construcción disuadió a los consumidores de frecuentar el pub. Una mayoría de los Lores decidieron no reconocer la indemnización al demandante toda vez que su pérdida de clientes era un daño consecencial demasiado remoto “*too remote*” para ser el fundamento de una demanda basada en una molestia pública. ¿Qué entiende la Cámara de los Lores por remoto? (...) que “*una reclamación exitosa por una molestia pública requiere que el demandante pruebe que las pérdidas económicas en cuestión, provienen de la violación del derecho de paso por la carretera cerrada*.”. (Traducción libre). <http://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/444> Consulta 4 de febrero de 2021.

⁴³⁷ STREET, H, *Principles of the Law of Damages*, Sweet and Maxwell Ltd, London.1962, El profesor realiza en su obra una crítica a la tipificación de daños realizada por MC.GREGOR, que en su obra “*McGregor on Damages*” había introducido el concepto de “*remotness*”, considerando al respecto el profesor STREET que: “*Sobre la base aceptada por el Sr. Mc. Gregor, el criterio “remoteness” se utilizará de ahora en adelante para determinar los límites de la responsabilidad, ¿cómo se aplica a un conjunto dado de hechos? Pues si esto es realmente así, entonces los daños razonables previsibles no son en verdad los daños que podrían ser previstos por un hombre razonable, sino daños que en (cada caso concreto) el tribunal valore como merecedores de recibir compensación*”.

⁴³⁸ La profesora BESTUE SALINAS, C: “Traducir los daños sin efectos colaterales (...)”. *Op.cit.*, p.20, sobre el concepto “*too remote*” del daño, como requisito excluyente para que sea resarcible, refiere: “*El Derecho anglosajón establece como principal condición, para que el daño sea resarcible, que no sea demasiado alejado o remoto (too remote) y para juzgar esta lejanía acude al criterio de la previsibilidad en el momento de la celebración del contrato. El daño será remoto si era imprevisible en el momento de celebrar el contrato. (...) En este sentido, el término consequential del Derecho anglosajón se corresponde con el requisito de la previsibilidad en el momento de la celebración del contrato, mientras que el concepto de daños indirectos, en el Derecho continental, se corresponde con la relación causa a efecto y, por lo tanto, debe ser examinada en el momento en que el daño ocurre (...)*”.

3. Doctrina de la mitigación de los daños.

Existe un concepto sumamente importante para establecer la cuantía de la indemnización a abonar por una Administración Pública, denominada la “doctrina de la mitigación de los daños”, entendida también como la “*doctrina de las consecuencias evitables*”. Esta doctrina requiere que el demandante que ha sufrido un daño adopte todas las medidas necesarias para minimizar los daños⁴³⁹. Se aplica después de que el demandado ha realizado la acción u omisión que ha causado el daño, pero cuando el demandante todavía tenía la oportunidad de mitigar los daños y sus consecuencias. La “*mitigation damages doctrine*”⁴⁴⁰ está basada en lo que es justo lo cual se valora conforme al sentido común. Como regla general, un demandante no podrá reclamar pérdidas causadas por daños que podrían haberse evitado si se hubiese adoptado un comportamiento razonable. En este sentido, mientras el demandante soporta la carga de probar que ha sufrido una pérdida y la cuantía de los daños causados, el demandado debe intentar acreditar, que el demandante no ha realizado esfuerzos razonables para mitigar el daño, siempre que dicha mitigación fuese posible. La doctrina de la mitigación de daños se ha consolidado a raíz de la doctrina sentada en el caso “*Red Deer College v. Michaels*”⁴⁴¹ en la cual, la Corte Suprema de Canadá, en palabras del ponente de la sentencia dictada, el Juez Laskin C.J., concluyó: “*Si la posición del demandado es que el demandante podría haber evitado razonablemente una parte de la pérdida reclamada, es el demandado quien debe asumir la carga de*

⁴³⁹ Respecto de los daños indemnizables los autores, AMODIO, C.; FERRARO L.S., “The Mitigation of Damages Doctrine”, News&Articles, economic damage analysis (March 2, 2018), realizaron un artículo, expusieron que: “*El uso de una diligencia razonable para minimizar o evitar daños y lesiones, da lugar a una doctrina denominada “la doctrina de la mitigación de los daños”, bajo la misma, una persona que haya sufrido un daño o una pérdida debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar daños adicionales o más pérdidas. El fallo del demandante en adoptar todas las medidas necesarias después de sufrir un daño o una pérdida puede reducir la cantidad indemnizatoria a percibir por el demandante. Esta doctrina también se denomina “avoidable consequences” (consecuencias evitables) (...). En el asunto “Hamilton v. McPherson”, por las razones fundamentadas en la razón de caso, se impone al sujeto que ha sufrido daños motivados por una ruptura de un contrato, el deber de paliar los daños en la medida de lo posible (...). En el asunto “Williams v. Bright” la cuestión central se ciñe al deber de mitigar los daños cuando el tratamiento de los mismos puede vulnerar las creencias religiosas del demandante. La ley es clara al considerar que, respecto a los daños un demandante tiene el deber de mitigar los daños para no perjudicar al demandado. Normalmente, esa obligación es de hacer todo lo que una persona razonable pueda hacer para aliviar o curar los mismos, no obstante, el incumplimiento de esa obligación debe ser probada por el demandado*”. (Traducción libre). <https://fazcpas.com/the-mitigation-of-damages-doctrine> Consulta 8 de febrero de 2021.

⁴⁴⁰ MCGREGOR, Q.C.: *McGregor on Damages*, Sweet and Maxwell, 21 st ed, Londres, 2020.

⁴⁴¹ 1976 2 S.C.R. 324.

la prueba de esa cuestión (...)" . La regla general es que el demandante no tiene una obligación de mitigar los daños, sin embargo, los daños pueden reducirse si el demandante falla en tomar las medidas adecuadas para mitigar las pérdidas ⁴⁴². No obstante, el deber de mitigación no se aplica cuando la parte lesionada que ha sufrido el daño no tienen los recursos económicos para reducir los daños (...)" .

4. Aproximación a los diferentes tipos de daños en Derecho anglosajón.

En el Derecho español, pese a definirse con exactitud los requisitos del daño indemnizable⁴⁴³, sin embargo, ha sido la jurisprudencia la que, en cada supuesto concreto, ha determinado cuáles son los conceptos resarcibles sujetos a indemnización (pej. daños morales, daño emergente, lucro cesante, etc.). Construcción jurisprudencial de los conceptos indemnizables que también es típica del Derecho anglosajón, donde el punto de partida es la identificación de una serie de agravios y, en consideración del acto ilícito del que se trate, se analiza, en cada supuesto concreto si concurren los presupuestos exigibles para que el daño sea reparable y los conceptos indemnizatorios aplicables. En este sentido, HARDER, definió el concepto "damages" como la recompensa pecuniaria otorgada por la ley en el curso de un proceso incoado por una acción que ha causado un daño.

El "derecho de daños" ("law of damages") en el Derecho anglosajón, se refiere en mayor medida al alcance de la indemnización que merece la víctima, más que a la existencia en sí misma de la responsabilidad en la causación del daño derivada de la conducta del autor⁴⁴⁴, que puede estar basada, en la simple negligencia, la molestia o el engaño. El término "damages" abarca todos los conceptos indemnizatorios con los que se pretende recompensar a la víctima por la pérdida económica sufrida, pero además, incluye también otro tipo de indemnizaciones referentes a pérdidas no económicas, como son las "non pecuniary loss" o pérdidas que no son cuantificables económicamente, "nominal damages" que pueden ser definidos como la indemnización que corresponde al agraviado cuando no se ha podido probar una pérdida económica efectiva, pero sin embargo, sí se ha acreditado una errónea

⁴⁴² "*Janiak v. Ippolito*", [1985] 1 S.C.R. 146, at pp. 166-67; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), at p. 1075.

⁴⁴³ Art. 32.2 de la LRJSP, 40/2015: "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

⁴⁴⁴ MCGREGOR, Q.C.: *McGregor on Damages*, Sweet and Maxwell, 21 st ed, Londres, 2020. (Traducción libre).

conducta del demandado que ha causado un daño, los “*restitutionary damages*” para restituir al demandante que ha sido agraviado por una conducta mal intencionada del demandado, incluyendo además otros conceptos indemnizatorios diversos como por ejemplo, “*vindictory damages*”, indemnización cualificada a la que tiene derecho la víctima en caso de vulneración de sus derechos fundamentales (utilizada frecuentemente en casos de abuso policial).

En idéntico sentido, no menos importantes en derecho anglosajón, son otros conceptos indemnizatorios que suponen una indemnización cualificada a la víctima, como los “*aggravated damages*”, u otros con finalidad sancionadora y represiva de futuras conductas como los “*exemplary or punitive damages*”⁴⁴⁵. Así, podemos afirmar que el “*damages law*” o “derecho de daños”, se fundamenta en ciertos principios uniformes en todos los países de la Common Law, como por ejemplo, la “*mitigation doctrine*”⁴⁴⁶, doctrina que proscribía el derecho a la indemnización de aquellas pérdidas que el demandante podía haber evitado utilizando “*reasonable steps*” es decir, una conducta razonable y prudente para evitar el daño. No obstante, la uniformidad no existe en las clasificaciones de conceptos indemnizatorios a que puede tener derecho la víctima en derecho anglosajón. Así el profesor OWEN⁴⁴⁷ refiere que una acción negligente puede causar en la víctima los siguientes tipos de daños: “*Un daño causado (...) a los bienes propiedad del demandante (property harm); o en su persona (la muerte se denomina “wrongful death”), daño físico (bodily injury), daños morales (pain and suffering), daños económicos (economic losses) (...).*” Siguiendo esta línea, en el derecho anglosajón, una posible clasificación de los distintos tipos de “*damages*” puede ser la siguiente⁴⁴⁸:

a) “*Restitutionary damages*” o “*Compensatory damages*”: Indemnización para restituir a la víctima en las pérdidas sufridas como consecuencia de la conducta que ha producido el daño, se trata de colocar a la víctima en la situación previa al daño

⁴⁴⁵ HARDER, S. *Mesasuring Damages in the Law of Obligations. The Search for Harmonised Principles*. Hart Publishg, Porland, Oregon, 2010.

⁴⁴⁶ *The Maerks Colombo* (2001EWCA Civ 717, (2001) Lloyd’s Rep 275 (25) (Clarks L): Es norma general en el Common Law en materia de daños, el principio basado en que “*Sólo hay derecho a la indemnización sino pudieron haberse mitigado los daños*”.

⁴⁴⁷ OWEN D.G. “The Five elements of Negligence” (...) *Op.cit.* p.143.

⁴⁴⁸ HG LEGAL RESOURCES. Org. How Are Damages Established in a Tort Claim?. (Traducción libre). <https://www.hg.org/legal-articles/how-are-damages-established-in-a-tort-claim-30946>. (Consulta a 6 de noviembre de 2021).

causado⁴⁴⁹. Los daños compensatorios por otra parte, tienen como objeto reponer al demandante en la situación anterior a que el daño se hubiese producido y su finalidad es únicamente, compensar las pérdidas sufridas por el demandante, sin incluir ningún concepto más. Estos daños son los que se reclaman con carácter general en una demanda por responsabilidad.

b) “*Damages for Injuries to Personal Property*”: Indemnización por daños sufridos en las propiedades personales. La medida de esta indemnización es la diferencia entre el valor de mercado del bien inmediatamente anterior al accidente, y su valoración posterior, salvo que la propiedad se haya destruido, en cuyo caso éste quedará establecido en el valor de mercado del bien. A veces puede entenderse como tal, el coste de reparación de aquel, que nunca puede ser superior al valor de mercado.

c) “*Damages for losses to Real Estate*”: Indemnización por los daños sufridos en las propiedades o bienes inmuebles. La cuantía de los daños permanentes causados a la propiedad privada, es la diferencia entre el valor de mercado de la finca antes y después del daño.

d) “*Lost earnings*” o (“Lucro cesante”): Las pérdidas en las ganancias futuras también dan lugar en el Derecho anglosajón a una indemnización; Esta incluirá los salarios dejados de percibir, en su cuantía bruta, la seguridad social, así como las aportaciones a planes de pensiones, que nunca pueden reducirse en perjuicio del trabajador.

e) “*Loss of Consortium*”: En el sistema Common Law se entiende como tal, la pérdida del cónyuge y como tal la indemnización por daños prevista, recoge como especial circunstancia a considerar, que el daño haya ocasionado el fallecimiento del cónyuge.

f) “*Wrongful Death*” o fallecimiento por error: En caso de muerte por error o por negligencia, la indemnización correspondiente irá a parar a los descendientes supervivientes. Estas acciones son bastante nuevas en Derecho. Tradicionalmente, respecto del que cometía una imprudencia con resultado de daño, se decía que la indemnización que aquel debía afrontar, era menor en el caso de que la víctima falleciese, que en el supuesto de que sufriera graves lesiones. En cualquier caso, esta

⁴⁴⁹ *FL Simdth (P) Ltd. V. Secan Invescast (India) (P) Ltd.* (2006).

es una cuestión solventada a día de hoy, al haberse incrementado considerablemente las indemnizaciones por fallecimiento de la víctima en las normativas de los diferentes estados norteamericanos.

g) “*Prejudgment Interest*” (interés previo al juicio): Uno de los propósitos del interés prejudicial es compensar al demandante de la pérdida del uso del dinero desde el día en que se causó el daño hasta el día del juicio, y evitar un enriquecimiento injusto del demandado toda vez que éste ha estado privado de ese dinero durante todo este tiempo. Este interés es aplicable a pérdidas actuales, no a las pérdidas futuras. La regla preponderante es denegar el interés prejudicial cuando esa cuantía ha podido calcularse antes del juicio y ser añadida a la del procedimiento. No obstante, existe una regla general y es que, no pueden reconocerse esos intereses en las reclamaciones contra el Gobierno Federal de EEUU salvo que el Congreso lo autorice expresamente.

h) “*Economic Loss*” (“Indemnización por pérdidas económicas”): En otro orden de cosas, en lo que se refiere a la indemnización por pérdidas económicas, por ejemplo, respecto a las acciones de responsabilidad por daños causados por un producto defectuoso, la responsabilidad del fabricante se limita a los daños físicos, no habiendo posibilidad de conseguir indemnización económica fuera de este supuesto. Es decir que, por ejemplo, si el producto se deteriora pero no produce daño físico alguno al comprador, la acción se debe basar en un incumplimiento contractual derivándose sus consecuencias de ello (por ejemplo, devolución de la cantidad abonada en la venta)⁴⁵⁰.

De lo expuesto anteriormente, concluimos que ambos sistemas jurídicos, el del Common Law y el español, tienen su origen en un mismo punto de partida, como es la idea de obtener el pleno resarcimiento de la víctima tanto en el ámbito material como en el moral, a través de la indemnización de daños y perjuicios, la cual debe ser el fundamento de toda acción resarcitoria⁴⁵¹. Como peculiaridad específica es

⁴⁵⁰ Como bien señala la profesora BESTÚE SALINAS, C.: “Traducir los daños sin efectos colaterales (...)” *Op.cit.*, p.17: “(...)El Derecho anglosajón no adopta la distinción entre “daño emergente y lucro cesante” (...) se establece como primera condición para que el daño sea resarcible, que no sea demasiado alejado o remoto (too remote), y para juzgar esta lejanía acude a la previsibilidad en el momento de la celebración del contrato (...), en el Derecho Español el límite está más atenuado ya que únicamente se reflejan “los previstos o que se hayan podido prever”. Además el criterio aplicado para analizar el límite del resarcimiento del daño en España se basa en el nexo de causalidad combinado con la regla de la lejanía del daño”.

⁴⁵¹ A propósito de la intención de la acción indemnizatoria, el profesor, ZORRILLA, L.A., “La responsabilidad patrimonial de la Administración como resultado de la anulación de un acto

reseñable, que, sin embargo, en el sistema del Common Law, en general no existen alternativas de indemnización en especie, como sucede en el ordenamiento español, sino que únicamente tiene cabida la indemnización monetaria de los daños y perjuicios causados que abarque los daños directos y consecuencia del daño producido, “*direct-consequential damages*” así como el resto de conceptos indemnizatorios antes mencionados; previsión diferente a la del Derecho español de responsabilidad patrimonial que, en el artículo 34.4 de la LRJSP, prevé la compensación en especie, o el abono de la indemnización mediante pagos periódicos⁴⁵². No obstante, y pese a dicha previsión de ley, la opción de una indemnización en especie es una cuestión claramente excepcional, a la que, como regla general, no se acogen las Administraciones Públicas españolas, debiendo puntualizarse, por el contrario que, en nuestro país, en principio, no existe límite en la cuantía a reclamar en concepto daños, ni tampoco en la cantidad a la que puede ser condenado por dicho motivo un ente público. Y, precisamente, ahí radica la principal diferencia en lo que respecta a la mayoría de ordenamientos del sistema del Common Law, pues lo cierto es que en muchos de los Estados norteamericanos sí se limita la cuantía de la indemnización a percibir por cada particular, o en conjunto, por daño causado (Pej. en el Estado de Kansas⁴⁵³, conforme a la Kansas Tort Claim Act, la responsabilidad municipal no puede exceder de 500.000 dólares por cada accidente susceptible de producir un daño; Sin embargo, en Kentucky⁴⁵⁴ los límites son 200.000 dólares por persona por suceso y 350.000 dólares en total por todo el suceso), existiendo la posibilidad, una vez decidida la indemnización, de que el gobierno local acuerde hacer frente a la indemnización en pagos periódicos si el total de la suma no está cubierta por el seguro, o no existen fondos suficientes para cubrir el juicio. Esta limitación deviene de la doctrina de la inmunidad de los entes municipales (local immunity), de tal manera que no se considera factible una condena multimillonaria a una Administración Pública en materia de daños (por entenderse que la cuantía máxima a recuperar por esta vía

administrativo (a propósito de la STS, Sala 3ª, de 17 de febrero de 2015, Rec. 2335/2012)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, número 47, enero 2018, refiere el autor: “(...) De igual forma, ya se ha comentado que la pretensión tendencial del sistema es la de entender el alcance indemnizatorio como una reparación integral del daño que haya sufrido el administrado), cubriendo de esta forma el daño material y el moral”.

⁴⁵² “La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando sea la vía más adecuada para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

⁴⁵³ Kansas Tort Claim Act. 75-6101-75- 6120 (1929).

⁴⁵⁴ K.R.S. 65.2001 to 65.2006 (1988).

por el demandante tiene que estar limitada, pues se trata en definitiva de un presupuesto público, no debiendo soportar los ciudadanos que abonan impuestos con las consecuencias de una actividad negligente del mismo).

En este sentido, es la normativa propia de cada estado la que determina los límites de la indemnización máxima a obtener en las demandas de daños personales. En un estudio sobre las limitaciones y requerimientos en las formuladas contra los entes públicos en los diferentes estados norteamericanos, con referencia a noviembre de 2016, y en cuantía sujetas a variaciones anuales⁴⁵⁵, se expone que, por ejemplo, en Oregón⁴⁵⁶, se reconoce una indemnización por daños personales, más alta que en otros Estados de tal manera que pueden reclamarse daños de hasta 691.200 dólares por persona y 1.382.300 dólares por suceso dañoso. En cuanto a los daños en los bienes, el límite es de 113.400 dólares por persona y 566.900 por suceso. En el Estado de Florida⁴⁵⁷ la responsabilidad del mismo está limitada a una persona o 300.000 dólares por todas las reclamaciones que tengan idéntica causa. En cualquier caso, la normativa propia de cada estado limita los daños que se pueden recobrar por la víctima en una demanda de daños causados por una entidad gubernamental, sin embargo, esto no afecta al derecho del demandante para obtener una sentencia que reconozca el total de la indemnización de la que es merecedora el mismo, pero en este caso, será el legislador el que tenga que autorizar el pago del exceso con cargo, en su caso a la póliza de responsabilidad civil del seguro que tenga suscrito el ente público en cuestión. La normativa es muy diferente en el Estado de Georgia donde se establece un límite en las reclamaciones contra el Estado de 1.000.000 de dólares por demandante, sólo pudiendo reconocerse la indemnización a tres personas en total por cada suceso dañoso⁴⁵⁸.

En Gran Bretaña la cuantía de la indemnización a conseguir por una caída en la vía pública depende de no sólo la prueba de la entidad y valoración de los daños causados, sino también de los gastos incurridos en la sanación de la misma, incluso los que impliquen la necesidad de adaptación de las barreras arquitectónicas. Se

⁴⁵⁵ O'CONNOR, C: "Jurisdictions comparative chart; Limitations and notices requirements for tort claims against government entities" November, 2016. (Traducción libre).
<https://www.google.es/search?q=%C2%B4CONNOR%2C+C%3A+%E2%80%9CJurisdictions+comparative+chart%3B+Limitations+and+notices+requirements+for+t>

⁴⁵⁶ "Tort Actions against Pulic Bodies" (a/k/a Oregon Tort Claims Act).

⁴⁵⁷ Fla.Stat. Ann. Sect. &768.28 (6)(d).

⁴⁵⁸ Ga. Code Ann. & 50-21-29.

añaden así mismo diferentes conceptos indemnizatorios como la pérdida de ingresos derivados del accidente (daños físicos y gastos médicos que se incluyen en el concepto de daños directos). Conviene tener en consideración que existe un límite determinado de tiempo durante el cual se puede reclamar (plazo de prescripción). Este plazo, salvo circunstancias excepcionales, es de tres años desde el momento en que se es consciente de la negligencia, o cuando el accidente sucede en la actualidad. La gravedad del accidente y los daños causados a consecuencia de éste, determinarán la cantidad indemnizable. Debe además puntualizarse que la utilización en Reino Unido de los daños punitivos como concepto indemnizatorio, está muy limitada desde los años sesenta, a raíz de la sentencia dictada en el asunto “*Rookes v. Barnard (1964)*”⁴⁵⁹ al considerarse que contravenían la finalidad compensatoria de la indemnización de daños y perjuicios.

i) Non-pecuniary Loss: “*Emotional Distress Damages*” (daños por estrés emocional; daños morales) “*Aggravated Damages*” (daños agravados)⁴⁶⁰. Dentro de la indemnización por daños no pecuniarios, es muy importante el concepto de “*aggravated damages*”, con la que se refiere a la agravación en el padecimiento moral que ha sufrido la víctima como consecuencia de la forma en la que el demandado ha cometido la acción dañosa. El precedente en esta doctrina fue la sentada por la jurisdicción británica en el asunto “*Addis v. Gramophone Co. Ltd.*” (1909)⁴⁶¹ a partir del cual se crea en el derecho anglosajón el criterio de valoración “*Addis*” utilizado en la mayoría de los países de tradición anglosajona para fijar la cuantía de las indemnizaciones por pérdidas no económicas basadas en el perjuicio a la imagen o la reputación de una persona. Constan como antecedentes de hecho en este asunto, el despido de una empresa a un trabajador, a medio del cual la empresa había innecesariamente dañado la reputación de la víctima con el intento de desacreditarla. Dicha errónea forma de despido y la agravación del daño causado innecesariamente, tuvo su reflejo en la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios concedida por

⁴⁵⁹ “*Rookes v. Barnard*” (1964) AC 1129. (Cámara de los Lores). Esta sentencia eliminó con carácter general la posibilidad de reclamar daños punitivos, pero los recuperó para los casos expresamente autorizados por una Ley, contra actos del gobierno y sus agentes, abusivos, arbitrarios o contrarios a la constitución, y para evitar que el demandado pueda disfrutar de los eventuales beneficios de su conducta.

⁴⁶⁰ HARDER, S. *Mesasuring damages in the Law of Obligations*. The search for armonished principles Hart Publishg, Oregon, 2010.

⁴⁶¹ (1909) AC 488 (HL).

la “House of Lords” bajo el concepto de “*aggravated damages*”, la cual configuró la parámetro “*Addis*”, utilizado con carácter general por la mayoría de países de tradición anglosajona, para medir cuándo un demandante es merecedor de una indemnización cualificada por el concepto de “*aggravated damages*”.

No obstante lo cual, lo cierto es que en los últimos años, en Canadá ha habido decisiones que se han apartado de la citada norma como resultó en el asunto “*Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*”⁴⁶², en el cual se desestimó la petición de la demandante de solicitud de “*aggravated damages*” bajo la consideración de que, aunque podía cumplirse con el criterio “*Addis*”, lo cierto es que no estaban previstos en el contrato y por tanto no eran indemnizables. La doctrina canadiense se inclinó a partir de los años noventa por apartarse de esa doctrina y seguir la tradicionalmente conocida como “*Hadley v. Baxendale*”⁴⁶³ de finales del siglo XIX, consistente en reconocer derecho a indemnización por “lucro cesante” cuando, el que ocasiona el daño podía haber previsto las consecuencias de su conducta y el agravamiento del daño que se le había producido a la víctima, de manera que si esas consecuencias no eran previsibles, se deniega a ésta el derecho a la indemnización.

En lo referente a los daños morales, también implícitos en el concepto de “*aggravated damages*”, en el Derecho anglosajón, con carácter general se diferencian tres tipos de estrés emocional. Aquel que es intencionalmente infligido mediante una acción dolosa, el que se ocasiona negligentemente y el estrés emocional ocasionado a terceros de forma casual. En los dos primeros, los daños se establecen a consecuencia de un examen realizado por un experto en salud mental que observará la repercusión en el estado físico general, en la capacidad de ganarse la vida y la pérdida de ingresos, presentes y futuros, que ello conlleva. Sin embargo, en el otro supuesto, los terceros que sufren daños morales, sólo recibirán indemnización en unos casos muy limitados. La perturbación emocional sufrida tiene que ser seria y acreditable, y debe ir unida a haber presenciado personalmente los daños sufridos en la víctima. Además, se requiere necesariamente, para encajar en este concepto de “estrés emocional” que la víctima sea un familiar cercano de que presenció el accidente y reclamante de la indemnización.

⁴⁶² 2006, SCC, 30, (2006), SCR, .

⁴⁶³ “*Hadley v. Baxendale*” (1854) 9 Exch 341.

Esta doctrina ha sufrido con el tiempo puntualizaciones y aclaraciones, por ejemplo, en la Sentencia del caso "*Garrett v. City of New Berlin*"⁴⁶⁴ el Estado de Wisconsin sentó doctrina respecto a la equiparación entre los daños sufridos por "estrés emocional" respecto de los daños físicos a efectos indemnizatorios. Constan como antecedentes del caso que dos hermanos de 13 y 14 años, se encontraban viendo una película en un cine al aire libre cuando la policía accedió con un vehículo con las luces apagadas y atropelló accidentalmente al hermano de 13 años causándole severas lesiones en sus piernas. Su hermana, padeció un grave trauma consecuencia de haber presenciado los hechos, e interpuso demanda contra el municipio de New Berlin y los propietarios del cine, en petición del resarcimiento por los daños morales causados como consecuencia de haber presenciado el grave accidente sufrido por su hermano. En primera instancia la corte desestimó la demanda alegando que no podía haber daños morales en tanto que éstos se refieren al propio padecimiento y no al de otros, y la actora no había, en ningún momento, temido por su seguridad pues ni siquiera se encontraba con su hermano en la zona en la que se había producido el accidente. En segunda instancia sin embargo la Corte Suprema de Wisconsin estimó el recurso planteado por la recurrente, y reconoció el derecho a la indemnización de ésta, considerando que, la circunstancia de estar o no en la zona de peligro en el momento del accidente, no excluía el enorme sufrimiento de presenciar los daños sufridos por un hermano. La sentencia se dictó aplicando la doctrina extraída de otro asunto similar, el denominado "*Dillon v. Legg*"⁴⁶⁵, el cual establecía tres criterios en casos parecidos para indemnizar por daños ocasionados por "estrés emocional":

- En el caso de que el demandante estuviera situado cerca de la escena del accidente.
- En el supuesto de que el shock resulta de un impacto directo por haber presenciado el accidente.
- Si eventualmente, el demandante y la víctima tenían vínculos familiares cercanos.

Aplicando esta doctrina e interpretando que la hermana no había presenciado el accidente, pero sí sus graves consecuencias lesivas, se determinó que la recurrente

⁴⁶⁴ "*Garret v. City of New Berlin*, 122 Wis. 2d at 241, 362 N.W.2d 137 (1985). (Traducción libre).

⁴⁶⁵ 68 Cal.2d 728, 441 P.2d 912, 69 Cal. Rptr. 72, 29 A.L.R.3d 1316.

tenía derecho a la indemnización por las lesiones morales sufridas como consecuencia de haber presenciado las lesiones padecidas por su hermano⁴⁶⁶.

j) Especial referencia a los “*Punitive Damages*” (daños punitivos).

Este concepto comprende la indemnización de daños y perjuicios reconocida a la víctima cuando hay un interés legítimo en sancionar una determinada conducta del demandado para evitar que se repita en el futuro. En la definición del profesor PROSSER⁴⁶⁷: “(...) *Son aquellos concedidos al demandante con el propósito de castigar al demandado, y enseñarle a no cometer la conducta de nuevo, disuadiendo a otros de seguir el ejemplo*”. El indicador más importante sobre si los daños punitivos están aconsejados en un supuesto concreto, es el grado de gravedad en la conducta del demandado. La indemnización que corresponde a éstos supone quizás la principal diferencia entre nuestro Derecho, con el sistema jurídico del Common Law, pues ciertamente, la posibilidad de utilizar la institución de los daños como medio para evitar sancionar una conducta en el futuro, es propia del Derecho anglosajón, y ajena a los ordenamientos jurídicos continentales. Refiere el profesor CODERCH⁴⁶⁸, que se trata de una institución del Derecho británico, que ha pasado por distintos avatares en la doctrina, hasta su práctica proscripción en los años sesenta del pasado siglo, a raíz

⁴⁶⁶ GOLDSTEIN, A.J.: “The impact of *Garret v. City of New Berlin* on Wisconsin’s Approach to Negligent Infliction of Emotional Distress and a Recommendation for Fundamental Doctrinal Change”, *75 Marquette Law Review* 467, 1992. En su comentario a esta Sentencia, refiere el profesor: “*El caso Garret es la más cercana aproximación de considerar que existe negligencia en la causación de estrés emocional. La opinión concurrente trata el sufrimiento mental (daño moral) de la misma manera que el daño físico. El Juez Hefferman (ponente) argumentó que la negligencia que causa estrés emocional (daño moral) puede fundamentar muchas demandas al ocasionar daños que deben repararse (...) afirma que “si hay un acto negligente hay responsabilidad respecto a cualquiera que resulte dañado por aquel*”. (Traducción libre).

<https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol75/iss2/7/>

⁴⁶⁷ PROSSER, W.L. *The Law of Torts*, 4th ed., Lawyer’s edition, St. Paul, West, 1971. En palabras del profesor: “(...) *are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching him not to do again, and of deterring others from following his example*”. (Traducción libre).

⁴⁶⁸ CODERCH, S, P. “Punitive damages” *Indret revista para el análisis del Derecho*. Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000. Como refiere en su estudio, en el Derecho británico recientemente un informe de una Law Commission (Law Commission’s report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform: Damages) sobre indemnizaciones por daños y perjuicios ha recomendado la recuperación de los punitive damages con el objeto de colmar las lagunas que deja el Derecho penal en muchos ámbitos ...el juez debería imponer una condena a pagar Punitive Damages “...*if the defendant’s conduct showed a deliberate and outrageous disregard of the plaintiff’s rights and the other remedies awarded would be inadequate to punish the defendant for his conduct*” (Si el demandado mostró una falta de respeto absoluta a los derechos del demandante y el resto de remedios previstos en el ordenamiento pueden ser inadecuados para sancionar al demandado por su conducta).

https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/013_es.pdf (Traducción libre).

de la sentencia dictada en el asunto "*Rookes v. Barnard (1964)*"⁴⁶⁹ al considerarse que contravenían la finalidad compensatoria de la indemnización de daños y perjuicios.

Esta institución, sin embargo, ha sido adoptada por el Derecho americano que la ha hecho suya, englobando dentro de los "*punitive damages*" toda una serie de conceptos, tales como los intereses, y las costas judiciales y extrajudiciales del pleito, incluidos los honorarios del abogado (...). Como señala CODERCH, en el asunto, "*BMW of North America, Inc. v. Gore*"⁴⁷⁰ un caso de "*punitive damages*" en derecho contractual, el vendedor demandado había vendido a la compradora demandante un automóvil nuevo sin informarle de que había sido parcialmente repintado. Un jurado de Alabama dictó un veredicto condenatorio a favor de la demandante por 4,000,000\$ en concepto de punitive damages. El Tribunal Supremo de Alabama, sin embargo, redujo la indemnización sancionatoria a la mitad, y determinó los criterios generales para valorar la constitucionalidad de los "*punitive damages*":

- "a) *El grado de reprochabilidad de la conducta del demandado.*
- b) *La razonabilidad de la relación entre el importe de los "Punitive damages" y los "Compensation damages".*
- c) *El alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas comparables."*

Muestra del carácter exorbitante de las indemnizaciones por este concepto, es la sentencia dictada en el año 2008 por el Tribunal Supremo de los EEUU⁴⁷¹ en el famoso asunto "*Exxon Shipping CO. v. Baker*" que rebajó la condena a la compañía petrolera Exxon Mobil por el desastre ecológico causado en Alaska en 1989 motivado por el naufragio del petrolero Exxon Valdez, la sentencia redujo la multimillonaria indemnización de 2.500 millones de dólares, a la que había sido condenada en concepto de daños punitivos, en más de la mitad, pese a responsabilizar a la petrolera por los gravísimos daños medioambientales causados. Constan como antecedentes del caso, el accidente sufrido en la costa de Alaska por el petrolero Exxon Valdés, causante del vertido de 50.000 toneladas de crudo en el mar, el peor en la historia de

⁴⁶⁹ "*Rookes v. Barnard*" (1964) AC 1129.

⁴⁷⁰ 116 S. Ct. 1589 (1996).

⁴⁷¹ "*Exxon Shipping CO. v. Baker*"; (No. 07-219) 472 F. 3d 600 and 490 F. 3d 1066.

Alaska, por sus importantísimas repercusiones medioambientales. Durante la tramitación del procedimiento resultó acreditado que el mismo sucedió después de que el capitán del navío bajo estado de embriaguez, abandonara el puente dejando al mando a subordinados no autorizados que no pudieron evitar la colisión del mismo contra la costa y el subsiguiente vertido y catástrofe ecológica. La sentencia del Tribunal Supremo norteamericano ratificó la condena a petrolera Exxon, por daños punitivos, como finalidad represora y ejemplarizante, para evitar que se repitiese esa conducta aunque, sin embargo, redujo la cuantía indemnizatoria acordada por la Corte Federal de Apelaciones a 507 millones de dólares.

Aunque inicialmente en el Derecho español no existen la posibilidad de imponer daños punitivos sí existen determinados supuestos en los que se prevé en una normativa específica como por ejemplo en la normativa laboral sancionadora, a través de la figura del denominado “recargo de prestaciones” regulado en el artículo 164 del RD del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 8/2015, de 30 de octubre, que prevé una posibilidad de imponer un incremento en las prestaciones económicas devengadas con ocasión de un accidente laboral o enfermedad profesional entre un 30 o un 50 por ciento, siempre que la lesión se produzca por la falta de adopción de las medidas de seguridad e higiene laborales, sanción que sería imputable por responsabilidad directa en el empresario infractor. Tanto en esta regulación como en algunos grandes procedimientos penales se está observando recientemente la tendencia proveniente del Derecho anglosajón, a establecer unas indemnizaciones cada vez mayores que se alejan del mero concepto de reparación y se adentran en el de sanción de la conducta infractora y función represiva de conductas futuras, como se observa en la sentencia del juicio conocido popularmente con el nombre del «11 M»⁴⁷².

⁴⁷² ITURMENDI MORALES, G. “¿Hacia una responsabilidad punitiva?” *Actualidad Civil Aranzadi*, Número 9, 2017. Pp. 4-26. Refiere el autor que según refleja la Audiencia Nacional «el crimen terrorista tiene un plus estigmatizante para la víctima y, por sí solo, genera una afectación social y psíquica en estas que no se da en otros delitos», este fundamento agrava las indemnizaciones otorgadas a las víctimas en clara semejanza de la esencia sancionadora de los daños punitivos sin olvidar sus funciones preventivas y simbólicas”. Señala este autor que en el Derecho Europeo se advierte la misma tendencia siendo así que la Sentencia del TJUE de 25 enero 2017 señaló “*La Directiva 2004/48/CE no prohíbe la imposición de indemnizaciones punitivas, abriendo la puerta a su aplicación en materia de propiedad intelectual e industrial*”.

5. Clases de daños en el ordenamiento jurídico español

El sistema de responsabilidad patrimonial administrativa regulado en las LRJSP y LPAC tiene como objetivo primordial lograr una reparación integral de todo tipo de daños (materiales o morales) sufridos por las víctimas. Como señala la STS de 6 de julio 2010⁴⁷³, “(...) *La aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos evaluables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo*”. En esta línea el art. 32.2 de la LRJSP establece que “*En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*”. No obstante, la efectividad del daño implica una prueba rigurosa del mismo, aunque no se requiere que su cálculo exacto venga determinado desde un primer momento. Así en este sentido, las clases de daños en el Derecho español puede subdividirse en daños patrimoniales y daños morales.

Los daños patrimoniales son aquellos daños que afectan al patrimonio del perjudicado. Tienen como notas caracterizadoras el ser cuantificables y tener carácter objetivo. La doctrina tradicional utiliza la distinción entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales, incluyendo entre los patrimoniales, el daño emergente y el lucro cesante y, entre los segundos, los daños no patrimoniales, la pérdida de la oportunidad y los daños morales propiamente dichos, si bien, lo cierto es que la jurisprudencia del TS, la doctrina de los restantes tribunales, así como de la mayoría de autores doctrinales, suelen englobar la pérdida de oportunidad dentro del daño moral⁴⁷⁴. En

⁴⁷³ RJ 2010\6054, tomando como referencia la doctrina establecida por la Sala 3ª en reiterada Jurisprudencia: Sentencias de 13 de octubre de 1981 (RJ1981,4417, 16 de septiembre de 1983 (RJ 1983, 4498), 10 de junio, 12 y 22 de noviembre de 1985 (RJ 1986, 477).

⁴⁷⁴ NAVEIRA ZARRA, M.M: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual* Editorial Reus, 1ª Edición, 2006. Señala la autora que: *Las partidas integrantes del daño patrimonial: Daño emergente y lucro cesante: “(...) De la propia lógica se desprende que tal determinación será más sencilla cuando de daños emergentes se trate, porque los mismos recaen sobre bienes ya pertenecientes al sujeto (...). El lucro cesante, en cuanto que éste, como acertadamente señaló Fischer, participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios. Teniendo en cuenta que el lucro cesante representa la ganancia que el perjudicado habría ingresado en su patrimonio de no haber tenido lugar el hecho dañoso (...). Daños no patrimoniales: Daños ocasionados por la “pérdida de oportunidad”. Contra la tendencia más actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la calificación y valoración de la pérdida de oportunidades como daño estrictamente moral se ha pronunciado en diversas ocasiones Gómez Pomar (...). Por lo que se refiere al concepto de daño moral (...) se encuentra integrada por «todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado -o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o*

este sentido, la STS de 3 de diciembre de 2012⁴⁷⁵ dispone, “...*En estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera; en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. La indemnización debe procurar la íntegra restitución del dañado en la situación anterior a la producción del daño*”⁴⁷⁶.

Como indica el profesor MARTIN REBOLLO⁴⁷⁷ la variedad casuística indemnizatoria en el Derecho español es enorme, y viene determinada por la variedad de casos que han llegado a los tribunales de justicia. Refiere el profesor que “*lo que importa destacar ahora es que en términos estadísticos han aumentado notablemente los fallos dedicados al tema que nos ocupa, que son cada vez más numerosas las demandas y que ese aumento se centra, sobre todo en los variados casos de responsabilidad por daños sanitarios, los derivados de obras, y los múltiples supuestos de inactividad de la Administración*”. Subsumidos en los daños patrimoniales puede distinguirse entre el daño emergente y el lucro cesante, englobando el primero la pérdida patrimonial sufrida, entendiendo también como tal, la reducción producida en el patrimonio como consecuencia de la acción lesiva que ha causado el daño. Conforme al artículo 1.106 de nuestro Código Civil, esta es definida como el valor de la pérdida que ha sufrido el perjudicado⁴⁷⁸ o “*el daño efectivamente producido en el patrimonio recaída sobre (...) bienes ya pertenecientes al sujeto (...)*”. Por el contrario se entiende por lucro cesante, los beneficios que se dejan de obtener por el perjudicado como consecuencia de la acción u omisión dañosa, determinado por la imposibilidad de realizar determinadas actividades lucrativas que antes de la producción del daño se realizaban, se refiere por tanto, a una pérdida de

parentales-, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica»”.

⁴⁷⁵ RJ 2013\582.

⁴⁷⁶ Conforme al artículo 1.106 del Código Civil, “*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido (daño emergente), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante) (...)*”.

⁴⁷⁷ MARTIN REBOLLO, L, *op. cit.* p. 24. núm. 150. Enero-abril, 2000.

⁴⁷⁸ La STS de 5 de noviembre de 1998 Sala 1ª (RJ 1998, 8404) determina que “*El daño emergente debe ser probado, probando las pérdidas o gastos realmente realizados*”.

beneficio futuro del afectado por el acto lesivo⁴⁷⁹, estando representado por “(...) *la ganancia que la víctima hubiera ingresado en su patrimonio de no haber acontecido el daño*”⁴⁸⁰.

Como refiere la STS del 9 de abril de 2012, de la Sala 1ª, el principal problema que se presenta con esta partida indemnizatoria es la prueba “*El lucro cesante futuro presenta dificultades probatorias, pues solo puede ser calculado mediante evaluaciones de carácter prospectivo y no mediante mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas (...). Este tipo de prueba exige una labor de ponderación económica por parte del tribunal (...)*”.

Por otra parte, los daños morales en el Derecho español incluyen aquellos daños corporales o físicos, entendiéndose por éstos, los que inciden en la salud o integridad física de las personas (pej. secuelas de un accidente de tráfico o de una caída en la vía pública). De ellos se derivan una serie de consecuencias que pueden ser patrimoniales o no patrimoniales. Las primeras a su vez pueden dividirse en, daño emergente (gastos derivados de asistencia sanitaria, farmacéutica, coste de desplazamientos, fisioterapia etc.) y lucro cesante. Dentro de las consecuencias no patrimoniales, es inevitable referirnos al “*pretium doloris*” o precio del dolor, entendiéndose por tal el padecimiento moral derivado de un accidente o de la pérdida de un ser querido. De muy difícil valoración y cuantificación viene enmarcado por el “*inevitable subjetivismo*” que conlleva la fijación del llamado “*pretium doloris*”⁴⁸¹. Ínsito en el concepto de daño moral pueden ser resarcibles las secuelas estéticas permanentes como las cicatrices, deformaciones, etc., perceptibles a simple vista. En cualquier caso, si algo caracteriza el daño moral, es su difícil cuantificación, a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria de la que es merecedora la víctima.

Como anteriormente mencionamos, una institución muy importante en el ordenamiento jurídico anglosajón, que sin embargo no ha llegado todavía a nuestro derecho es la de los “daños punitivos” que se reconocen cuando hay un interés

⁴⁷⁹ Confore reiterada Jurisprudencia, muestra de la cual es la STS de 2 de marzo de 2001, Sala 1ª, (RJ 2001,2590) “(...) *En todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama la indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto implícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (...)*”.

⁴⁸⁰ NAVEIRA ZARRA, M.M., *op.cit* p.292.

⁴⁸¹ Sentencia de 13 noviembre 2012. RJ 2013\1659, de 6 de julio de 2010, RJ 2010, 6054 y de 23 de marzo de 2011 RJ 2012 2512.

legítimo en sancionar una determinada conducta de la Administración para evitar que se repita en el futuro. Habrá que observar la evolución de la doctrina en ese punto para comprobar si a consecuencia de ese influjo del ordenamiento anglosajón, en un futuro los tribunales españoles incrementan la indemnización a abonar por la Administración en una reclamación de daños, incluyendo, no sólo una reparación íntegra del daño a la víctima sino también, reconociendo, a tal efecto, daños punitivos, para evitar que la conducta administrativa causante de los mismos se repita en el futuro⁴⁸².

6. La intervención de las compañías aseguradoras del riesgo de la Administración en ambos sistemas jurídicos.

La doctrina de la inmunidad de la Administración a las demandas de daños planteadas por los ciudadanos o la limitación de la cuantía indemnizatoria, establecida normativamente, en los diferentes estados motivaba que aquellos no se viesen en la necesidad de suscribir pólizas aseguradoras de riesgos, no obstante la progresiva superación de la misma en algunos de ellos, debido al surgimiento de nuevas áreas en las que los municipios no podían ser inmunes (como en materia medioambiental), justificó la necesidad de que cada Administración contara con el aseguramiento necesario para disponer de una adecuada cobertura de su riesgo, ante posibles o eventuales demandas de daños.

A finales de los años 90, el profesor GIBBONS⁴⁸³, ya apuntó la necesidad de que los municipios dispusieran de un seguro de riesgos, que cubriera los gastos de defensa jurídica en las demandas de daños y, paralelamente, las indemnizaciones a abonar a los ciudadanos como consecuencia de la actividad administrativa. En este sentido, señalaba el profesor que eran las propias compañías de seguros las que habían venido promoviendo la modificación de la política de inmunidad que, conforme a las

⁴⁸² En este sentido, la STS, de la Sala de lo Civil, de 19 de diciembre 2005, RJ 2006/293, dispone: *«Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el artículo 1106 del Código Civil, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados "daños punitivos" ni tiene ahora función la idea de una "pena privada"».*

⁴⁸³ GIBBONS, GERALD, R "Liability Insurance and the Tort Immunity of State and Local Government", *Duke Law Journal*, 1959, pp. 588-607.
<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol8/iss4/4>

distintas normativas, existía en Estados Unidos, por el incremento del volumen de negocio que ello les supondría

Con el paso del tiempo, la existencia de un seguro de riesgos obligatorio asumido por cada Administración, pudo haber supuesto para los tribunales la excusa perfecta para dictar sentencias que contribuyeran a mitigar las desafortunadas consecuencias de la aplicación de la doctrina de la inmunidad. No obstante, la respuesta judicial, demostró que aquellos seguían defendiendo una concepción estricta de la doctrina de la inmunidad del municipio a las demandas de daños, bajo la premisa de que las acciones de la Administración que causan daños a los ciudadanos no deben de ser soportados por la sociedad en su conjunto, temerosos de la repercusión que el abono de cuantiosas indemnizaciones por daños pudieran tener para los pagadores de impuestos (por el posible incremento de la carga tributaria necesaria para afrontar las mismas). No obstante, debe puntualizarse que un nuevo campo de responsabilidad municipal fue surgiendo a partir de la década de los 90 del siglo XX y también a principios del siglo XXI, como era el ámbito de la responsabilidad medioambiental, abundando en los últimos decenios, demandas interpuestas tanto por daños físicos o materiales derivados de la contaminación atmosférica, como de actividades industriales de titularidad pública. Esta nueva área de responsabilidad impulsó que desde las entidades locales norteamericanas se estudiaran medidas para evitar futuras demandas en este ámbito, estableciendo actuaciones preventivas de la contaminación, e incluyendo en los contratos de seguro cláusulas específicas de cobertura frente a eventuales condenas indemnizatorias en dicho sentido.

En Canadá, a resultas de casos resueltos por la Corte de Apelaciones de Ontario, como el de "*Montani v. Matthews*"⁴⁸⁴, existió un incremento constante de la preocupación de los municipios sobre la responsabilidad y el aseguramiento, pues se comprobó que los podían enfrentar a importantes indemnizaciones por esta vía. De esta manera, paralelamente a las modificaciones normativas que se realizaron en la regulación los estándares mínimos de mantenimiento de las carreteras municipales (*Minimum Maintenance Standards for Municipal Highways, MMS*)⁴⁸⁵, se previó la

⁴⁸⁴ (1996) 91 O.A.C. 161 (CA).

⁴⁸⁵ La sección 44 3 c) la cual exige la creación por los municipios de unos mínimos estándares de mantenimiento del servicio de carreteras. Y, actualmente la normativa de Ontario 612/06 O. Reg. 612/06): "*Minimum maintenance standards for highways in the city of Toronto*".

necesidad de concertar seguros de riesgos que cubrieran aquellos en los que podían incurrir los municipios al causar daños a los particulares por no respetar los estándares de funcionamiento del servicio previamente definidos en la normativa.

En EEUU en algunos Estados como por ejemplo, en el de Florida⁴⁸⁶, se estableció un límite a la responsabilidad exigible por persona en una demanda de daños causados por un ente público, pero sin embargo, ello no afecta al derecho del demandante a obtener una sentencia que reconozca el total de la indemnización de la que es merecedora el mismo, pero en este caso, será el legislador el que tenga que autorizar el pago del exceso con cargo, en su caso, a la póliza de responsabilidad civil del seguro que tenga suscrito el ente público en cuestión.

En el estado de Wyoming, a partir de 1960 se posibilitó legalmente que los municipios y restantes entidades públicas suscribiesen seguros de responsabilidad civil para dar cobertura a futuras reclamaciones de daños, de tal manera que, en opinión del profesor DRAY PERRY⁴⁸⁷ en el momento en que los entes públicos disponían de la cobertura de seguros de responsabilidad civil no había justificación alguna para mantener una concepción estricta de la inmunidad municipal que impidiese que éstos fuesen objeto de demandas de daños planteadas por los ciudadanos. No obstante, esas teorías doctrinales no se vieron acompañadas por una evolución paralela de la jurisprudencia en ese sentido, de modo que durante esos años, las sentencias dictadas por las cortes de justicia del Estado de Wyoming, se reafirmaron en la concepción más estricta de inmunidad de los entes públicos.

Otro de los aspectos en los que intervienen los seguros de responsabilidad civil, por ejemplo en EEUU, es en las demandas planteadas por el inadecuado mantenimiento de los edificios públicos, o derivadas de su defectuosa construcción

⁴⁸⁶ Fla.Stat. Ann. Sect. &768.28 (6)(d) (2019).

⁴⁸⁷ DRAY PERRY, W. "Municipal Tort Liability: Purchase of Liability Insurance as a Waiver of Immunity", *Wyoming Law Journal*, 1964, vol.18, number 3, art. 4. Señalaba el profesor en dicha publicación que: "Los tribunales de Wyoming se adhirieron fuertemente a la doctrina de la inmunidad municipal. En su última reafirmación de dicha adherencia "Maffei v. Incorporated Town of Kemmerer" (1959), se solicitó a la Corte que se apartase de su doctrina tradicional y que judicialmente sentara otra línea doctrina. La Suprema Corte de Wyoming renunció a hacer eso. Al contrario, se reafirmó en la doctrina de la inmunidad municipal en el ejercicio de las funciones gubernamentales en Wyoming (...). Este caso precipitó la legislación de 1961. Bajo las Leyes de 1961, capítulo 81, las ciudades y los municipios fueron autorizados a concertar seguros de responsabilidad civil".

https://scholarship.law.uwyo.edu/wlj/?utm_source=scholarship.law.uwyo.edu%2Fwlj%2Fvol18%2Fiss3%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages Consulta 8 de enero de 2021. (Traducción libre).

así, son cada vez más abundantes las pólizas suscritas por los municipios para asegurar los citados riesgos⁴⁸⁸. Pero no obstante, en cualquier caso, la doctrina judicial es clara en el sentido de que la ausencia de seguro de responsabilidad civil no impide que el municipio pueda ser declarado responsable de los daños causados a los ciudadanos así, en el asunto *“Cloutier v. Berlin”*⁴⁸⁹, la Corte de New Hampshire sostuvo que la existencia de una laguna en la Ley no implica que el municipio no pueda ser responsable de los daños causados por la existencia de defectos en la autopista, pues para los entes públicos imperan unos estándares del servicio diferentes de los exigibles a las corporaciones privadas. La Corte también aclaró que la disposición o ausencia de cobertura de seguro por el municipio, no modifica la responsabilidad del mismo, pero sí el importe máximo de los daños económicos que pueden reclamarse en el supuesto de que fuese declarado responsable de los daños causados por el defecto en la autopista.

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico español la cobertura del riesgo de la responsabilidad patrimonial a través de un contrato de seguros no siempre ha sido una cuestión pacífica. Hasta principios del siglo XXI era habitual que las Administraciones no contasen con seguros de responsabilidad civil, por aplicación de la técnica del “autoseguro”⁴⁹⁰ al igual que ocurría en los sistemas jurídicos alemán y francés. De hecho, la Dirección General de Seguros en su resolución de 26 de junio de 1996 había desaconsejado a las compañías el aseguramiento de los entes públicos por el riesgo que tal cobertura suponía para las mismas, derivado de la concepción de la responsabilidad objetiva. En este sentido, se consideraba difícil que se pudiera asegurar la totalidad de actividades administrativas que puede llegar a desarrollar una Administración que son generadoras de riesgo, y se propuso que algunas de las mismas quedaran excluidas de las pólizas (p.e. la responsabilidad patrimonial derivada de la concesión de licencias declaradas nulas, era un acto excluido de

⁴⁸⁸ LOOPSTRA M.K.C. “Negligent Building Inspections” (...) *Op. cit.* p.109. Refiere el autor que: “Las deficiencias en los edificios constatadas mediante inspecciones, se han convertido en la mayor fuente de responsabilidad patrimonial del municipio. En casos de negligencia en construcción, los municipios generalmente son demandados, porque no tienen problemas de solvencia (para afrontar cuantiosas indemnizaciones) o por disponer de un generoso seguro de responsabilidad civil”. <https://www.loopstranixon.com/resources/articles/negligent-building-inspections-the-latest-developments-1> (Traducción libre).

⁴⁸⁹ 154 N.H. 13 (2006).

⁴⁹⁰ HUEGO LORA, A. “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”. *Working Paper* nº: 150 Barcelona, julio de 2003. Indret 3/2003.

cobertura en la mayoría de las pólizas) de manera que, ante tal situación, en muchas Administraciones se llegó a considerar que la cuantía de la prima no compensaba la cobertura del riesgo.

Esa visión fue cambiando desde principios del siglo XIX, y sobre todo en lo que respecta a los entes locales pequeños, algunos de escaso presupuesto, que no podían afrontar las cada vez mayores cuantías indemnizatorias en concepto de daños derivados de la responsabilidad patrimonial, llegando a la situación actual, donde, la realidad es que actualmente en España, prácticamente todos los municipios cuentan con sus propios seguros concertados con compañías aseguradoras del riesgo mediante contratos sometidos a la normativa de contratación administrativa para, entre otras cuestiones, dar cobertura a las indemnizaciones que puedan reconocerse a los particulares por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La jurisdicción civil era la competente en el conocimiento de las acciones civiles directas contra las compañías aseguradoras en los litigios planteados por los ciudadanos que habían sufrido un daño producido por la actividad administrativa, de manera que, cuando se demandaba a la Administración conjuntamente con un sujeto privado (la aseguradora lo era), la jurisdicción civil, en virtud de su vis atractiva, conocía de la reclamación, con el fin de evitar el peregrinaje de jurisdicciones. La doctrina administrativista tradicional había venido reclamando que dicha situación se aclarase, lo que se acomete con la derogada Ley 30/92 RJAPAC, a medio de la cual se reconoció el derecho del ciudadano que ha sufrido un daño ocasionado por el funcionamiento del servicio público, de interponer una reclamación ante la Administración, única responsable de la causación del mismo, y a la cual le compete indemnizar al particular, sin perjuicio de su posibilidad de repetir contra la compañía aseguradora del riesgo. Todo ello, evidentemente, con independencia de la coexistencia con la acción civil directa, únicamente frente a las compañías de seguros.

De esta manera el particular que ha sufrido un daño, podrá demandar únicamente a la Administración, ante la jurisdicción contenciosa, y será ésta quien tendrá la obligación de comunicar a la compañía de seguros la existencia de tal procedimiento para que se persone, así como al propio órgano jurisdiccional, pero, en cualquier caso, también será perfectamente válida la acción judicial dirigida contra ambos, Administración y compañía aseguradora del riesgo, así como en vía civil mediante el

ejercicio de la acción directa del art. 76 de la Ley del contrato de seguro contra la compañía de seguros que le facilita la rápida obtención de una indemnización sin necesidad de reclamar previamente a la Administración y que esta a su vez reclame al asegurado, teniendo además, derecho a los intereses del artículo 20 de la LCS.

Previamente, la modificación de la LOPJ operada por la LO 19/2003, puso fin al peregrinaje de jurisdicciones, vulneratorio del derecho a la tutela judicial efectiva del particular, introduciendo el artículo 2 e) en la LJCA, atribuyendo la competencia definitivamente en esta materia, a la jurisdicción contencioso-administrativa *“aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”*, puntualizando la necesidad de que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se canalicen a través de dicha jurisdicción proclamando en su artículo 2. e) su exclusiva competencia sobre *“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”*. Paralelamente, en el art. 21 c) de la misma norma, considera a las aseguradoras parte codemandada junto con la Administración en el proceso.

En cualquier caso, la sentencia del TS de 5 de octubre de 2019 ha intentado poner coto al ejercicio de la acción directa contra las compañías aseguradoras⁴⁹¹, concluyendo el Alto Tribunal que debe entenderse que es contrario a la legalidad utilizar la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios, defendiendo que una vez interpuesta la reclamación de responsabilidad patrimonial la única competente para conocer del asunto será la jurisdicción contencioso administrativa⁴⁹².

⁴⁹¹ CUETO PÉREZ, M. “Limitación de la acción directa contra la aseguradora en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración STS de 5 de junio de 2019 (Sala de lo Civil)”. *Revista española de Derecho administrativo* n° 202, 2019, p.p. 275-288.

⁴⁹² Concluye la STS que: *“La aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios”*.

VII. RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS Y AUTORIDADES EN AMBOS SISTEMAS JURÍDICOS. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.

1. La responsabilidad de la Administración por los daños causados por funcionarios o agentes en el Derecho español.

En el Derecho español la conducta de los funcionarios y agentes al servicio de la Administración está guiada por el respeto íntegro a la Constitución Española y debe ser examinada bajo ese prisma. En palabras de la profesora ARIAS MARTINEZ⁴⁹³, los funcionarios públicos españoles en los términos recogidos en los artículos 52 y 53.1 del TREBEP tienen la obligación de servir al interés general con plena observancia de la Constitución. Por ello señala que *“cabe conectar este deber con la exigencia de objetividad manifestada en el art. 53.2 del Estatuto en el que, como se recordará, se compele a los empleados públicos a perseguir “la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos” fundamentando su actuación “en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio”*”.

La responsabilidad de la Administración por los daños causados por funcionarios o autoridades ha sido definida por MARTIN REBOLLO⁴⁹⁴ como aquella que *“obedece a un criterio de responsabilidad directa, de manera que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades o funcionarios, sin perjuicio de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquellos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves. Esta responsabilidad directa sólo admite la excepción de la responsabilidad derivada de delito, según el art. 121 del Código Penal”*.

Esa responsabilidad directa de la Administración encontraba su amparo en la redacción de la normativa de procedimiento anteriormente vigente (Ley 30/92

⁴⁹³ ARIAS MARTINEZ, M.A., “El principio de objetividad en el empleo público II: La objetividad como deber de los empleados públicos” *Documentación Administrativa*, num 289, enero-abril 2011, p.p. 183-209.

⁴⁹⁴ MARTIN REBOLLO, L; *Manual de Derecho Administrativo: Y guía para el estudio de las Leyes Administrativas*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1 septiembre 2020.

RJAPAC) la cual disponía en su artículo 145.2 que los particulares exigirían directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, permitiendo que la Administración exigiera vía de acción de regreso *“la responsabilidad en que se hubiera incurrido atendiendo al resultado daños producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”*. Como bien refieren, GARCIA DE ENTERRIA y RAMÓN FERNANDEZ *“(…)La reforma realizada en 1999 rectificó este planteamiento y obligó a la Administración que se hubiese visto condenada a indemnizar a exigir de oficio la responsabilidad en que hubieren incurrido sus agentes por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento administrativo. Así lo establece el artículo 36 LSP, según el cual cuando la Administración hubiese tenido que indemnizar a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y de su personal la responsabilidad en que se hubiese podido incurrir por dolo, culpa o negligencia grave previa instrucción del correspondiente procedimiento con arreglo a lo dispuesto en la LPAC”*. Actualmente, la redacción de la LRJAP, en su artículo 36.2, continúa en la misma línea, recogiendo la exigencia de que la Administración, una vez que haya indemnizado a los particulares, ejercite la acción de regreso contra los funcionarios o autoridades causantes de dichos daños. Sin embargo, pese a la aparente contundencia de dicho precepto, lo cierto es que, realmente, esa acción de regreso apenas se utiliza aunque haya obligación de hacerlo, sin que ello acarree ninguna consecuencia para la Administración incumplidora. En cualquier caso, los requisitos que la propia acción de regreso exige para su planteamiento motiva, en muchos casos la reserva a la hora de aplicarla, ilustrativo de ellos es la sentencia del TSJ de Cataluña, de 26 de junio de 2019⁴⁹⁵ que en relación a la misma refiere: *“En este caso, no hubo tal expediente previo. No hubo una declaración de responsabilidad patrimonial, sino que el Ayuntamiento fue condenado, por sentencia firme, en el seno de un proceso de expropiación forzosa a pagar el precio justo incrementado en un 25% de una finca porque había sido ocupada ilegalmente sin tramitar el correspondiente procedimiento expropiatorio (lo que nos dice supuso un incremento de 408.045,07 euros). En definitiva, no existe*

⁴⁹⁵ JUR 2020\129955.

tampoco el presupuesto legal de que se haya tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, al menos, cuyo resultado haya sido una declaración de responsabilidad patrimonial y una obligación de la Administración de indemnizar por concurrir los presupuestos legales del art. 139 de la LJCA (...)". En idéntico sentido cabe decirse respecto de la responsabilidad de las autoridades, que con su acción u omisión, en el ejercicio de su cargo, hubieran causado un daño a terceros, pues, si escasos son los asuntos en la doctrina judicial referentes al ejercicio de la acción de regreso contra funcionarios, aún más lo son los ejercidos contra autoridades.

En cualquier caso, resulta necesario diferenciar la responsabilidad del funcionario o autoridad desde un punto de vista puramente administrativo, de la responsabilidad en que pudiese haber incurrido desde un punto de vista penal, como refiere el profesor TOLIVAR ALAS⁴⁹⁶: *"En caso de los funcionarios -y de otras personas especialmente sujetas a la Administración -la incomunicación habitual entre lo penal y lo administrativo puede no sólo ser gravosa sino conducir a profundas injusticias (...). Tiene sentido que además, en aras de un sutil interés protegido diferente al de la norma penal, a la misma persona y por los mismos hechos, se la pueda sancionar por vía disciplinaria yendo más lejos de la propia pena y pudiendo, incluso, separar definitivamente del servicio a quien el Código punitivo sólo aleja temporalmente del mismo? (...)*". En el ordenamiento jurídico español, la falta de criterios homogéneos sobre a quién corresponde la responsabilidad y la eterna disquisición entre responsabilidad objetiva y responsabilidad cuasi-objetiva como criterio de imputación, ha motivado que, ciertamente, existan no pocas circunstancias que pueden generar inseguridad jurídica en el ciudadano a la hora de reclamar responsabilidad por los daños causados cuando media intervención de funcionario o autoridad en la producción del daño. Es quizás el momento de replantear una modificación normativa que establezca criterios más uniformes y clarificadores sobre la responsabilidad de la Administración Pública por la causación de daños a los particulares cometidos por funcionarios o autoridades a su servicio.

⁴⁹⁶ TOLIVAR ALAS, L., "Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada". *Documentación Administrativa*, Madrid N° 280-281, 2008.

Por otro lado, es preciso puntualizar que todo ello es independiente de la responsabilidad penal prevista en el artículo 121 del Código Penal el cual preceptúa la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, disponiendo textualmente que *“El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.*

*En el caso de que se exigiera la responsabilidad civil de la autoridad, agentes o funcionarios públicos en el proceso penal, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente culpable”*⁴⁹⁷. De acuerdo con lo anteriormente referido, la responsabilidad será directa si el pleito se resuelve ante la jurisdicción contencioso-administrativa y subsidiaria en el caso de que se resuelva en el orden penal, tomando en consideración la imposibilidad de tramitación de ambos procesos simultáneamente.

Este sistema de responsabilidad directa tiene sin embargo una interpretación diferente en la Europa continental donde no todos los países europeos se asimilan al modelo español. Así por ejemplo, en el caso de Francia se mantiene un régimen de responsabilidad administrativa mixto que sigue distinguiendo entre unos supuestos, en los que se atribuye el evento dañoso y sus consecuencias a la falta o culpa personal

⁴⁹⁷ La STS de 6 de enero de 2013 (RJ 2013\966) refiere *“...Aunque concorra la condición objetiva de que el sujeto criminalmente responsable se encuentra vinculado a la Administración por la contratación laboral de sus servicios, es lo cierto que no existe relación entre su acción homicida -matar disparando un arma de fuego- y el contenido de las funciones laborales contratadas, -integrado en un retén de incendios- más allá de las topográficas o cronológicas (lugar o jornada de trabajo). Desde luego el citado empleo no suponía en modo alguno el uso de armas. Ni consta que existieran motivos para sospechar que el acusado la poseía y portaba. Y tampoco existe vinculación alguna entre el resultado letal producido y el servicio en el que se encuadraba el empleo contratado, más allá de las circunstancias temporales y espacial, al efecto irrelevantes. Por todo ello, excluida la eventual aplicación del artículo 120 del Código Penal, dados los términos de la acusación, en su día, y recurso, ahora, hemos de concluir con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que dictó la sentencia recurrida ante nosotros, que no concurren los presupuestos y requisitos del artículo 121 invocado”.*

del funcionario y, el resto de casos en los que se atribuye la falta al funcionamiento del servicio y por tanto a una responsabilidad exclusiva de la Administración de la cual depende éste. En esta línea, refiere el profesor, RAMÓN FERNANDEZ⁴⁹⁸ que: *“La responsabilidad de la Administración, se formula, en efecto, en los artículos 121 LEF y 32 LSP como una responsabilidad directa, no como la simple cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos, que es como aparece en los ordenamientos norteamericanos (subsección b) de la sección 1.346 de la Federal Torts Claims Act de 1946), inglés (sección segunda de la Crown Proceeding Act de 1947, alemán (artículo 334 de la Ley Fundamental de Bonn (...)) La cláusula general prescinde inicialmente, como se habrá notado, del elemento tradicional de la culpa o ilicitud de la actuación administrativa como principio o fundamento general y único del sistema (...)”*. Debe además puntualizarse que, conforme refiere el profesor, este sistema de responsabilidad administrativa directa, por culpa o negligencia, existe a nivel del Derecho europeo, tal y como se deduce de la interpretación del artículo 340 del Tratado Fundacional de la U.E. que realiza la Jurisprudencia del TJUE.

En este sentido, la STC de 1 de febrero de 2016⁴⁹⁹ se pronuncia sobre la acción de regreso interpuesta contra un funcionario público en el siguiente sentido: *“... De los arts. 139 y 145 LPC se sigue, a modo de síntesis, la consideración de dos momentos y la configuración jurídica de dos acciones diferentes, con objetos distintos, aunque secuenciales y encadenadas: la reclamación del perjudicado, primero (garantizando que, de apreciarse un nexo causal entre perjuicio y funcionamiento del servicio público, pueda ser reparado de forma íntegra e inmediata por el daño objetivo que se le haya ocasionado) y la eventual acción de regreso contra el empleado público, después, si se dan los presupuestos establecidos en la norma (responsabilidad subjetiva por dolo, culpa o negligencia graves, de haberse reparado económicamente el daño objetivo derivado del funcionamiento de los servicios públicos (...))”*.

En cualquier caso y, al margen de esa acción de regreso, pervive la obligación de la Administración de incoar expediente disciplinario contra el empleado público

⁴⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II (...)*, op.cit. p. 16.

⁴⁹⁹ RTC 2016\15.

causante del daño ocasionado por culpa grave o negligencia, resultando sin embargo que no cabe obviar que se trata de un procedimiento lleno de trabas que en escasas ocasiones llega a culminarse con éxito, así en palabras del profesor QUINTANA LÓPEZ⁵⁰⁰ *“se ha configurado, así un régimen disciplinario extraordinariamente rígido y encorsetado en el que prima por encima de todo el elemento garantista en detrimento de la efectividad, como exigencia de los intereses públicos, que debe imperar en la actuación de las Administraciones Públicas”*.

En esta línea, si son pocos los procedimientos disciplinarios incoados contra empleados públicos que empleando dolo, culpa o negligencia grave, produjeran un daño al ciudadano, también escasos son los ejemplos del ejercicio de la acción de regreso, contra funcionarios y aún menos los procedimientos incoados por dicho motivo, contra autoridades que han llegado hasta los tribunales de justicia, valga por todas la sentencia del TSJ de Andalucía de fecha 4 de enero de 2000⁵⁰¹ en la cual se ventilaba la responsabilidad de un Alcalde en ejercicio de la acción de regreso de responsabilidad patrimonial por haber ordenado el derribo de un inmueble sin instrucción de previo expediente, ni presencia de técnico municipal cualificado, en el transcurso del cual se produjo el derrumbamiento de una pared contra una farola que cayó sobre un policía municipal de servicio, al que causó la muerte, lo que motivó la condena de la corporación municipal a abonar 18.000.000 de pesetas. El acuerdo plenario adoptado por el Ayuntamiento, una vez que hubo indemnizado a la familia de la víctima, rechazó el ejercicio de la acción de regreso frente al Alcalde por entender que aquel no había incurrido en dolo, culpa o negligencia grave en la actuación administrativa imputada, considerando en consecuencia, que no concurría el presupuesto exigido por la legislación aplicable para demandarle dicha responsabilidad en ejercicio de la acción de repetición. No obstante, dicho argumento fue rechazado por el TSJ de Andalucía que estimó el recurso y anuló el acuerdo impugnado con la siguiente fundamentación:

“Si a la luz de lo expuesto se analiza el presente caso, se llega a la necesaria consecuencia de anular el Acuerdo impugnado, pues, con independencia de la posible

⁵⁰⁰QUINTANA LÓPEZ, T.: “La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos” *Documentación Administrativa*, nº 282-283, 2009, p.p.321-359.

⁵⁰¹RJCA 2000\656 .

calificación jurídica que pueda efectuarse respecto a la actuación del alcalde, a los efectos de declarar o no su responsabilidad patrimonial (lo que corresponde al pleno del Ayuntamiento una vez se instruya el oportuno expediente, y posteriormente a esta Sala si se sometiese a su control jurisdiccional la resolución adoptada en el mismo) es lo cierto que sin ánimo de prejuzgar, existen razones suficientes para, al menos, incoar el referido expediente en depuración de la posible responsabilidad patrimonial del alcalde (...)". El plazo para ejercer la acción de regreso en este tipo de procedimientos es de un año desde la firmeza de la condena a la Administración a indemnizar o del acuerdo finalizador del procedimiento en vía administrativa, y, respecto del órgano competente para incoar la acción de responsabilidad, debe distinguirse entre la exigencia de responsabilidad a un miembro electo, en cuyo caso será competencia del Pleno por mandato del artículo 22 de la LBRL y el ejercicio de la acción de regreso contra un funcionario, en cuyo caso son competentes alternativamente, el Alcalde de la Corporación (art.21 LBRL), o la Junta de Gobierno Local en los municipios de gran población, por tener encomendada la jefatura superior del personal municipal por mor del art. 127 de la LBRL.

En relación a la obligatoriedad de exigir esa acción de derivación de responsabilidad, el TSJ andaluz, en la sentencia antes mencionada, refiere: *"Tras la modificación de dicho artículo 145.2 por la referida Ley 4/1999 se alude ya al deber de la Administración de «exigir de oficio» la mencionada responsabilidad. La exégesis de tales preceptos, incluso antes de la corrección efectuada, conduce en opinión de la Sala a la conclusión de que la utilización del tiempo verbal «podrá» no puede interpretarse según hace la Administración demandada, como la atribución de una facultad ejercitable discrecionalmente, sino como expresión del reconocimiento legal del derecho de la Administración para reclamar, por vía de regreso, frente a la autoridad o funcionario causante del daño siempre que en su actuación pueda apreciarse la concurrencia de dolo o negligencia grave (...)"*.

Otro asunto que resulta oportuno abordar, es el relativo a un Secretario municipal contra el que se había interpuesto una acción de repetición por los daños abonados por el Ayuntamiento en concepto de responsabilidad patrimonial derivados de la tramitación incorrecta de un procedimiento expropiatorio que devino en graves daños económicos al municipio, en este sentido, la sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de

junio de 2019⁵⁰², estima el recurso de éste, en impugnación de la acción de regreso ejercitada por el Ayuntamiento con la siguiente argumentación: *“Esta actividad no denota una actuación negligente (grave) lo que dificulta que pueda imputarse al Secretario municipal una responsabilidad en un expediente que se gestionaba por un servicio ajeno a la Secretaría (dada la relevancia de la imputación en base a una supuesta omisión) y en el que apenas intervino (cuando lo hizo fue para poner de relieve las posibles ilegalidades que se podían cometer) y no era de su responsabilidad. Ley 30/1992, atribuye la responsabilidad a los titulares de las unidades administrativas que fueran responsables de su resolución (...). En definitiva, no existe ningún elemento fáctico que permita concluir objetivamente que en la actuación del secretario municipal haya podido incurrir en dolo, culpa o negligencia grave”*. Como puede apreciarse, la condena a la Administración por responsabilidad patrimonial no implica un nexo automático de atribución de responsabilidad al funcionario o autoridad causante del daño, sino que ha de acreditarse que el mismo se ocasionó por la intervención de aquellos mediando dolo, culpa o negligencia grave, debiendo probarse el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado dañoso, en un procedimiento autónomo, tramitado con todas las garantías.

2. Supuestos específicos de daños causados por funcionarios de los cuerpos o fuerzas de seguridad en ambos ordenamientos.

En EEUU son muy numerosas las demandas relativas a acciones dolosas o negligentes cometidas por funcionarios de policía, por ello, es preciso analizar el tratamiento de la responsabilidad de Administración en caso de intervención mediante agentes de la autoridad (que bien puede ser también la Policía Local de un municipio en el Derecho español) para, seguidamente, plantear cómo se aborda este asunto en el sistema jurídico anglosajón. En España la jurisprudencia relativa a responsabilidad por daños causados por fuerzas y cuerpos de seguridad, muestra la colisión entre, por una parte, la intervención de la víctima en la causación del daño (por ejemplo, en el caso de una manifestación ilegal) en que aquella se coloca en una situación de riesgo, y por otra, el respeto de su Derecho constitucional de reunión y manifestación, cuestión que se ha planteado, en no pocas ocasiones, en las demandas por daños causados durante manifestaciones no autorizadas, en el transcurso de las cuales se

⁵⁰² JUR 2020\129955.

producen daños a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Tradicionalmente, la jurisprudencia de nuestro TS ha verificado que las lesiones corporales provocadas en un caso de detención o de disolución de una manifestación, son responsabilidad de la Administración, correspondiendo en caso contrario a esta, la carga de la prueba de haber actuado con proporcionalidad y de la existencia de culpa exclusiva de la víctima.

En este sentido, la STS de 20 de enero de 1998⁵⁰³, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una sentencia de la AN de 20 de marzo de 1993, que reconoció una indemnización por importe de siete millones de pesetas en favor de un ciudadano que recibió el impacto de una pelota de goma de una carga policial en el transcurso de una manifestación que había sido previamente autorizada. Como consecuencia de esta lesiones el demandante perdió la visión del ojo, daño que fue considerado por el Alto Tribunal como “antijurídico”, circunstancia que generó automáticamente el derecho a la indemnización del ciudadano, concluyendo nuestro TS, en este sentido que: *“La jurisprudencia de esta sala tiene declarado con reiteración que la participación en una manifestación solo comporta la obligación de arrostrar el perjuicio originado por los actos de las fuerzas de seguridad encaminadas a garantizar el cumplimiento de la ley en aquellos casos en que el recurrente voluntariamente se coloca en una situación de riesgo por tomar parte en una manifestación ilegal (...) si bien estas circunstancias corresponde acreditarlas a la Administración (...)”*.

La responsabilidad por daños causados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁵⁰⁴ en el ordenamiento jurídico español, deviene del artículo 5.2.c de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que contempla entre los principios básicos de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en sus relaciones con la comunidad, el deber de actuar en el ejercicio de sus funciones con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un “daño grave, inmediato e irreparable”, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su

⁵⁰³ RJ 1998\350.

⁵⁰⁴ Resulta de interesante abordaje en este trabajo, pese a que, las acciones dañosas cometidas por miembros de la Policía Nacional o Guardia Civil, no implican, evidentemente, responsabilidad municipal.

alcance. Así, en la determinación de la responsabilidad de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad por actos realizados en el ejercicio de su cargo, entran en juego los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación de los medios con los fines, además del deber jurídico de soportar algún tipo de daños que se prevé como supuesto de imputación jurídica de la responsabilidad, así en la STAN de 17 de septiembre de 2014⁵⁰⁵ respecto del recurso interpuesto por unos monitores escolares como consecuencia de la detención efectuada por la guardia civil en horario escolar, en el seno de una investigación sobre abusos sexuales a menores, dispone que se trata de un daño que los recurrentes estaban “obligados a soportar” bajo la siguiente premisa: *“Por todo lo cual, la detención policial ha de ser calificada, como congruente adecuada y proporcionada, y, en consecuencia, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 6372): “El recurrente, como cualquier ciudadano y en aras de la defensa del interés social implícito en la actuación policial, está obligado a soportar el daño que del ejercicio estricto, como en este caso ocurrió, de sus funciones por parte de la policía, se le pueda ocasionalmente originar, faltando, por tanto, el requisito del daño antijurídico en el actuar de la Administración, indispensable para el reconocimiento de responsabilidad de la misma”.*

Por otro lado, debe destacarse que en la mayoría de los países al amparo de la Common Law, se mantiene un sistema de responsabilidad civil subsidiaria por culpa o negligencia de los funcionarios agentes de la Administración, sin embargo, en el caso de que el daño haya sido producido por la actuación de un funcionario o autoridad en el ejercicio de sus funciones, también podemos hablar de una responsabilidad directa de la Administración de la que depende éste. En cualquier caso, la doctrina por la responsabilidad por los daños causados por agentes de la autoridad está especialmente desarrollada en los Estados Unidos, donde es una cuestión que, prácticamente, la totalidad de normativas de los diferentes estados abordan, viéndose afectada la misma por la tradicional doctrina de inmunidad de la Administración, así como por conceptos tales como la inexistencia del concepto de responsabilidad objetiva, resultando además guiada, por el criterio de culpa o negligencia en la causación del daño. Valga por todas la regulación del Estado de Connecticut, que

⁵⁰⁵ RJCA 2014\679.

prevé, al igual que las normativas de otros Estados americanos, que las autoridades y empleados municipales tengan inmunidad por acciones que provengan del ejercicio de potestades discrecionales, con independencia de lo cual, los empleados municipales pueden ser personalmente responsables por los siguientes conceptos: Negligencia en el cumplimiento de un acto reglado, no discrecional, en oposición de la que deviene de la ejecución de un acto gubernamental donde el inminente daño a un específico individuo era previsible. Con independencia de ello, los funcionarios y agentes de la autoridad pueden también incurrir en responsabilidad por los actos dolosos vulnerando, o ignorando los derechos de terceros.

Debe tenerse en cuenta que el criterio de “negligencia” en Estados Unidos se entiende desde un punto amplio, de manera que se incurre en la misma simplemente por vulnerar un determinado deber jurídico como es el “deber de cuidado” o “*duty of care*” atribuible a los funcionarios públicos o autoridades. Esa responsabilidad por vulneración del deber de cuidado exigible a la Administración, sus funcionarios o autoridades, viene directamente importada de la responsabilidad equiparable por vulneración del deber de cuidado (“*duty of care*”) atribuible a las empresas privadas, como se muestra en esta sentencia de 5 de julio de 1944 dictada en el asunto “*Escola v. Coca Cola Bottling Co*”⁵⁰⁶ por la Corte Suprema de California, en la cual se imputaba a una conocida empresa mundialmente conocida, comercializadora de refrescos, responsabilidad por vulneración del deber de cuidado “*duty of care*” como consecuencia de la explosión de una botella en la mano de un consumidor produciéndole importantes lesiones en la misma, y en consecuencia, resultaba condenada a abonar la correspondiente indemnización. Pese a que en el citado asunto se discernía la responsabilidad de una empresa particular, por vulneración de su deber de cuidado o “*duty of care*”, lo cierto es que el mismo estándar se aplica a los actos cometidos sobre los funcionarios o autoridades que tienen un deber de cuidado sobre los ciudadanos, pues en el momento en que un acto de aquellos causa un daño a un particular que no tenga el deber de soportar, se entiende que se ha producido una vulneración de ese deber de cuidado, y por tanto, se incurre en responsabilidad. En los Estados Unidos, pese a encontrarse bajo la cobertura del sistema del Common Law, no puede hablarse de una respuesta unívoca sobre esta cuestión, así no existe

⁵⁰⁶ 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (Cal. 1944).

una uniformidad de tratamiento de la responsabilidad de autoridades y funcionarios en los diferentes Estados norteamericanos, aunque en general, la normativa y doctrina judicial de los mismos tienden hacia un progresivo incremento de la responsabilidad del municipio por los actos de sus empleados.

En este sentido, California, se rige por las reglas generales de la responsabilidad en materia de daños establecidas en la “California Tort Claims Act” cuyo objeto, como la misma textualmente dispone, es el siguiente: *“La norma cubre no sólo agravios, como su nombre indica, sino también todas las reclamaciones de dinero y daños, independientemente de si están basadas en una cuestión de naturaleza extracontractual o contractual, o cualquier otro Derecho legal o teoría”*. Incluidas en su ámbito de aplicación se encuentran las reclamaciones contra “entidades públicas locales”, el estado, autoridades y trabajadores públicos, resultando además que, al amparo del apartado & 815.2 del Acta Californiana se permiten demandas basadas en injurias causadas por actos y omisiones de los empleados públicos. La citada Ley exige además distintos requisitos para reclamar responsabilidad en este ámbito, que guardan, ciertamente, similitud con el Derecho español como son que el causante del daño sea un empleado público en el ejercicio de su cargo y que la responsabilidad por los actos del empleado público se impute a la entidad pública para la que presta servicios que es quien, en definitiva, debería ser demandada ante los tribunales. En otro sentido, en el sistema anglosajón, una de las cuestiones más importantes que debe plantearse al interponer una demanda cuando en la producción del daño haya intervenido un funcionario o autoridad, es si aquella debe interponerse contra la Administración, el causante, o contra ambos.

Esta cuestión se plantea en el Estado de Nevada en el cual la línea de la legitimación pasiva en este supuesto no está claramente definida así, la Ley 410337⁵⁰⁷ delimita los supuestos en los que debe demandarse al Estado y no al empleado, en la Ley 4103475 de Nevada, se establece a contrario sensu, que no se puede plantear una demanda contra el municipio por acciones realizadas fuera de los cometidos laborales del trabajador municipal. En el Estado de Detroit si un empleado actúa de forma irresponsable o comete una negligencia grave, aunque el municipio sea sólo

⁵⁰⁷ Nev.Rev.Stat & 410337 (2021).

parcialmente responsable, debe ser traído al procedimiento en la demanda planteada en reclamación por los daños causados. En el estado de New Jersey, su normativa propia refiere: “*Una entidad pública es responsable por los daños causados por una acción u omisión de un empleado público cometidos en el ejercicio de sus funciones de idéntico modo que un ciudadano particular bajo idénticas condiciones. Una entidad pública no sería sin embargo responsable por una acción u omisión de un empleado público cuando el empleado no fuera declarado responsable*”. Estas peculiaridades en cuanto a la responsabilidad de funcionarios o autoridades existen también en los diferentes Estados de EEUU, en concreto, valga como ejemplo, de Washington que da un tratamiento especial a la responsabilidad de funcionario municipal derivada de una información errónea en materia de planeamiento urbanístico, materia regulada mediante doctrina sentada por los tribunales de justicia.

Valga por todas la Sentencia dictada en el asunto “*Rogers v. Toppenish*”⁵⁰⁸ cuya apelación fue enjuiciada por la Corte Suprema de Washington. Constan como antecedentes de este asunto la pregunta formulada por un particular a un inspector municipal, sobre, si una parcela disponible estaba habilitada en el planeamiento municipal como disponible para construir un edificio de apartamentos. El inspector urbanístico dio una respuesta afirmativa, en función de la cual, el comprador adquirió el terreno. Una vez obtenida la licencia municipal para construir, y ante las protestas vecinales, se informó por las autoridades municipales al comprador, que la parcela se encontraba en una zonificación donde sólo estaba permitida la construcción de casas unifamiliares o adosadas, y por tanto el municipio revocó la licencia de construcción. Después de intentar infructuosamente que la zona fuera recalificada, el comprador planteó una demanda contra el municipio fundamentada en la actuación del inspector urbanístico considerando negligente la información suministrada por éste durante el proceso de autorización de la licencia. El tribunal se planteó si existía inmunidad del municipio respecto de todos los actos derivados del planeamiento municipal, dado que, precisamente, se considera que es un acto discrecional y por tanto en principio sujeto a inmunidad. Sin embargo, finalmente, en la sentencia dictada se determinó la existencia de responsabilidad por haber vulnerado el derecho del ciudadano a obtener una respuesta adecuada y correcta de su solicitud, de manera que la vulneración del

⁵⁰⁸ “*Rogers, 23 Wash.*” App. at 555, 596 P.2d at 1097, 1979.

mismo generó responsabilidad compartida entre el Ayuntamiento y el funcionario inspector.

Muestra de la evolución de la teoría de la responsabilidad del funcionario o autoridad en el Derecho americano, que limita la inmunidad municipal llegando a derivar en la responsabilidad exclusiva del municipio en el cual prestan servicios, es el caso resuelto en el Estado de Pennsylvania, el tribunal denominado (Pennsylvania Commonwealth Court), en el asunto "*Pezzano v. Towamencin TWP*"⁵⁰⁹, asunto cuyo objeto se ceñía a estudiar si un municipio puede incurrir en responsabilidad por los actos de los empleados públicos a su servicio. La ratio decidendi de este asunto que ha sentado doctrina, partía del acuerdo de confidencialidad formalizado entre el municipio con un empleado, Kevin Pezzano. Los términos del acuerdo implicaban que ni Pezzano ni la ciudad podrían divulgar información a una tercera parte sobre el acuerdo. La junta de supervisores de la ciudad aprobó el acuerdo e incluso el abogado municipal firmó el mismo. Sin embargo, unos días más tarde, un supervisor disidente, realizó unas declaraciones a la prensa local y, a raíz de ello el periódico publicó un artículo en el que se afirmaba que el municipio iba a cesar al empleado Pezzano⁵¹⁰.

En respuesta a ello el Sr. Pezzano cumplimentó numerosas reclamaciones contra dichas autoridades, individualmente, y también, contra el municipio con fundamento en la vulneración de la confidencialidad establecida contractualmente. La Corte consideró que los empleados del municipio que divulgaron la información tenían inmunidad porque actuaban como autoridades o agentes municipales y desestimó la demanda contra ellos. No obstante, el tribunal de apelación revocó la sentencia dictada, bajo el fundamento de que, aunque los agentes al actuar en representación del municipio pudieran no ser considerados responsables, sin embargo el municipio incurre en responsabilidad si un agente rompe su obligación de confidencialidad asumida con respecto al mismo. En consecuencia, se concluyó que, cuando los agentes o empleados municipales actúan investidos de la autoridad del cargo, la responsabilidad por los daños causados por su conducta revertiría en el municipio.

⁵⁰⁹ 155 A.3d 96 (Pa. Cmmw. Ct. 2017).

⁵¹⁰ CHILSON, D., "Municipalities can be held liable for the actions (and words) of their officials)" *Media Center, Mc Nees*. August, 2017. <https://www.mcneeslaw.com/municipalities-can-held-liable-actions-words-officials/>. (Traducción libre).

Esta sentencia resulta de sumo interés en cuanto a que, a raíz de la misma, en el Estado de Connecticut se posibilitó que se demandase directamente al municipio por los daños causados por sus funcionarios o autoridades, apartándose del tradicional concepto anglosajón de la inmunidad municipal.

Una muestra de la responsabilidad directa exigible a la Administración, por la vulneración de ese principio “duty of care” por parte de funcionarios, lo apreciamos en el ámbito educativo. Por ejemplo, la normativa del Estado de Connecticut requiere que las juntas de educación municipal se responsabilicen de los daños causados por los profesores en los centros escolares respecto de los menores a su cargo, salvo que éstos resultasen de actos maliciosos o dolosos cometidos por aquellos.

Esta concepción (que no comparten muchos otros estados americanos, en los cuales la demanda ha de dirigirse principalmente contra la autoridad o funcionario causante del daño), muestra la similitud de la regulación del Estado de Connecticut, con la existente en Derecho español, según la cual la Administración es responsable, en todo caso, por mor del art. 36 de la Ley 40/2015 de RJSP, los particulares exigirán a la Administración Pública competente las indemnizaciones por los daños causados por las autoridades y personal a su servicio, preceptuando paralelamente, como una obligación de la Administración el que, una vez indemnizado al particular por los daños causados, se ejerza acción de regreso contra el funcionario a autoridad que hubiese ocasionado el mismo, en los siguientes términos: *“cuando hubiese indemnizado a los lesionados exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”*⁵¹¹.

En relación con la responsabilidad de las autoridades y funcionarios en el Derecho anglosajón, el profesor COVER en su artículo, “Revisionist Municipal Liability”⁵¹² señaló que *“(...) el sistema de actual de demandas por daños bajo el estatuto de 1983*⁵¹³ *aporta poco alivio a las víctimas en relación a los daños causados*

⁵¹¹Art.36 L.40/2015: *“Para la exigencia de responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”*.

⁵¹² COVER Y.A “Revisionist Municipal Liability” *op.cit.* pag.57. (Traducción libre).

⁵¹³ U.S.C.-1983.

por negligencia de los municipios, resto de entidades locales, así como funcionarios y autoridades a su servicio”. La más importante excepción al concepto de “inmunidad soberana”, del estado, municipios y restantes entes públicos en Derecho anglosajón, se constata en materia de responsabilidad de funcionarios, autoridades y agentes al servicio de la Administración conforme lo cual, además, la responsabilidad de funcionarios y autoridades por los daños cometidos en el ejercicio de sus funciones, es comúnmente aceptada en los países de tradición anglosajona. En este sentido, en los Estados Unidos una agencia gubernamental y sus empleados son responsables de los daños causados a particulares siempre que los mismos hayan tenido lugar en el ejercicio de las funciones de su cargo. Esta regla también se aplica en igual medida a los contratistas independientes de una entidad gubernamental. En todo caso, es fundamental que la víctima acredite el nexo causal por el que considera que ha sido la actuación del agente, la autoridad o funcionario en el ejercicio de su cargo, la causante de los daños. La demanda puede ser cumplimentada contra una agencia gubernamental cuando el daño viene producido por el incumplimiento de un deber legal pero, en este caso, la persona debe probar que existe un mandato obligatorio, como es el deber de prevenir el daño causado y que, a resultas de su incumplimiento, el particular ha sufrido un daño. Un ejemplo habitual es el daño causado por una estación de bomberos que ignora la llamada de una persona a la que se le incendia la casa.

Muestra de esta doctrina es la sentencia dictada por la Corte Suprema de Tennessee, dictada en el asunto “*Irvine v. Chatanooga*”⁵¹⁴, en ella se señala que un municipio, no es responsable ni puede ser demandado por la pérdida de una casa sufrida por el fuego como consecuencia de un fallo del servicio de extinción de incendios a la hora de responder a una llamada de urgencia debido al hecho de que se había ordenado un desfile especial con motivo del funeral de un miembro del cuerpo de bomberos.

En el trascendente asunto resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos “*City of ST. Louis. V. Prapotnik*”⁵¹⁵ el Tribunal Supremo norteamericano sentó doctrina en la materia sobre la cuestión de la responsabilidad de los funcionarios y

⁵¹⁴ 101 Tenn.291, 47 S.W. 419.

⁵¹⁵ 485 U.S. 112 (1978).

autoridades, señalando que, cuando una decisión viene determinada por la política municipal, será el municipio el responsable de las consecuencias de la misma, pero cuando una decisión no está guiada por criterios políticos, sino por la negligencia de un empleado municipal ajeno a cuestiones políticas, será el funcionario o la autoridad que ha realizado el acto causante del daño, el responsable del mismo. Además, señala también el tribunal, que si el daño se ha producido a consecuencia de una falta de formación del funcionario causante del mismo, se considera también que ha habido un fallo del municipio en proporcionar formación a los empleados, del cual, la ciudad es responsable. En idéntico sentido se plantea que, cuando el funcionario público o autoridad comete una acción dolosa, culposa o negligente que produce un daño a un particular, la responsabilidad nunca correspondería a la Administración, sino que sería íntegramente del funcionario que causó el daño. No obstante, en los últimos años esa doctrina que impedía imputar responsabilidad a la Administración por los actos dolosos o negligentes cometidos por los funcionarios públicos ha ido evolucionando a fin de que la víctima pueda encontrar una íntegra satisfacción del perjuicio sufrido que, en muchos casos no se consigue si el único responsable es el funcionario causante del daño.

En esta línea, el asunto “*Espina v. Jackson*” la Corte de Apelaciones del Estado de Maryland, se planteó hasta donde llegaba la responsabilidad del municipio por los daños causados a terceros, por los funcionarios a su servicio, cuando en la causación de esos daños media una acción negligente o dolosa de aquellos. Se trataba en definitiva de determinar, cuáles son los límites de la responsabilidad civil a que puede ser condenado un municipio, derivados de una acción dolosa cometida por un funcionario a su servicio⁵¹⁶. Concretamente, en el asunto “*Espina v. Jackson*”⁵¹⁷, se enjuiciaba la responsabilidad de un municipio por el disparo realizado por un policía de servicio que erróneamente causó la muerte de un joven (Manuel Espina), en su vivienda. Interpuesta demanda por la familia en representación del fallecido Espina, contra el municipio de Prince George’s County y contra el policía Jackson, por errónea muerte y violación de los derechos constitucionales de la víctima, el jurado estimó la

⁵¹⁶ “Recent Development: *Espina v. Jackson: The Local Government Tort Claims Act Limits Local Government Tort Claims Act Limits Local Government’s Liability for Constitutional Tort Claims Committed by its Employees*”. (University of Baltimore Law Forum, volume 46 Number 1 Fall 2015, Article 5). (Traducción libre).

⁵¹⁷ *Espina v. Jackson*, 442 Md. 311, 317, 112 A. 3d 442, 446 (2015).

demanda, concluyendo la necesidad de indemnizar al Estado y a la familia de Espina con 11.505.000 dólares. El jurado consideró que la actuación negligente del policía había sido determinante en el fallecimiento del demandante. No obstante, la corte de apelaciones redujo la cuantía indemnizatoria en 405.000 dólares de conformidad con la limitación de las cuantías indemnizatorias por responsabilidad civil establecidos en la LTGCA⁵¹⁸ que establece limitaciones en las cuantías de daños indemnizables por las entidades locales incluso en el supuesto de que hayan sido causados mediante violación de los derechos constitucionales⁵¹⁹. En relación con este asunto, la profesora SHIELDS⁵²⁰, se planteó *“hasta donde llega la responsabilidad de la Administración local por los daños causados a terceros por los funcionarios a su servicio, cuando en la causación de esos daños media una acción dañosa o negligente, determinando cuales son los límites de la responsabilidad civil a que puede ser condenado un municipio derivados de una acción dolosa cometida por un funcionario a su servicio”*.

Lo fundamental en dicho veredicto es que la corte de apelaciones diferenció entre la responsabilidad de un empleado público municipal que actúa y causa daños por un acto doloso, del que causa daños a terceros en el ejercicio de su cargo sin mediar dolo o intencionalidad. En este importante asunto se concluyó que una entidad local es responsable por las acciones negligentes cometidas por un empleado en el ejercicio de su cargo y por tanto procedería el abono de la indemnización hasta el límite establecido (de la inmunidad), pero si el daño se produce por un acto doloso del empleado público y queda probada la existencia de intencionalidad y dolo, entonces el empleado público puede ser declarado responsable por el resto de la cantidad pendiente, una vez descontada la cuantía abonada por el municipio.

⁵¹⁸ 2015 Maryland Code. Subtitle 3- Local Government Tort Claims Act (LGTCa).

⁵¹⁹ LGTCa damages cap. Id. At 331, 122 A. 3d at 451.

⁵²⁰ SHIELDS, K.E.: "Recent Development: Espina v. Jackson: The Local Government Tort Claims Act Limits Local Government's Liability for Constitutional Tort Claims Committed by its Employees; Local Government Employees Acting with Actual Malice Are Liable for Their Own Torts; And Multiple Wrongful Death Actions Arising From the Same Underlying Conduct May Be Aggregated for Purposes of the Damages Cap". *University of Baltimore, Law Forum*: Vol. 46 : No. 1 , Article 5, 2015. (Traducción libre).

<http://scholarworks.law.ubalt.edu/lf/vol46/iss1/5>. Consulta 28 de enero 2022.

2.1 Peculiaridad en el tratamiento de la responsabilidad por los actos cometidos en ejercicio del voluntariado.

En otro orden de cosas, es muy peculiar la solución jurídica que se da en EEUU respecto de la responsabilidad por los daños causados en actos de servicio por voluntarios de servicios de emergencia, actividades caritativas, que, en un momento dado, pueden colaborar auxiliando a la Administración en la realización de determinados cometidos, como extinción de incendios, intervención en diferentes catástrofes o realización de actividades caritativas como el reparto de alimentos a desfavorecidos, resultando la respuesta jurídica aportada en estos casos tanto por los tribunales de justicia, como por la normativa, unívoca, al estar motivada por la necesidad de incentivar el voluntariado y, en consideración a ello, en algunos Estados, como New Hampshire, se dota a los voluntarios de un régimen de inmunidad específico, que evita que puedan incurrir en responsabilidad por el auxilio prestado salvo que incurran en una negligencia grosera que sea la causante del daño⁵²¹. En parecida línea se recoge en el ordenamiento jurídico español la inclusión de toda persona que presta servicios o colabora con la Administración en sentido amplio como voluntarios, al entenderlos comprendidos en el concepto “funcionarios o autoridades”, a efectos de que los particulares puedan dirigirse únicamente contra la Administración por los daños causados por aquellos con ocasión del ejercicio de sus funciones.

2.2 Supuestos específicos de responsabilidad por daños causados por funcionarios o agentes en el Reino Unido.

En la cuna del Common Law, el Reino Unido, tradicionalmente siempre ha existido un gran debate doctrinal relativo al límite de la responsabilidad del Estado y el municipio por los actos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo, encontrándose desde la segunda mitad del siglo XX, hasta el momento “Brexit”, influenciada la doctrina británica en la materia, por la pertenencia a la Unión Europea, y en consecuencia, por la doctrina sentada por el TJUE y la CEDHE, cuyas decisiones eran vinculantes para el Estado británico. En este sentido, puede afirmarse que, el sistema de responsabilidad administrativa en los países de tradición anglosajona, con

⁵²¹ SANDERSON, P.: “Volunteers and Liability: An Overview of Legal Protections and Municipal Exposure” (March-2007).

<https://www.nhmunicipal.org/town-city-article/volunteers-and-liability-overview-legal-protections-and-municipal-exposure>. Consulta el 2 de febrero 2021. (Traducción libre)

carácter general, ha ido evolucionando desde una posición que entendía la responsabilidad exclusiva del funcionario por actos cometidos por particulares que causen daños a terceros, pasando por una responsabilidad compartida entre el funcionario y el municipio, hasta otra que, ha llegado a considerar que puede existir una responsabilidad exclusiva del municipio (sin perjuicio de que éste repita ulteriormente contra el empleado causante del daño), precisamente, en idéntico sentido de lo que nuestro ordenamiento jurídico español prevé en este punto a medio del art. 36 de LRJSP, antes mencionado.

Respecto de la responsabilidad de funcionarios y autoridades en el Reino Unido, la profesora GOLDBERG⁵²² en un acertado artículo plantea la comparativa entre el régimen de responsabilidad de las autoridades en Inglaterra y en EEUU, concluyendo que, mientras en el ordenamiento jurídico británico, los tribunales desde hace años han reconocido la posibilidad de interponer acciones por daños directamente, contra las autoridades públicas, en EEUU, por el contrario, esa posibilidad varía en cada Estado. El principio general, es que la responsabilidad de las autoridades es la misma que para los sujetos privados. La inmunidad soberana no supone una barrera frente a las demandas por daños causados por las autoridades públicas y funcionarios que, en muchos casos, no pueden acogerse a esa inmunidad. Así, la “*Crown Proceedings Act*” de 1947⁵²³ expresamente somete a la Corona a las mismas normas sobre responsabilidad por daños que si se tratase de una persona privada de la misma edad y capacidad. Esta regla general está sujeta a excepciones, así, resulta interesante en este punto, la sentencia dictada en el asunto “*Dorset Yacht. Co. Ltd v. Home Office*”⁵²⁴. Constan como hechos del caso, la huida de unos jóvenes en custodia de las autoridades gubernamentales en su intento de abandonar una isla de White, en la cual habían sido detenidos al intentar robar un yate privado. Durante el proceso de detención los menores escaparon en una embarcación que colisionó contra otro yate causándole graves daños. Los propietarios de la embarcación demandaron a la “Home Office”, (oficina de extranjería) por vulneración del deber de cuidado “*duty of care*”, alegando que hubo una vulneración de dicho deber por parte de los oficiales de policía,

⁵²² GOLDBERG, H.: Chapter 6: “Liability for Government Actions: A Comparative Study of English and American Law” Vol col. *Child Abuse Tort Claims Against Public Bodies: A Comparative Law View*. Edited By FAIRGRIEVE, S.G, nov 2017. (Traducción libre).

⁵²³ UK Public General Acts. 1947 c.44 (Regnal.10_and_11_Geo_6) Part I.

⁵²⁴ 2 All ER 294, AC 1004, [1970] UKHL 2.

los cuales habían sido negligentes en la supervisión de los menores bajo su custodia. La resolución del caso fue condenatoria del ente público en todas las instancias, llegando en vía de apelación a la “House of Lords” (“Cámara de los Lores”) la cual consideró que existía responsabilidad de la “Home Office” o (oficina de extranjería) por la negligencia en la supervisión de los menores por parte de los oficiales de extranjería, desembocando la misma en la causación de un daño a un particular. La resolución de este caso sentó jurisprudencia que fue adoptada para la resolución de los asuntos similares por la mayoría de tribunales británicos⁵²⁵.

En el asunto “*Caparo Industries Plc v. Dickman*”⁵²⁶ se parte de la premisa de que, para considerar que existe una vulneración del deber de cuidado causante de un daño, el mismo debe implicar la respuesta afirmativa de estas tres cuestiones: ¿Era el daño previsible?, ¿Existía proximidad?, ¿Era razonable imponer un deber de cuidado o “*duty of care*”?

La Corte Suprema del Reino Unido ha establecido unas pautas de comportamiento general que deben aplicarse a los casos contra las autoridades públicas; las autoridades están sometidas a un deber de cuidado (“*duty of care*”) para evitar actos negligentes que es posible prever. La Common Law no impone normalmente un deber de cuidado para proteger a los ciudadanos del daño causado por una tercera persona, salvo que sea cometido por una autoridad pública, considerando que, en este caso, sobre los funcionarios o autoridades pesa un deber de cuidado (“*duty of care*”) respecto de los particulares, que debe ser exigible. El tribunal debe valorar en cada caso planteado, si ese deber de cuidado era justo y razonable en una situación concreta enjuiciada, y además, si fue correctamente aplicado por el funcionario o autoridad responsable, que ha ocasionado el daño⁵²⁷. En cualquier caso, no podemos olvidar que el ordenamiento jurídico británico se construye a base de a

⁵²⁵ Asunto “*v. Maree 1990*” (3) SA 365 at 370 D-E; S v. S v. Bend’s Ander 1994 (2) SA 237 (EC).

⁵²⁶ *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605 House of Lords.

⁵²⁷ OLIPHANT, K.: *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersetia, Oct, 2016. el profesor de la universidad de Bristol, analiza los ámbitos de responsabilidad más frecuentes de las autoridades y funcionarios públicos británicos, concluyendo que: “(...) La cuestión de la responsabilidad (de funcionarios o autoridades) por actos lícitos no es un tema muy debatido por los abogados ingleses, aunque la idea no carece de partidarios. Por ejemplo, Tom Cornford ha defendido el reconocimiento de un principio de responsabilidad objetiva por actos de una autoridad pública, estableciendo una comparación expresa con el francés doctrina de la “*égalité devant les charge publiques*” y el principio de responsabilidad para actos lícitos recomendados en 1984 por el Comité de Ministros de la Consejo de Europa. En su opinión, el mismo principio ya sustenta la ley en la medida en que proporciona una compensación por la expropiación de bienes (...)”. (Traducción libre).

sentencias y resoluciones judiciales de los diferentes tribunales de justicia, algunos de los cuales han sido esenciales y determinantes a la hora de configurar la situación actual del régimen de responsabilidad de funcionarios y autoridades en la evolución doctrinal en la materia.

En síntesis esta evolución doctrinal se gestó a raíz de casos como el denominado “*Anns vs. Merton*”⁵²⁸ que, en definitiva, implicó el reconocimiento de que las obligaciones del estado o del municipio en relación con los servicios que se prestaban a los ciudadanos eran superiores a las correlativas que corresponden a las empresas privadas respecto de los servicios equiparables, por el deber que tiene el municipio de velar y cuidar del ciudadano, y proveerle de servicios, incidiendo en consecuencia, en la responsabilidad que pudiera ser exigida a los entes locales por dicho motivo. En esta línea, la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo sentó doctrina en el asunto “*Osman v. UK*”⁵²⁹ declarando la responsabilidad del Reino Unido por la vulneración del artículo 6 de la Convención de los Derechos Humanos, fundado en que “*el artículo 6 de la Convención de Derechos Humanos ampara el derecho a demandar a las autoridades ante la Corte de Derechos Humanos argumentando que la inmunidad reconocida a un municipio (que impidió que pudiese ser demandado por un ciudadano que había sufrido un daño) constituyó una desproporcionada restricción del Derecho del solicitante al acceso a la justicia*”. No obstante, conviene precisar que, en este asunto concreto, no se han tenido en cuenta las diferencias entre el Derecho continental europeo con el Derecho británico que tienen diferentes aproximaciones sobre lo que es la responsabilidad de las autoridades públicas. Así, a raíz de los citados casos, se puede concluir que, ciertamente, en el continente se considera que el estado ostenta una amplia obligación de proteger a los ciudadanos, resultando que el incumplimiento de ese deber sería reclamable ante los tribunales de justicia. No obstante, en el Derecho anglosajón el sistema de distribución de dicha responsabilidad es diferente, de manera que, mientras en el Derecho continental se reconoce una amplia margen para reclamar, sin embargo, las indemnizaciones son pequeñas en comparación con las otorgadas por los tribunales

⁵²⁸ London Borough Council [1978] UKHL 4, AC 728, 2 ALL ER 492, 2 WLR 1024. (Traducción libre).

⁵²⁹ 1988. Case No 87/1997/871/1083 European Court of Human Rights.

británicos, aunque éstos últimos son mucho menos proclives a reconocer la responsabilidad de la Administración por la causación de daños a los particulares.

3. Esbozo de la responsabilidad del contratista en el Derecho anglosajón

La existencia de responsabilidad del municipio todavía hoy en día se encuentra influenciada por la doctrina de la inmunidad de la Corona (“*King can do no wrong*”) debiendo precisarse, sin embargo, que en las Administraciones más cercanas a los ciudadanos, como son los municipios, ya a principios del siglo XX se abogaba por la existencia de teorías contrarias a dicha premisa de inmunidad de la Administración⁵³⁰ y áreas en las que la misma no resultaba aplicable. Una de ellas era la doctrina consolidada en los países de la Common Law denominada “*respondeat superior*” la cual puede ser interpretada en el sentido de que los superiores responden de los actos de los dependientes de ellos que causan un daño a terceros. La misma, sin embargo, no es exportable a la responsabilidad del contratista, de tal manera que, en la mayoría de los países Common Law, el contratante de una obra no es responsable de los actos del contratista que ejecuta las mismas. Por regla general se considera que quien encarga la realización de una obra a un contratista independiente no puede ser considerado directamente o indirectamente responsable de los actos negligentes cometidos por aquel. Señalado lo cual, puede haber varias excepciones a la regla. Así, la parte contratante puede ser declarada responsable por “*culpa in eligendo*” cuando, debido a la falta de ejercicio del deber de cuidado, ha seleccionado a un contratista claramente inadecuado para la ejecución de un contrato y a resultas de ello, un tercero resulta dañado. En idéntico sentido, el contratante incurre en responsabilidad, si ha encargado a un contratista tareas que por su propia naturaleza no podía delegar así como en el supuesto de daños causados como consecuencia de órdenes impartidas negligentemente por el contratante⁵³¹. Esta doctrina denominada del “*independent contractor*” (“contratista independiente”) tomó forma en la mitad del siglo XIX en

⁵³⁰ HEPBURN M. W. “Liability of the Municipal Corporation for the Negligent Acts of the Independent Street Contractor” *Notre Dame Law Review*. Volume 6, Issue 1, Article 5, 11-1-1930, pp 36 y ss. (Traducción libre).

⁵³¹ Resulta cuando menos reseñable que esta premisa guarda cierta similitud con la previsión de la actual Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 que determina también la responsabilidad del contratista por los daños causados a terceros salvo que obedezcan a una orden de la Administración o a vicios y defectos del proyecto elaborado por la misma, (artículo 196 de la LCSP 9/2017).

EEUU, y venía a señalar que el propietario de un terreno o finca no podía ser responsable de la negligencia de los contratistas independientes y de sus empleados.

Esta doctrina, permaneció latente durante mucho tiempo trascendiendo a la responsabilidad del municipio cuando actuaba a través de contratistas privados, quedando establecida la idea de la inmunidad de aquel respecto de los actos cometidos por el contratista independiente⁵³², salvo en determinados casos, como el supuesto de que la orden dada para la ejecución del contrato fuera contraria a la Ley, o si el encargo no puede cumplirse sin causar daño a un tercero, supuesto en que la responsabilidad recaería sobre el contratante. Así, en el asunto “*Sciolaro v. Asch*”⁵³³ se consideró que el propietario era el responsable de la causación de daños a un tercero ocasionados por la defectuosa instalación de un ascensor en un edificio, pese a que había sido realizado por un contratista independiente, bajo la premisa de que el propietario del edificio debe supervisar que el mismo mantiene condiciones adecuadas de seguridad en sus accesos. Consideró, la sentencia en aplicación de la teoría “*respondeat superior*” bajo la cual resolvió el caso, que ello “*es un deber personal del apelante que no se puede delegar (...)*”.

Aplicando esta doctrina en el asunto “*Curtis v. Kiley*”⁵³⁴, se declaró la responsabilidad del municipio por la defectuosa ejecución de la obra de una calle realizada por un contratista independiente. En este asunto, una persona se cayó en un socavón en la calle, durante la ejecución de las obras de acondicionamiento de la vía, declarándose al municipio que había ordenado las mismas, responsable de los daños causados, en base al control que éste había de tener sobre su propiedad, por no haber supervisado adecuadamente la obra, evitando que la misma resultase en un estado más peligroso que el que tenía previamente. Consideraba el tribunal que el deber de supervisión municipal sobre la ejecución de la obra del contratista, no era algo en sí mismo delegable. La doctrina evolucionó a la teoría del “*respondeat superior*”

⁵³² “*Meecham v. Agency*” (1899) 595.

⁵³³ 198 N. Y. 77 (1910). “*As to all persons having business in the building the law imposed on the owner the duty of seeing that the premises were in reasonably safe condition for access and ingress (...) This was a personal duty which the appellant could not delegate (...) The master, the innkeeper, and the landlord assume certain duties that can only be delegated subject to the legal responsibility which inheres in the primary obligation*”. (Traducción libre).

⁵³⁴ 153 Mass. 123 (1891).

conforme a la cual “(...) *La ciudad debe al demandante un original, independiente y primario deber de mantener las calles en una condición razonable de uso*”⁵³⁵.

En la actualidad, en el sistema del Common law, en general la cuestión de la responsabilidad del contratista derivadas de la ejecución de una obra pública prácticamente no plantea problemas en cuanto a una eventual responsabilidad del municipio, en base no sólo a dicha doctrina del “*independent contractor*”, sino también, a mayor abundamiento, a que la responsabilidad, con carácter general, no es objetiva sino que atiende al criterio de culpa o negligencia en la causación del daño.

Por ello, de los daños causados será personalmente responsable el propio contratista quien asumirá el riesgo derivado del contrato. En dicho sentido, si aquel causa un daño a terceros durante la ejecución de éste, responderá personalmente del mismo, quedando eximida la Administración municipal. Además, en la mayoría de los Estados para poder contratar con la Administración se exige que los contratistas dispongan de un seguro de responsabilidad civil en el cual se exima a la Administración de responsabilidad respecto de los daños causados a terceros durante la ejecución del contrato.

Paralelamente, puede referirse que los requerimientos de solvencia para poder contratar con la Administración son sustancialmente similares a los del Derecho español, de hecho, por ejemplo en Florida, su Municipal Code⁵³⁶, exige, entre otras cuestiones, estar inscrito en un registro creado a tal efecto para contratistas, tener un número de identificación un seguro de responsabilidad civil, estar al corriente en su obligaciones tributarias, no haber sido separado de otro de contrato anterior, y como requisitos específicos deberá, “(...) *demostrar experiencia exitosa en, al menos, dos obras públicas de similar naturaleza en los últimos cinco años y suficiencia financiera para llevar a buen término el proyecto (...)*”. En parecido sentido se regula en el Estado de Washington⁵³⁷ donde, además de los requerimientos anteriores se exige no haber incumplido la normativa laboral (particularmente respecto de la contratación de aprendices en la obra) y además designar en condición de responsables de las obras a una persona o personas que haya recibido formación en la ejecución de obras públicas.

⁵³⁵ En el asunto “*Roger v. Coffeyville*”, 95 Kan. 171, 147 Pac. 816 (1915), ya se concluía: “*The city owed the plaintiff an original, independent and primary duty to keep its streets in reasonably safe condition for use*”. (Traducción libre).

⁵³⁶ Florida Municipal Code, title 14, Public Works.

⁵³⁷ RCW 29.04.350. “*Bidder responsibility criteria—Sworn statement—Supplemental criteria*”.

Por otro lado, en el Estado de Georgia⁵³⁸, su normativa propia define como contratista responsable “(...aquella persona o entidad que tiene la capacidad en todos sus términos de completar satisfactoriamente y cumplir con los términos del contrato. En diversos aspectos: recursos financieros, laborales, equipamiento, conocimientos técnicos, experiencia en la ejecución de obras similares y con los permisos y autorizaciones necesarias”⁵³⁹.

En el Estado de California⁵⁴⁰ existe además un procedimiento establecido para la reclamación de los daños derivados de la ejecución de obras públicas, tanto con respecto de la Administración (defectuosa o mala ejecución, o demora en la entrega etc.), como en lo relativo a daños causados por la ejecución de un obra pública (daños derivados del trabajo realizado por el contratista) dicho proceso comienza con la interposición de una reclamación previa (“*claim*”) y culmina en caso de desacuerdo la resolución dictada por el organismo público del que se trate, con una mediación o cualquier otro medio de solución alternativa de conflictos no judiciales. Por otro lado, el retraso en la ejecución de una obra pública tradicionalmente siempre dará derecho a la Administración a recuperar, en concepto de indemnización, los daños derivados de la demora, como se concluyó en el asunto “*Gogo v. Los Angeles County Flood Control Dist.*”(1941)⁵⁴¹, donde ya se responsabilizaba a un contratista por el retraso en la ejecución de una obra pública ocasionando por ello un perjuicio a los intereses públicos e incumpliendo las obligaciones suscritas por las partes.

En el Reino Unido la responsabilidad del contratista respecto de los daños causados a terceros se ve afectado por la misma premisa, es decir, la responsabilidad del contratista únicamente concurre cuando medie culpa o negligencia en la causación del daño, aplicándose plenamente la doctrina del “*contratista independiente*”. No obstante, la normativa sobre contratación pública británica, se ha visto afectada por la salida del Reino Unido de la UE, en tanto que, mientras mantuvo su condición de miembro, le eran aplicables las Directivas europeas dictadas en la materia, las últimas

⁵³⁸ Georgia Constitution, Articles 3&6,1 Article, 7, &3, 3.

⁵³⁹ En el asunto “*Harmony Const., Inc v. State Dept. of Transp. (xI)*” 668 A.2d 746 (1995), se determinó la responsabilidad del municipio al excluir a un contratista en una licitación en base a que el único criterio de exclusión había sido que el ofertante más bajo había asumido unos plazos de entrega poco realistas. La decisión de exclusión del mismo, basada en ese criterio, fue considerada arbitraria y caprichosa.

⁵⁴⁰ AB 626 added new Public Contract Code Section 9204.

⁵⁴¹ 45 CA2d 334, 114 P2d 65.

de ellas, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. No obstante, dado que la salida se ha formalizado en fechas relativamente recientes (30 de enero 2020) el Reino Unido todavía se encuentra sumido dentro del proceso de sustitución de la normativa en la materia, proveniente de la UE, previa al Brexit, por normativa británica.

En cualquier caso, al igual que en el resto de países de tradición anglosajona, en el Reino Unido las consecuencias de que un contratista cause daños a terceros se rigen por el Derecho privado, así cuando un contratista rompe unilateralmente el contrato (aunque sea con una Administración Pública), las consecuencias son las mismas que en Derecho privado, esto es, conforme a la normativa inglesa está obligado a compensar a la parte afectada en base al concepto “*liquidated damages*”, indemnización de daños y perjuicios cuya finalidad no es punitiva, sino simplemente de restablecimiento a la parte inocente en la misma situación jurídica que si el contrato no hubiese tenido lugar. En el Derecho británico se establece además una clara diferencia entre la responsabilidad por la ejecución del contrato, de la responsabilidad derivada del incumplimiento del mismo. En este sentido se permite que las partes regulen en el contrato todas las consecuencias del incumplimiento contractual, así como las distintas partidas indemnizatorias y cuantías a abonar por la parte incumplidora en concepto de daños, bajo el concepto de “*liquidated damages*” utilizado también, en no pocas ocasiones, para penalizar los retrasos y la demora en la ejecución de obras públicas⁵⁴².

4. Responsabilidad del contratista en el Derecho Español.

En el Derecho español la ejecución del contrato debe realizarse dentro de los límites marcados por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, auténticas “leyes del contrato”, conforme jurisprudencia de nuestro TS, muestra de la cual son las STS de 1 de diciembre de 2020⁵⁴³ y de 24 de marzo de 2021⁵⁴⁴ disponiendo esta última que: “*Es jurisprudencia que los pliegos constituyen la ley del contrato: rigen la vida de la relación contractual (...). El artículo 145.1 de*

⁵⁴² Así se concluyó en el asunto “*Triple Point Technology, Inc v. PTT Public Company Ltd*” [2021] UKSC 29.

⁵⁴³ RJ 2020, 4753.

⁵⁴⁴ RJ 2021, 1372.

la LCSP 2011 se refiere al PCAP cuya función es fijar los pactos y condiciones que definen las prestaciones a que se obligan las partes según el contrato y la normativa aplicable". Así los pliegos de contratación deben detallar claramente cuáles son las obligaciones de las partes en todas las fases del mismo, y precisamente durante la ejecución del contrato para alcanzar el fin público de este, y en evitación de futuros problemas derivados de su interpretación, tal y como refiere la profesora FUERTES LÓPEZ⁵⁴⁵, que señala que han de entenderse como un medio necesario para evitar futuros conflictos sobre la modificación de las obligaciones contractuales de las partes en el marco de la ejecución del contrato. Por otro lado, y con independencia de los deberes configurados en las citadas cláusulas que regulan la contratación, también resulta necesaria una correcta supervisión administrativa sobre la actuación del contratista, así, refiere el profesor MUÑOZ MACHADO⁵⁴⁶ el cual puntualiza que, la normativa contractual pública exige que la Administración ejercite su deber general de supervisión del cumplimiento por el contratista de los términos del contrato, no conteniendo sin embargo, un deber específico encomendado a la Administración de seguimiento de toda la actividad del contratista que comporte verificar las opciones que sigue y controlar la totalidad de las decisiones que adopte.

En este sentido, en el marco de los derechos y obligaciones de las partes recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, dispone el art. 197 de la LCSP que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, puntualizando el art. 196, la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo que provengan de vicios y defectos en el proyecto elaborado por la Administración u obedezca a órdenes de la misma, en términos análogos a sus predecesores, el art. 198 de la Ley 30/2007, art 97 del

⁵⁴⁵ FUERTES LÓPEZ, M.: "Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las administraciones públicas". *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2000, p.p 37 a 40. Refiere la autora que: "No debe olvidarse también que cada vez es más frecuente en la práctica contractual especificar y detallar matizaciones a las tradicionales obligaciones en el texto del contrato, en virtud de la libertad de que gozan los contratantes y así no sería obstáculo para la Administración incorporar en las cláusulas contractuales las consideraciones que se estimen convenientes para alcanzar el fin público que toda actuación administrativa persigue. Una atenta precisión en la redacción de las cláusulas puede ahorrar futuros conflictos sobre la modificación de las obligaciones. Y las dudas sobre la interpretación de estas cláusulas, siempre serán decididas por los jueces ante las argumentaciones que se presenten en los recursos pertinentes, porque el reconocimiento de la prerrogativa de la interpretación del contrato ha perdido gran parte de su pristina tensión".

⁵⁴⁶ MUÑOZ MACHADO, S. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios de responsabilidad)* Editorial Civitas, 1998, p.134.

TRLCAP, y el art. 214 del RDL CSP 3/2011, de 14 de noviembre. Ciertamente, esta regulación no era afortunada, tal señaló la profesora CUETO PEREZ⁵⁴⁷, pues se apartó de la regulación fijada en la LEF, previendo en dicho sentido, una responsabilidad del contratista distinta de la responsabilidad de la Administración. Dicho artículo 196, establece en su apartado 3: *“Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”*.

Por tanto, las posibilidades que se abren al perjudicado cuando el daño ha sido producido por un contratista de la Administración son las siguientes:

- a) Formular un requerimiento previo a la administración contratante: Este requerimiento previo al que se refería el artículo 97.3 del TRLCAP, ahora su equivalente en la Ley de Contratos del Sector Público, art. 196 Ley 9/2017, es potestativo y no preceptivo para el perjudicado, de manera que el órgano de contratación, cuando se pronuncie sobre el requerimiento formulado, solamente puede hacerlo respecto a cuál de las partes contratantes puede ser responsable, sin determinar, al contrario de lo que ocurría con la legislación anterior, la procedencia de la indemnización reclamada, ni tampoco su cuantía.
- b) Demandar directamente al contratista o concesionario ante la jurisdicción civil y conforme a los preceptos relativos a la responsabilidad extracontractual art. 1902 y ss CC.
- c) Interponer recurso contencioso administrativo, previa la reclamación ante la Administración, dirigida bien exclusivamente frente a la misma por responsabilidad patrimonial, o bien formular directamente su

⁵⁴⁷ CUETO PÉREZ, M: *“Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada de servicios sanitarios. Incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el modelo actual.”* Dialnet, Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016 | ESTUDIOS. Refiere la autora que: *“En cuanto a la regulación que de la responsabilidad del contratista contenida en la normativa sobre contratación pública hay que señalar que ésta tampoco ha sido excesivamente afortunada, por las cuestiones que ahora comentaremos Tanto la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos LCAP86, como posteriormente el Texto Refundido del año 2000, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 16 de junio, se separaron de la regulación fijada en la LEF, apuntando hacia una responsabilidad del contratista diferenciada de la responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

demanda tanto frente a aquella como a su concesionaria, teniendo en cuenta que la posibilidad de que en la jurisdicción contencioso administrativa es posible dictar una sentencia condenatoria exclusivamente contra un contratista o concesionario, con la finalidad de evitar el “peregrinaje jurisdiccional” a los administrados conforme doctrina jurisprudencial de nuestro TS, valga por todas la STS de 21 de noviembre de 2007⁵⁴⁸.

En este sentido, el Consejo de Estado en el Dictamen de 16 de enero de 2003⁵⁴⁹, señala que *“no cabe entender que el artículo 97.3TRLCAP tiene la virtualidad de privar a los particulares de una garantía constitucional (artículo 106.2 CE) como es la de exigir directamente a la Administración titular de la obra o del servicio causante del daño la responsabilidad correspondiente, aunque haya un contratista interpuesto (...) Y este título de imputación, basado exclusivamente en la relación de causalidad, no se descarta por el hecho de que exista un contratista interpuesto para la ejecución de la obra o para la prestación del servicio por lo que, en tales casos, si se acuerda indemnizar a la parte reclamante, su abono deberá realizarlo la propia Administración, sin perjuicio de que la misma ejerza, en su caso, la acción de regreso frente a la empresa contratista”* .

El procedimiento en vía administrativa al que reconduce el art. 32.9 de la LRJSP⁵⁵⁰ (que constituye la primera regulación de los concesionarios y contratistas, tras la primera regulación en la LEF) se incoa mediante el requerimiento formulado por la víctima dentro del año desde la producción del daño, dirigido al órgano de contratación para que este, una vez oído al contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad. Hay que tener en cuenta sin embargo, que con frecuencia, este deber de resolver se incumple, generando un silencio administrativo negativo y un ulterior recurso contencioso-administrativo en

⁵⁴⁸ RJ 2007\8464.

⁵⁴⁹ Dictamen núm. 3.754/2002.

⁵⁵⁰ Dispone el citado artículo: *“Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

el que la Administración es la única demandada y, como consecuencia, obligada a indemnizar en muchos casos. En caso contrario, es decir si hay un pronunciamiento de la Administración, sobre a quién corresponde la responsabilidad, será en ese momento, cuando el interesado podrá escoger entre plantear su acción ante la misma, por vía de responsabilidad patrimonial, o acudir directamente a la jurisdicción civil, a través del artículo 1.902 de Código Civil.

No obstante lo cual, considerando la vis atractiva de la jurisdicción contencioso-administrativa habiendo querido la modificación de la LJCA dejar sentada la cuestión, lo cierto es que el artículo 2.e) de la misma atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de *“la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”*, añadiendo la disposición adicional decimocuarta de la LO. 19/2003, de 23 de diciembre, un nuevo párrafo: *«aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad»* con independencia de ello, el artículo 21 puntualiza la condición de codemandadas de las compañías aseguradoras conjuntamente con la Administración a quien aseguren. En palabras del profesor SOSA WAGNER⁵⁵¹ *“(...) ello implica que la jurisdicción civil o social deben abstener de intervenir en estos asuntos aun cuando en la intervención del daño concurren sujetos privados.”* Cómo señala el profesor, el Consejo de Estado y el propio TS han defendido el deber de la Administración de resarcir a los particulares de los daños causados por concesionarios (o contratistas) sin perjuicio, evidentemente, de la posibilidad de ejercicio de la acción de regreso.

Con independencia de ello, en el supuesto del daño causado por sociedades mercantiles que aunque participadas por capital público se regulen por el derecho privado, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS, el Auto 16/2013 del TS de 28 de junio⁵⁵² refiere al enjuiciar la demanda planteada por un ciudadano contra una UTE que durante la ejecución defectuosa de una obra provocó grietas en la vivienda del demandante, lo siguiente: *“(...) La Sala Especial de Conflictos de Competencias (...), tiene manifestado que cuando la acción se plantea exclusivamente*

⁵⁵¹ SOSA WAGNER, F, *“La gestión de los servicios públicos locales”* Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Editorial Aranzadi S.A.U. Enero, 2007.

⁵⁵² JUR 2013\296398.

frente a sociedades mercantiles, que pese a gestionar un servicio y estar participadas por capital público, se rigen por el Derecho privado y no ejercen potestades públicas, sin que les convenga la calificación de Administraciones Públicas a la luz de lo dispuesto en el art. 2 Ley 30/1992 y 1.2 LRJCA, la competencia corresponde a los tribunales del orden civil que con arreglo al art. 9.2 LOPJ, conocen, además de las materias que les son propias de todas aquellas “que no estén expresamente atribuidas a otro orden jurisdiccional”.

El procedimiento a seguir por la Administración para declarar la responsabilidad del contratista ha sido objeto de diferentes interpretaciones y modificaciones doctrinales, tal y como refleja la sentencia del TSJ de Madrid, de 1 abril de 2015⁵⁵³, que señalaba las dos líneas doctrinales a seguir en cuanto al procedimiento que debe adoptar la Administración, para reclamar los daños causados por contratistas, primando finalmente la señalada la misma en el siguiente sentido: *“En materia de atribución de responsabilidad por daños causados por contratista de la Administración Pública, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010 , con cita de las de 20 de febrero de 2004 , 24 de mayo y 16 de octubre de 2007 , (...) recoge la doctrina (...) en el sentido de que, habiendo convivido anteriormente dos líneas Jurisprudenciales sobre la responsabilidad de la Administración (...) finalmente se había impuesto la tesis de que, efectuada la reclamación a la Administración, ésta debía declarar bien su propia responsabilidad, cuando el daño se hubiera derivado de una orden administrativa o de vicios del proyecto, bien la responsabilidad del contratista, cuando los daños y perjuicios causados a terceros hubieran sido consecuencia de la ejecución del contrato (...) exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa de aquél (...)”.* Es preciso además, puntualizar la existencia de circunstancias que, o bien eximen o moderan la responsabilidad al contratista, recogidas en el artículo 197 LCSP, como serían la obediencia a la orden de una dirección de obras, o vicios en el proyecto elaborado por la Administración, que excluirían la obligación de indemnizar, tal y como se resolvió en este asunto por el TSJ de Cataluña, en su sentencia de 27 septiembre de 2014⁵⁵⁴: *“(...) Tras lo expuesto en el fundamento anterior, respecto a la ubicación de la caseta de vigilancia, se observa que existieron vicios del proyecto (...) Por todo ello este Tribunal aprecia*

⁵⁵³ JUR 2015\136905.

⁵⁵⁴ RJCA 2014\372.

que ha concurrido un funcionamiento negligente de la Administración en concurrencia con la actividad del contratista de la obra que ha generado un daño antijurídico e indemnizable”.

Por otro lado, otra problemática se plantea cuando la Administración incumple su deber de resolver en el curso de un procedimiento de responsabilidad contractual, concluyendo la doctrina judicial, en una línea jurisprudencial mantenida que, en este caso, le corresponde a ella la obligación de indemnizar al ciudadano por los daños causados por la contratista, como muestra la STS de 30 de marzo de 2009⁵⁵⁵: *“Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia”.* En esta tesitura no resulta admisible que la Administración cambie de estrategia en el ulterior proceso contencioso e intente imputar la responsabilidad a la contratista, pues iría contra “su anterior voluntad, tácitamente expresada”. En la misma línea se pronuncian ulteriores sentencias como la STS de 20 de marzo de 2012⁵⁵⁶ y de los TSJ, como la sentencia del TSJ de Castilla y León⁵⁵⁷ de 5 de febrero de 2021, en el siguiente sentido: *“(…) La normativa contractual exige que la Administración se pronuncie expresamente acerca de a quién le es imputable la responsabilidad y por tanto cuál es la acción que corresponde ejercer al afectado, por lo que no cabe apreciar ahora que la Administración, en vía judicial, pretenda desviar la responsabilidad a la concesionaria cuando, presentada la reclamación por el particular, se abstuvo de su deber de resolución expresa (...)”.*

En cualquier caso, conviene insistir, en similitud con los restantes procedimientos de responsabilidad patrimonial, que una adecuada acreditación del nexo causal entre el daño producido y la acción u omisión del contratista causante de un daño a un tercero es fundamental para justificar la derivación de la responsabilidad

⁵⁵⁵ RJ 2009\2528.

⁵⁵⁶ RJ 2012\4570.

⁵⁵⁷ JUR 2021\112685.

administrativa en aquel, como puntualiza la STS de 28 de septiembre de 2020: “(...) Se sigue exigiendo dicha relación de causalidad, entre el daño y la prestación del servicio, se ha de estar en condiciones de considerar que existe una responsabilidad tanto de la Administración demandada, como del concesionario, cuando entre la conducta de ambos y el daño exista una relación de causalidad, una conexión de causa y efecto, ya que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenas a la organización o a la actividad administrativa, pues la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de otros sujetos o que no guardan relación alguna con el servicio”.

VIII. CONCLUSIONES

I. A la luz de lo expuesto, observamos que en los últimos tiempos y, en buena medida, a consecuencia de la globalización resulta claramente apreciable la influencia del sistema jurídico del Common Law en el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de los municipios en España, existiendo similitudes evidentes en la determinación del nexo causal y en el elenco de circunstancias susceptibles de influir en el mismo que avalan esta posición. Sin embargo, debe precisarse que la responsabilidad de los municipios en el ordenamiento anglosajón, parte de un origen distinto, como es el propio concepto de inmunidad de la Administración (*immunity*) a las demandas de daños interpuestas por los particulares, impregnado además en el tradicional principio “*King can do not wrong*”, el cual fue determinante de la concepción de la teoría de la “*local immunity*” en el ordenamiento del Common Law el cual en sus comienzos entendió que, precisamente la condena de un municipio a abonar cuantiosas indemnizaciones a un particular al que se le había causado un daño, era perjudicial para el común de los vecinos dado que éstos finalmente, se verían obligados con sus impuestos a hacer frente a las consecuencias económicas de dicha indemnización. Esta peculiar concepción de la responsabilidad de la Administración y por ende, del municipio perduró hasta nuestros días, y ha sido importado al resto de países de tradición anglosajona, bajo la propia concepción de la inmunidad de la Corona británica (v. asunto “*Russell v. Men of Devon*”) cuyo planteamiento original fue que la misma no debía afrontar las consecuencias de las indemnizaciones de las demandas planteadas en materia de daños, en tanto que aquellas se entendían

interpuestas contra todos los vecinos del municipio. De este modo, cualquier reconocimiento de una indemnización en dicho ámbito, abocaría a que fuese la comunidad en su conjunto la que tuviera que abordar sus consecuencias con el dinero recaudado a través de los impuestos. El principio de solidaridad social no fue tenido en cuenta en estos primeros momentos.

Esta doctrina difundida al resto de países del Common Law, implicó que en Estados Unidos hasta mediados del siglo veinte, la inmunidad del municipio evitara que los fondos públicos fueran empleados en abonar millonarias indemnizaciones en materia de daños. Es a mediados del siglo XIX, a raíz del asunto "*Bailey v. City of New York*" (1842), cuando empezó a apreciarse un cambio de tendencia doctrinal, de manera que se limitó únicamente la inmunidad a los "*actos políticos o de gobierno*" ("*governmental or ministerial acts*"), sometiendo, sin embargo, a responsabilidad los "*actos reglados*" dictados por la Administración. La concepción de la inmunidad de la Administración y por ende del municipio, se ha ido restringiendo, con el tiempo, de manera que, en 1971 quince tribunales, de diferentes estados habían dado un vuelco a la inmunidad municipal en la mayor parte de las circunstancias. Así, en el importante asunto "*Monell v. New York City Department of Social Services*" (1978) la Corte Suprema sostuvo que los gobiernos municipales eran "personas", entendidas como sujetos de responsabilidad directa bajo la norma 42 U.S.C. & 1983. Esa "inmunidad" de los actos discrecionales del control jurisdiccional también es apreciable en el sistema jurídico español en la medida en que son dichos actos los que mayor facilidad tienen para escapar del control de la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta manera, se observa la tradicional distinción entre los actos reglados y discrecionales de las Administraciones Públicas en el Derecho español, existiendo apreciables coincidencias con la diferenciación existente por el mismo motivo entre los actos ministeriales o gubernamentales y los actos discrecionales ("*governmental acts*" y "*discretionary acts*") del Derecho anglosajón. En este sentido, existen en el ordenamiento jurídico español y consecuencia de la evolución doctrinal y jurisprudencial mencionada, dos supuestos de control de la actividad discrecional de la Administración: "*El de la inobservancia de los elementos reglados del acto y el de error ostensible o manifiesto*". En conclusión, vemos cómo en uno y otro sistema jurídico, en la mayoría de los casos, los actos discrecionales de la Administración

siguen eludiendo el control jurisdiccional, pero pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial.

No obstante, es necesario precisar una diferencia fundamental derivada de los propios orígenes antes expuestos, del Derecho español respecto del Derecho anglosajón, pues el concepto de inmunidad, sobre el cual aquel fundamenta la tesis de la responsabilidad, sin duda debe contraponerse con el principio de la solidaridad que inspira el Derecho español en materia de daños, influenciado por la concepción de la responsabilidad objetiva de la Administración de manera que, si del funcionamiento de los servicios públicos se deriva un daño a un particular, es la colectividad la que debe contribuir a paliar el mismo, sin que ello implique, que estemos ante una responsabilidad universal o un sistema providencialista.

II. Esta Tesis ha intentado demostrar cómo en ambos sistemas jurídicos existen términos de comparación muy similares a la hora de determinar el nexo causal y de valorar las circunstancias susceptibles de influir en el mismo. Así en primer lugar, debemos mencionar el principio de “*contributory negligence*” o negligencia contributiva y su equivalente en el ordenamiento jurídico español, la “*compensación de culpas*”.

En el sistema jurídico del Common Law al igual que en el Derecho español, tiene especial transcendencia en el nexo causal la intervención de la víctima en la causación del daño, doctrina que tuvo su origen en el ordenamiento jurídico británico, a raíz del asunto denominado “*Butterfield v. Forrester*” (1809), que devino en la modulación de la responsabilidad del causante del daño cuando la víctima había intervenido en alguna manera en la producción del mismo. En una primera aplicación estricta de esta doctrina, se estimó que si aquella había contribuido a la producción del daño no tendría derecho a la indemnización. Posteriormente, ulteriores decisiones judiciales y normativas (“*Law Reform, Contributory Negligence Act 1945*”) en el Reino Unido derivaron en la evolución a la concepción actual de la “negligencia contributiva”, en la que la responsabilidad por daños causados se distribuye de una manera justa y equitativa atendiendo a la intervención de cada parte en la producción del daño. Paralelamente, esta regla denominada “*comparative negligence*” también se aplicó en los EEUU, de manera que, en aproximadamente en 35 estados norteamericanos, se adoptó una regla modificada de la “*comparative negligence*”

denominada en su lugar, “*modified comparative negligence*”. Aplicando este criterio de modulación de responsabilidad, el demandante puede perder su derecho a obtener una compensación, si su intervención en la producción del daño es superior al 50%. Existen otros Estados que, directamente, niegan el derecho a la indemnización si la víctima intervino de cualquier manera en la causación del daño (aplicando la regla de la negligencia contributiva de forma estricta).

Esta doctrina, quizás por influencia del ordenamiento jurídico anglosajón, es asumida de forma natural en nuestro derecho de daños por la doctrina judicial imperante así, la jurisprudencia de nuestro TS asume la “*conurrencia de culpas*” entre la víctima y la Administración, como un supuesto, bien de exclusión de responsabilidad administrativa, o bien, de moderación de la misma, conllevando en este caso al reducción de la cuantía de la indemnizatoria en función de la intervención de la víctima o un tercero en la producción del daño.

Puede por tanto concluirse que, tradicionalmente, tanto el sistema del Common Law como el moderno Derecho español de daños, probablemente por influjo de aquél, y ambos producto de evolución de la doctrina reflejada en la jurisprudencia, en lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, adoptan el criterio de compensación de culpas entre la víctima y la Administración en el supuesto de que cupiera apreciar que la negligencia de la primera ha contribuido en alguna medida a la causación del daño, como un supuesto de moderación de la responsabilidad administrativa, y paralelamente, del quantum indemnizatorio.

III. Necesidad de reclamar en primer lugar frente a la Administración, “*notice of claim*” vs. “reclamación previa”.

Otro punto en común en ambos sistemas jurídicos es la forma de inicio del procedimiento, de hecho, en los dos se concede a la Administración la oportunidad de pronunciarse antes que el asunto llegue a los tribunales de justicia. En el ordenamiento jurídico español el agotamiento la vía administrativa previa, para poder reclamar daños ante los tribunales deviene en un requisito esencial, determinando la ausencia del mismo, la inadmisibilidad de la demanda que pudiera presentarse, conforme lo dispuesto en el art. 69 de la LJCA. El contenido de la reclamación previa en nuestro ordenamiento jurídico se determina en el art. 61.4 de la LPACP, debiendo detallarse en la misma las lesiones sufridas y su valoración económica, así como la relación de

causalidad entre aquellas y el funcionamiento del servicio público que ha producido el daño. Así, resulta apreciable la similitud, no sólo en el necesario planteamiento previo de la reclamación ante el municipio, sino también, en el contenido de aquella, respecto con el de la “*notice of claim*”, punto de partida de toda reclamación de daños a los entes locales en muchas normativas del Common Law. En este sentido, por ejemplo, la normativa de Canadá “Municipal Act 2001” exige que la reclamación se realice en los formularios oficiales establecidos al efecto, resultando procedente aportar toda la información posible con respecto a los hechos (detalles del daño, localización, fotos, y cualquier factura acreditativa de los gastos en que se ha incurrido), en idéntico sentido que en el Derecho español. En la misma línea, en el Reino Unido, resulta necesario dar a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad administrativa, canalizándose esta reclamación a través de la figura denominada “*claim*” o “*notice of claim*”, recogida como requisito formal a cumplimentar ante una reclamación por daños, en la sección 286 del Acta de Gobierno Local Británica, (*Local Government Pursuant to section 286 of the Local Government Act*).

IV. Nexo causal. Con independencia de que el sistema del Common Law en materia de daños se fundamente sobre la base del principio de la culpa o negligencia como criterio de imputación de la responsabilidad, lo cierto es que en el mismo también resultan de aplicación principios básicos, que en determinados supuestos, derivan en la existencia de una responsabilidad objetiva, tal es el denominado “*res ipsa loquitur*” o “*los hechos hablan por sí mismos*”, de manera que, si concurriesen unas determinadas circunstancias que evidencian responsabilidad en la causación de un daño, a partir de ellas, pueden los jueces inferir la existencia de negligencia por parte del demandado, aunque no existan pruebas directas de que la misma exista. Por ello, invocada por el demandante la regla “*res ipsa loquitur*”, y una vez que se cumplen los requisitos necesarios para su aplicación, el juez está en disposición de declarar que la negligencia del demandando existió, y fijar la indemnización que éste tiene que abonar. Esta institución es la asimilable a la “responsabilidad objetiva” en materia de responsabilidad patrimonial administrativa en el Derecho español, y a las tradicionales presunciones que, tienen determinados hechos o documentos, emitidos por funcionarios con condición de autoridad, como son los informes de la policía, dotados de presunción de veracidad “*iuris tantum*”, y en consecuencia, susceptibles

de ser impugnados y su validez atacada por los medios probatorios admitidos en Derecho.

Dentro del nexo causal es fundamental determinar qué supuestos eximen de responsabilidad a la Administración, es por ello una regla fundamental en Derecho anglosajón el “*deber de advertir el riesgo*” denominado “*duty to warn*”, en el supuesto de deficiencias en las vías públicas, de esta manera, si el ente público no había sido advertido previamente de la existencia de una deficiencia de la calzada susceptible de producir un daño, no estará sujeto a responsabilidad, siempre y cuando se hayan respetado los estándares del servicio relativos al mantenimiento de la misma, así, la única excepción en este caso lo supondría que el defecto sea tal entidad o que haya permanecido durante tanto tiempo en dicha vía, que se considere que la Administración tendría que haberlo advertido, siendo considerada dicha omisión en sí misma generadora de responsabilidad. En idéntico sentido ocurriría en el ordenamiento jurídico español, lo que evidencia una similitud entre ambos sistemas jurídicos, y una nueva influencia del Common Law en la materia, que se concreta en la existencia de principios fundamentales para determinar el nexo causal, y en su caso para moderar la responsabilidad administrativa, tales como los principios “*duty to warn*” (“deber de advertir el riesgo”), “*duty of care*” (“deber de cuidado”) y el principio “*standard of care*” (“estándar mínimo de diligencia exigible”) y otros como el “*contributory negligence*” o la “intervención de la víctima en la causación del daño”.

En este sentido, el principio “*duty of care*” o deber de cuidado exigible a las Administraciones públicas, es ilustrativo del propio estándar de funcionamiento del servicio, cuya vulneración genera responsabilidad en ambos sistemas jurídicos. El estándar requerido en el deber de cuidado opera, y es exigible, en todas las áreas de la actividad administrativa, y sobre todo en aquellas que implican relación directa con los ciudadanos, muestra del cual es la sentencia dictada en el caso “*Williams v. Canada*” (Attorney General), sumamente interesante por su aproximación a los acontecimientos que rodean la pandemia mundial Covid 19. El objeto del procedimiento se refería al tratamiento que diversas administraciones canadienses dieron a un brote de SARS que se había producido en Toronto y Ontario entre los años 2001 y 2003, con fundamento al cual se planteó una demanda colectiva (“*class*

action”) contra el municipio de Toronto, el Gobierno de Ontario en Canadá, y el Estado de Canadá, en representación de las personas y sus familias que contrajeron el SARS durante el brote epidémico acaecido en Toronto. La demanda se fundamentaba en la negligencia del municipio de Toronto al coordinar o integrar su respuesta al SARS durante el brote de casos epidémicos en el año 2003, vulnerando el principio “*duty of care*” por la falta de adopción de las medidas necesarias para prevenir el riesgo que había sido advertido por la OMS. La demanda fue, no obstante, desestimada bajo el fundamento de que los recurrentes habían fallado en reunir el material probatorio suficiente para sustentar la causa, pero es ilustrativa, considerando la existencia de diferentes demandas planteadas contra diferentes Administraciones Públicas españolas como consecuencia de la ausencia de adopción de medidas preventivas necesarias respecto al personal sanitario en diferentes comunidades autónomas, en relación a la expansión de la pandemia Covid 19 en España. Ello ilustra que dichos principios “*duty to warn*” y “*duty to care*” están totalmente vigentes, informan nuestro Derecho y son diariamente aplicados en el ámbito de la responsabilidad patrimonial administrativa española.

V. Respecto a los criterios de exoneración de responsabilidad administrativa, de nuevo encontramos planteamientos coincidentes. Resulta evidente que el criterio de respeto al “estándar del servicio” de la Administración, configurado jurisprudencialmente en nuestro Derecho español, proviene del influjo del sistema jurídico del Common Law, donde, históricamente, siempre han sido tenidos en cuenta dichos estándares del servicio como elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial administrativa. Los tribunales españoles también establecen el criterio de respeto a los estándares del servicio a la hora de determinar cuándo puede exigirse responsabilidad administrativa ante una caída o accidente sufrido por un ciudadano en una vía pública ocasionada por una deficiencia de la misma. En parecido sentido a lo resuelto por la doctrina de los tribunales españoles, también una deficiencia en el pavimento, evidente y visible para un ciudadano medio, denominada “*open and obvious*” y susceptible de evitarse al transitar por la calle, es utilizada en muchos tribunales anglosajones como criterio para eximir o moderar la responsabilidad del municipio, por no haber utilizado la víctima la diligencia mínima exigible al caminar por la citada vía, como, a modo ilustrativo, resolvió la Corte de Apelaciones de Washington en el asunto “*Millson v. City of Lynden*”.

En este sentido, la obligación de respetar los estándares de funcionamiento viene definida plenamente en la doctrina judicial referida en esta Tesis, la cual ratifica que los deberes de mantenimiento y conservación de las carreteras y caminos corresponden a la Administración titular de la vía, incluyendo entre sus obligaciones una adecuada planificación de dichas tareas encuadradas dentro de los correspondientes estándares de servicio. El cumplimiento de los mismos por la Administración resulta obligado en el Derecho español, pero también respecto de los entes públicos en el sistema del Common Law, donde son considerados auténticos moduladores de la responsabilidad administrativa. Es muy habitual la utilización de este concepto en el Derecho canadiense donde asuntos como el denominado, "*Montani v. Matthews*", dieron lugar a un incremento constante de la preocupación de los municipios sobre su propia responsabilidad en la adopción de medidas preventivas de los accidentes de circulación, sobre todo en el caso de carreteras nevadas. De esta manera en Ontario, Canadá, se realizaron varias modificaciones de la normativa "*Minimum Maintenance Standards for Municipal Highways*" para articular diferentes defensas jurídicas por el municipio, la más crucial fue la sección 44 3 c) la cual permitió la creación de unos mínimos estándares de mantenimiento del servicio.

En Australia, supone también causa de exoneración, el cumplimiento del estándar del servicio de carreteras y caminos públicos, cuyos principios se encuentran regulados en el correspondiente "*Road Management Plan*" de cada municipio distrito o área de influencia de una gran autovía o carretera (pej. Road Management Plan of Melbourne). Dicho estándar fija las normas relativas al mantenimiento de la vía, periodicidad de la limpieza, y demás cuestiones relativas a su ámbito de actuación. Por otra parte, en EEUU, un municipio puede ser declarado responsable del daño producido a un particular si se demuestra que no se han respetado los estándares del servicio, que son fijados con carácter específico en cada estado y área de actividad municipal, de esta manera, respecto por ejemplo, a los daños causados por tuberías públicas, se considera responsable al municipio sino ha cumplido con los estándares del servicio reflejados en su obligación de revisar con la periodicidad preestablecida, la red de suministro y saneamiento de aguas, resultando sumamente interesante en esta línea, la doctrina sentada en el asunto "*Gillette Shoe Company, Inc. v. City of New York*" (1983) que señala que "*los estándares del servicio no pueden llegar a tal*

punto de exigencia que se obligue a un municipio a responder por cualquier mínima deficiencia en la red de saneamiento público”; la responsabilidad devendrá únicamente cuando el municipio *“hubiera recibido un requerimiento sobre una posible deficiencia en una específica parte de su red de saneamiento”*.

Siguiendo este criterio, en España no sólo los tribunales de justicia han configurado su propia doctrina sobre los “estándares del servicio” exigibles al funcionamiento de los servicios públicos, sino también las Administraciones han intentado definir y homogenizar el tratamiento de los criterios de calidad y de los estándares de funcionamiento del servicio aplicables, tanto en algún área administrativa, como en el conjunto del funcionamiento de la actividad pública, compilando los mismos, en un único texto, o en varios. Así, progresivamente, se han aprobado normas que intentan homogenizar los estándares de calidad aplicables a los distintos servicios públicos en distintos territorios españoles, valgan por todos el “Plan del Calidad del Ayuntamiento de Alicante”, la “Guía de calidad y mejora en las Administraciones Publicas del Gobierno de Navarra”, así como toda la normativa autonómica que se ha ido aprobando en la materia, citada en el presente trabajo.

VI. Aplicación de otros criterios de exoneración de responsabilidad como la compensación de culpas. Se ha acreditado en esta Tesis que la culpa exclusiva de la víctima, también es una circunstancia moderadora o eximente de la responsabilidad de los municipios en el sistema jurídico del Common Law, en idéntica medida que en el Derecho Español, recogida como tal en el artículo 32 de la Ley RJSP, y admitida en la doctrina judicial imperante. Resulta evidente, en este punto que el sistema jurídico del “Common Law” fue el pionero en valorar la intervención de la víctima en la causación del daño, inaugurando una doctrina que tuvo su origen en la primera mitad del siglo XIX. Así, en una primera aproximación a la misma, se consideraba que si la víctima había contribuido a la producción del daño no tendría derecho a indemnización alguna, tal y como se decidió en el asunto que creó dicha importante tendencia doctrinal, *“Davies, v. Mann, 1842”*. Posteriormente, ulteriores decisiones judiciales y normativas (*“Law Reform; Contributory Negligence Act, 1945”*), en el Reino Unido permitieron modular la aplicación estricta de la doctrina antes mencionada, llegando a la concepción actual en que la responsabilidad por daños se

distribuye de una manera justa y equitativa atendiendo a la participación de cada parte en la producción del mismo.

Esta doctrina fue importada a los Estados Unidos de Norteamérica bajo el nombre “*comparative negligence*” o “*negligencia comparativa*”. Bajo su amparo, en la mayoría de los Estados norteamericanos, el demandante pierde el derecho a obtener una indemnización por el daño causado, si su participación en la producción del daño es superior al cincuenta por ciento, existiendo sin embargo otros Estados (Alabama, Mariland, North Carolina y Virginia) que directamente niegan el derecho a la misma si resulta acreditado que el demandante participó de cualquier manera, aunque sea mínimamente, en la causación de aquel.

Por otra parte, la fuerza mayor también es un criterio eximente de responsabilidad en la mayoría de ordenamientos jurídicos anglosajones. En idéntico sentido, la fuerza mayor es una de las pocas circunstancias recogidas tanto en la C.E. (art. 106.2) como en la LRJSP (art.32), como una excepción del derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas en el supuesto de sufrir un daño consecuencia del funcionamiento del servicio público, pues la mayoría de las restantes causas reconocidas como exonerantes de responsabilidad, son construcciones jurisprudenciales. En este sentido, en el Derecho norteamericano se diferencian claramente los sucesos naturales que eximen de responsabilidad a la Administración (tornados, vientos extraordinarios, inundaciones) de aquellos otros que, pese a tener origen en la naturaleza, se han visto agravados por la intervención humana en el medio ambiente. Así, a la luz de las sentencias judiciales se ha ido paulatinamente incrementando la responsabilidad municipal por los usos del suelo que incrementan la exposición de las personas a los riesgos naturales. Es decir que la responsabilidad municipal en esta materia devendría por una indebida planificación urbanística, que no ha previsto los riesgos en la urbanización de zonas que pueden verse afectadas por determinados tipos de catástrofes naturales tales como inundaciones.

En idéntica línea y, al igual que ocurre en el sistema jurídico español, la responsabilidad también se extiende al supuesto de omisión de las tareas de prevención del riesgo por parte del municipio que propicien una catástrofe natural causante de daños a terceros (el caso más relevante ha sido el resuelto en la STS

dictada en el asunto del “*Camping Las Nieves*” que resolvió las reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas de la riada de 7 de Agosto de 1996 que arrasó el citado camping, ocasionando numerosas víctimas y daños materiales. Esta omisión de las tareas de prevención de riesgos naturales, derivadas de una indebida planificación urbanística en la materia también es una circunstancia generadora de la responsabilidad del municipio en el sistema jurídico del Common Law, como en análogo sentido, resulta de la sentencia dictada en el asunto “*Columbus, Ga. v. Smith*” (1984) de la Corte de Apelaciones del Estado de Georgia, donde resultó acreditada la responsabilidad municipal por la falta de previsión municipal al aprobar un proyecto urbanístico cuyo desarrollo propició las inundaciones en la propiedad del demandante, determinando que el Ayuntamiento de Columbus incurría en responsabilidad derivada de la aprobación de desarrollos urbanísticos que incrementaron las escorrentías de agua y las inundaciones en las propiedades adyacentes, y por ello sobre el municipio recaía el deber de indemnizar a las víctimas por los daños causados. Esa responsabilidad del municipio por un defectuoso planeamiento urbanístico que autorizó asentamientos y urbanizaciones en zonas inundables también resultó examinada por la Corte de Georgia, en el asunto “*City of Lawrenceville v. Heard*” (1990) en el que se declaró al ente local responsable de los daños causados a unos vecinos del municipio por la inundación de sus viviendas durante unas fuertes tormentas. La Corte consideró probado que dichas inundaciones fueron propiciadas por la aprobación de desarrollos urbanísticos en una colina cercana, vulnerando la normativa urbanística en vigor, que alteraron la escorrentía de las aguas, afectando gravemente a las viviendas de los demandantes.

VII. La responsabilidad de funcionarios y autoridades por los daños cometidos en el ejercicio de sus funciones es comúnmente aceptada en los países de tradición anglosajona. En cuanto al régimen aplicable a los países bajo la Common Law, hay que señalar que el sistema responsabilidad administrativa en los países de tradición anglosajona, con carácter general, ha ido evolucionando desde entender una responsabilidad exclusiva del funcionario por los actos cometidos en el ejercicio de su cargo que causen daños a terceros, pasando por una responsabilidad compartida entre el funcionario y el municipio, hasta derivar en determinados casos y en algunos estados norteamericanos, en una responsabilidad exclusiva del municipio (sin perjuicio de que éste repita ulteriormente contra el empleado causante del daño),

precisamente, en idéntico sentido de lo que nuestro ordenamiento jurídico español prevé en este punto a medio del art. 36 de LRJSP.

En EEUU, se mantiene, en la mayoría de los estados, un sistema de responsabilidad civil subsidiaria por culpa o negligencia de los funcionarios agentes de la Administración, sin embargo, en el caso de que el daño haya sido producido por la actuación de un funcionario o autoridad, también podemos hablar de una responsabilidad directa en tanto que, en el supuesto de causación de un daño por un empleado público, se demanda también (aunque no de una manera exclusiva) a la Administración de la que depende éste. En este sentido, por ejemplo, una agencia gubernamental y sus empleados son responsables de los daños causados a particulares siempre que los mismos hayan tenido lugar en el ejercicio de las funciones de su cargo. Esta regla también se aplica en igual medida a los contratistas independientes de una entidad gubernamental. En todo caso, es fundamental que la víctima acredite el nexo causal por el que considera que ha sido la actuación del agente, la autoridad o funcionario en el ejercicio de su cargo, la causante de los daños. La Corte Suprema de Estados Unidos en el asunto "*City of ST. Louis. V. Prapotnik*" (1978) sentó doctrina en la materia, señalando que, cuando una decisión está determinada por la política municipal, será el municipio el responsable de las consecuencias de la misma, pero, cuando la misma no está guiada por criterios políticos sino por un acto del empleado municipal (ajeno a cuestiones políticas), será el funcionario o la autoridad que ha realizado el acto causante del daño, el responsable del mismo. En la misma línea por ejemplo, la normativa del estado de Connecticut (*Connecticut Code, Title 52 Civil Actions, Chapter 901 Damages*) prevé, al igual que las normativas de otros Estados americanos, que las autoridades y empleados municipales tengan inmunidad por acciones que provengan del ejercicio de potestades discrecionales, pero no cuando tienen origen en potestades regladas.

Esta concepción (que no comparten muchos otros Estados americanos, en los cuales la demanda ha de dirigirse principalmente contra la autoridad o funcionario causante del daño), es similar en Connecticut, con la existente en Derecho Español, según la cual la Administración es responsable en todo caso, por mor del art. 36 de la LRJSP, en virtud del cual, los particulares exigirán a la Administración Pública competente las indemnizaciones por los daños causados por las autoridades y personal

a su servicio, preceptuando como una obligación de aquella el que, una vez indemnizado al particular por los daños causados, ejerza acción de regreso contra el funcionario a autoridad que hubiese ocasionado el mismo por dolo, culpa, o negligencia grave.

VIII. Indemnización vs. Damages.

Se entiende por “damages” la cuantía económica reconocida a un demandante como compensación por una pérdida o daño sufrido. Pese a que conceptualmente, y de una interpretación textual pudiera entenderse otra cosa, lo cierto es que el término “damages” en el sistema del Common Law, no se refiere a “daños” propiamente dichos, sino a la indemnización o cantidad económica reconocida a la víctima que ha sufrido un daño causado por la acción de un tercero. La finalidad de los “damages” o indemnización en una demanda de responsabilidad es lograr, al igual que se pretende con nuestra indemnización de daños y perjuicios, el resarcimiento íntegro del perjudicado a través de una cuantía económica obtenida del particular o ente público causante del daño. Aunque en un primer momento pueda pensarse que las indemnizaciones en el ordenamiento anglosajón son de una cuantía mucho mayor que las reconocidas por los tribunales españoles en idénticas circunstancias, lo cierto es que ello no es así cuando se trata de una indemnización a abonar por un ente local pues, precisamente, por el propio concepto de inmunidad del municipio, en la mayoría de los estados norteamericanos existe un límite fijado estatutariamente en cuanto a la cuantía de las mismas que puede ser reconocida en cada caso, bien por siniestro individual o bien reconociendo una cantidad global indemnizable en el supuesto de demandas colectivas. No obstante, en los últimos años, la responsabilidad de las Administraciones locales en materia medioambiental o urbanística en supuestos graves, han puesto de manifiesto la inoperancia de tales limitaciones, al venir reconociendo los tribunales de justicia norteamericanos indemnizaciones que superan con mucho los citados límites, como una medida resarcitoria, a la vez que punitiva, para evitar que exista reincidencia en la causación del daño.

De esta manera, se están reconociendo progresivamente, áreas exentas de inmunidad y así, en casos concretos, se ha establecido que la responsabilidad del municipio, en demandas de daños causadas por un deficiente funcionamiento de un servicio público y la indemnización a reconocer a las víctimas no puede entenderse

limitada, como sucedió en las reclamaciones derivadas del accidente sufrido el 15 de octubre de 2003 por el Ferry a Staten Island, titularidad de la Ciudad de Nueva York (asunto "In re City of New York"). Accidente que causó diez fallecidos y lesionados graves, el cual, resultó acreditado, fue ocasionado tanto por la imprudencia del capitán, como por la falta de previsión del municipio por la omisión y falta de actualización de los protocolos de salvamento exigibles. En cualquier caso, la invocación de la inmunidad del municipio, en este caso concreto, fue rechazada por el tribunal finalizando el asunto con un acuerdo compensatorio, en cuantía sin precedentes, entre la Ciudad de Nueva York y las víctimas, que dio por superada la doctrina de la inmunidad municipal en este Estado para supuestos análogos.

Paralelamente, un nuevo campo de responsabilidad municipal fue surgiendo a partir de la década de los 90 del siglo XX y también a principios del siglo XXI, en el ámbito de la responsabilidad medioambiental, comenzando a interponerse demandas contra municipios norteamericanos por daños físicos o materiales derivados de la contaminación atmosférica o de actividades industriales de titularidad pública. Esta nueva área de responsabilidad motivó que desde las entidades locales se estudiaran medidas para evitar futuras demandas en esta materia, estableciendo actuaciones preventivas de la contaminación, e incluyendo en los contratos de seguro cláusulas específicas de cobertura, frente a eventuales condenas indemnizatorias en dicho sentido. No obstante, ello no evitó el incremento de las cuantías a abonar en concepto de daños y la alteración de naturaleza de la indemnización en materia medioambiental, conceptuándose la intención no sólo resarcitoria de los "damages", sino también la punitiva, con la fijación de inmensas cuantías indemnizatorias en supuestos de daños medioambientales causados por particulares o municipios. El precedente del carácter exorbitante de las indemnizaciones por este concepto, lo encontramos en la Sentencia dictada en el año 2008 por el Tribunal Supremo de los EEUU en el famoso asunto "*Exxon Shipping CO. v. Baker*" motivado por un vertido de petróleo de desastrosas consecuencias en la costa de Alaska en 1989. La sentencia condenatoria dictada por el Alto Tribunal norteamericano, que revisó otra de instancia, responsabilizó a la petrolera Exxon por los gravísimos daños medioambientales causados, obligándola a abonar una indemnización multimillonaria sin precedentes, y paralelamente a reparar el daño causado.

En idéntica línea, las decisiones urbanísticas contrarias a la normativa de protección del patrimonio cultural, también generan responsabilidad del municipio que las adopta, en similar sentido al Derecho español, como resolvió un tribunal canadiense en la sentencia dictada en el asunto "*Petty Harbour-Maddox Cove v. Eastern NF Regional Appeal Board*" en la cual, a raíz de un recurso planteado por un vecino, se anuló la licencia otorgada por un municipio para construir un gran centro comercial en una pequeña localidad, pesquera de casas tradicionales y pintorescas que estaba calificada como "patrimonio cultural" y, en la cual, la implantación de dicha gran superficie comercial causaba gran impacto visual y rompía la armonía con la edificación tradicional del municipio.

En otro sentido, en EEUU cada Administración dispone de autonomía para decidir si quiere disponer del aseguramiento necesario para hacer frente a las indemnizaciones de daños, no obstante, las crecientes indemnizaciones a abonar en estas materias, han hecho reconsiderar la necesidad de contar con seguros de responsabilidad civil para dar cobertura a las mismas, algo que hasta los últimos tiempos, por el propio concepto de inmunidad municipal, y la limitación de las cuantías indemnizatorias a abonar, no se veía necesario en algunas Administraciones. No obstante en EEUU, la doctrina judicial es clara en el sentido de que la ausencia de seguro no impide que el municipio pueda ser declarado responsable de los daños causados a los ciudadanos así, en el asunto "*Cloutier v. Berlin*" (2006), la Corte Suprema de New Hampshire aclaró que la disposición o ausencia de cobertura de seguro por el municipio, no modifica la responsabilidad del mismo, pero sí el importe máximo de los daños económicos "*damages*" que pueden reclamarse al municipio que fuese declarado responsable de los daños causados por el defecto en la autopista. En Canadá, a resultas del caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Ontario, como el de "*Montani v. Matthews*" (1996), existió un incremento constante de la preocupación de los municipios sobre la responsabilidad y el aseguramiento, para hacer frente a las indemnizaciones, pues se comprobó que podían llegar a afrontar importantes indemnizaciones por esta vía. De esta manera, paralelamente a las modificaciones normativas que se realizaron en la regulación los estándares mínimos de mantenimiento de las carreteras municipales (*Minimum Maintenance Standards for Municipal Highways, MMS*) se previó la necesidad de concertar seguros de riesgos que cubrieran aquellos en los que podían incurrir los municipios al causar daños a los

particulares por no respetar los estándares de funcionamiento del servicio previamente definidos en la normativa. La tendencia es idéntica en España, donde prácticamente todos los municipios cuentan con sus propios seguros concertados con compañías aseguradoras del riesgo para, entre otras cuestiones, dar cobertura a las indemnizaciones que puedan reconocerse a los particulares por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por otro lado, los conceptos indemnizables en el sistema del Common Law, son muy numerosos variando en cada jurisdicción, pero si algo hay en común es que, dentro de los daños indemnizables en el ordenamiento anglosajón, podemos encontrar en primer lugar los daños directos, los cuales, para que puedan ser valorados, al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español, deben guardar una relación directa con la acción u omisión del causante del daño, excluyéndose la posibilidad de indemnizar por el daño demasiado remoto (*“too remote”*), es decir el que no guarda una relación inmediata con el perjuicio sufrido

Otro de los conceptos que también tienen transcendencia en la Jurisprudencia española es la *“doctrina de las consecuencias evitables”*, esta doctrina requiere que el demandante que ha sufrido un daño adopte todas las medidas necesarias para minimizar los daños. En caso contrario, la indemnización se verá reducida en proporción a su negligencia. Pese a que esa doctrina también se aplica en nuestro derecho, a través de la figura jurisprudencialmente reconocida de *“intervención de la víctima en la causación del daño”* utilizada como criterio para moderar la responsabilidad administrativa, sin embargo, la categorización de los daños es diferente en el Derecho español, donde distinguimos entre daños patrimoniales y no patrimoniales, diferenciando en el primero entre el daño emergente y lucro cesante, y encuadrando, dentro de la categoría de daños no patrimoniales a los daños morales y a la *“pérdida de oportunidad”*, entendida como aquella circunstancia que, de no haberse producido el daño, hubiera permitido que las cosas acaecieran de una manera diferente (una alternativa de tratamiento, un recurso judicial perdido...). En cualquier caso, la previsión en el ordenamiento jurídico español, al igual que sucede en el sistema jurídico anglosajón, es la de entender el alcance indemnizatorio como una reparación integral del daño que haya sufrido el administrado), cubriendo de esta forma el daño material y el moral.

Por otro lado, los conceptos indemnizables en el sistema jurídico anglosajón, son muy numerosos, variando en cada jurisdicción, pero si algo hay en común es que, dentro de los daños indemnizables podemos encontrar, en primer lugar los daños directos, los cuales, para que puedan ser valorados, al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español, deben guardar una relación directa con la acción u omisión del causante del daño, excluyéndose la posibilidad de indemnizar por el daño demasiado remoto (“*too remote*”), es decir, por el que no guarda una relación inmediata con el perjuicio sufrido. Observamos sin embargo que la categorización de los daños en el sistema jurídico del Common Law es mucho más amplia, oscilando entre daños a las propiedades personales, pérdida de la pareja, indemnización por fallecimiento, pérdidas económicas sufridas, lucro cesante, daños morales, incluyendo no sólo la pérdida de un ser querido sino también, incluso el presenciar el padecimiento sufrido por el mismo.

Un elemento común entre ambos sistemas jurídicos es que, con carácter general, al igual que en el ordenamiento español, los operadores jurídicos a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria, se valen de criterios homogéneos orientativos para valorar los daños causados y, por ende, la indemnización correspondiente a la víctima; así, no es poco frecuente que se apliquen dichos criterios para valorar los gastos médicos, las secuelas, e incluso se utilicen tablas de mortalidad para determinar la esperanza de vida estadísticamente considerada, o de vida laboral para determinar la pérdida futura de ingresos de la víctima como consecuencia del daño sufrido (lucro cesante).

Una institución muy importante en el ordenamiento jurídico anglosajón, que sin embargo no ha llegado todavía a nuestro ordenamiento jurídico es la figura de los “daños punitivos” que se reconoce cuando hay un interés legítimo en sancionar una determinada conducta para evitar su reiteración futura. Habrá que observar la evolución de la doctrina en ese punto para ver si a consecuencia de ese influjo del ordenamiento anglosajón, en un futuro los tribunales españoles incrementan la indemnización a abonar por la Administración en una reclamación de daños, incluyendo, no sólo una reparación íntegra del daño a la víctima sino también, reconociendo a tal efecto daños punitivos, para evitar que la conducta lesiva causante de los mismos, se repita en el futuro.

IX. Por último, hemos expuesto que en los últimos años, la influencia del sistema jurídico del Common Law se aprecia en la introducción en el Derecho español de figuras tradicionales anglosajonas de resolución de conflictos provenientes de las tradicionales ADR (“*alternative dispute resolution*”) tales como el arbitraje, la conciliación y más concretamente la “mediación”, entendiéndose por éste el método alternativo de la resolución de conflictos, que, en los últimos años, ha obtenido el máximo respaldo de prestigiosas instituciones como el Consejo General del Poder Judicial, para evitar la altísima litigiosidad que, en esta materia de daños hay en el ámbito Contencioso-Administrativo.

Existen numerosas voces en la doctrina que reclaman la introducción de la mediación administrativa, e incluso ya se han realizado “programas pilotos” en algunas CCAA, de introducción de la mediación en el ámbito contencioso-administrativo. Dado que la Administración está sometida al principio de legalidad por mor del art. 103 de la C.E. existen múltiples materias no susceptibles de transacción, pero también hay una coincidencia en la doctrina de que, precisamente uno de las pocas materias “mediables” en el ámbito de Derecho público, es la responsabilidad patrimonial administrativa. La propia LPAC prevé la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la existencia de responsabilidad y cuantía de las indemnizaciones, y en este ámbito es donde tiene plena cabida la institución típicamente anglosajona que puede llegar a tener un perfecto encaje en nuestro Derecho.

Como vemos y a la luz de lo expuesto en la presente Tesis, la influencia del sistema del Common Law en el español es claramente apreciable en los últimos tiempos en diferentes ámbitos de responsabilidad administrativa, consecuencia, fundamentalmente, del devenir de la globalización y la tecnología, que afecta a todos los aspectos de la vida, la cultura y de la economía, y de la cual el Derecho no podía quedarse al margen.

SENTENCIAS CITADAS

SENTENCIAS DEL TJUE Y TEDH

STJUE de 13 de noviembre de 1990, en el asunto, “Marleasing”, C-106/89.

STJUE de 15 de julio de 1964, en el asunto “Costa Enel”, 6/64.

STJUE de 9 de marzo de 1978 en el asunto “Simmenthal”, 106/77.

STJUE de 5 de marzo de 1996, “Brasserie du pêcheur”, C-46/93 y “Factortame” C-48/93.

STEDH de 28 de Octubre de 1998, “Case Osman v. The United Kingdom”. (87/1997/871/1083).

STJUE de 22 de junio de 2010, asunto “Melki” (C188/10) y “Abdeli”, C-189/10.

STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto “Elchinov”, C173/09.

STJUE de 26 de febrero de 2013, en el asunto “Melloni”, C-399/11.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RTC 1991\28 STC de 14 de febrero de 1991: Primacía derecho de la UE.

RTC 2004\219, STC de 10 de mayo de 2004: Control de la discrecionalidad.

RTC 2014\52 STC de 10 de abril de 2014: Inaplicación del plazo del art. 46.2 in fine Ley 29/1998.

RTC 2016\15 STC de 1 de febrero de 2016: Responsabilidad por acción de regreso. Legitimación funcionario.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

RJ 1992\1823, STS de 10 de marzo de 1992: Concepto de fuerza mayor.

RJ 1998\350, STS de 20 de enero de 1998: Daños causados por funcionarios o autoridades. Policía.

RJ 1998\2490, STS de 6 de marzo de 1998: Responsabilidad objetiva de la Administración.

RJ 1998\8404, STS de 5 noviembre de 1998: Concepto de daño emergente.

RJCA 1999\177, STS de 5 de febrero de 1999: No es una responsabilidad universal.

RJ 2001\2590, STS de 2 de marzo de 2001: Lucro cesante.

RJ 2002\8649, STS de 13 de septiembre de 2002: No concurre nexo causal, no es daño antijurídico.

RJ 2004\586, STS de 30 de septiembre de 2003: Administración no es aseguradora universal.

RJ 2005\615, STS de 28 de diciembre de 2004: Concurrencia de culpas. Anulación de plan urbanístico.

RJ 2005\5827, STS de 10 de mayo de 2005: Circunstancias eximentes de responsabilidad. Fuerza mayor.

RJ 2006\293, STS de 19 de diciembre de 2005: Valoración del daño emergente.

RJ 2006\734, STS de 24 de enero de 2006: Elementos reglados del acto.

RJ 2006\4024: STS de 30 de mayo de 2006. Obligación de los municipios de mantener en buen estado las calzadas.

RJ 2007\ 4991 STS de 5 de junio de 2007: Control de la discrecionalidad.

RJ 2008\1347 STS de 31 de enero de 2008: Control de los elementos reglados del acto.

RJ 2008\1738: STS de 19 de febrero de 2008. Antijuridicidad del daño.

RJ 2008\4335, STS de 9 de julio de 2008: Concurrencia de culpas. Accidente de circulación.

RJ 2009\2262, STS de 16 de marzo de 2009: Límites potestades discrecionales.

RJ 2009\2528, STS de 30 de marzo de 2009: Silencio administrativo y responsabilidad del contratista.

RJ 2010\4543: STS de 25 de marzo de 2010. Limitación de las potestades discrecionales. Planeamiento urbanístico.

RJ 2010/3651, STS de 18 de mayo de 2010: Intervención de tercero en la causación del daño.

RJ 2010\6054 STS de 6 de julio de 2010: Reparación integral del daño.

RJ 2010\7217, STS de 11 de octubre de 2010: No hay fuerza mayor.

RJ 2011/6753, STS de 21 de julio de 2011: Accidente motocicleta. Culpa exclusiva víctima.

RJ 2012\1015, STS de 30 de septiembre de 2011: Control de la discrecionalidad de los actos.

RJ 2012\2528, STS de 29 de noviembre de 2011: Concurrencia de culpas. Accidente de motocicleta.

RJ 2012\8986, STS de 9 de abril de 2012: Valoración del daño.

RJ 2012/10199: STS de 9 de octubre de 2012. No tener el deber jurídico de soportar el daño, campaña de vacunación.

RJ 2013\582, STS de 3 de diciembre de 2012: Resarcimiento íntegro del daño

RJ 2013\8339, STS de 20 de noviembre de 2013: Control de la discrecionalidad de la Administración.

RJ 2014\1049, STS de 31 de enero de 2014: Presupuestos responsabilidad patrimonial.

RJ 2014\6083, STS de 5 de diciembre de 2014: Presupuestos responsabilidad patrimonial.

RJ 2016\6164, STS de 2 de diciembre de 2016: Concurrencia de culpas. Distribución de responsabilidad.

RJ 2017\4990, STS de 31 de octubre de 2017: Límites potestades discrecionales. Suelo no urbanizable.

RJ 2020\3629, STS de 28 de septiembre de 2020: Responsabilidad contractual, nexo causal.

RJ 2020, 4753, STS de 1 de diciembre de 2020: Pliegos de cláusulas administrativas.
Ley del contrato.

RJ 2021, 1372, STS de 24 de marzo de 2021: Pliegos de cláusulas administrativas.
Ley del contrato.

RJ 2021/4022: STS de 14 de septiembre de 2021. Avala la exigencia de pasaporte
Covid 19 para acceder al interior de establecimientos de ocio de Galicia.

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL.

JUR 2004/253846: STAN de 12 de mayo de 2004. Omisión del deber de prevenir el
riesgo.

RJCA 2006\188: STAN de 21 de diciembre de 2005: Inexistencia de fuerza mayor,
riada torrencial que arrasa camping.

RJCA 2014\679: STAN de 17 de septiembre de 2014: Deber jurídico de soportar el
daño.

JUR 2016\115005: STAN de 27 de abril de 2016: Responsabilidad objetiva no es
responsabilidad universal.

SENTENCIAS Y AUTOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y OTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

RJCA 2000\656: STJ Aragón de 4 de enero de 2000: Acción de regreso. Alcalde.

JUR 2001\230150: STJ Asturias de 28 de junio de 2001. Culpa exclusiva de la
víctima.

JUR 2002\23265: STJ Madrid de 24 de enero de 2002. Estándares del servicio.

JUR 2004\16803: STJ Valencia de 12 febrero de 2002. Culpa exclusiva de la víctima.

JUR 2004\271993: STJ Madrid de 24 junio de 2004. Presunción de veracidad
informes de policía.

JUR 2006\5656: STJ Asturias, de 23 septiembre de 2004. Presunción de veracidad
informes de policía.

RJCA 2006\157: STJ Castilla y León de 23 de diciembre de 2005. Vulneración del deber de advertir el riesgo.

JUR 2008\139600: STJ Aragón de 19 de noviembre de 2007: Vulneración del deber de prevenir el riesgo.

JUR 2016/195373: STJ Islas Baleares de 22 de julio de 2008. Caída mal estado pavimento. Vulneración deber de prevenir el riesgo

JUR 2011/149200: STJ Cataluña de 18 de enero de 2011. Estándares de funcionamiento del servicio en caso de nevadas.

JUR 2011\269164: STJ Madrid de 12 mayo. 2011. Requisitos responsabilidad patrimonial.

JUR 2012\196768: STJ Madrid de 24 de enero de 2002. Estándares de funcionamiento del servicio.

AS 2014\2508: STJ Galicia, de 19 septiembre de 2014. Presunción de veracidad informes de policía.

RJCA 2014\372: STJ Cataluña de 27 septiembre de 2014. Responsabilidad de contratista.

JUR 2015\136905: STJ Madrid de 1 de abril de 2015. Exigibilidad de responsabilidad contratista.

JUR 2018\281752: STJ Asturias de 13 de septiembre de 2018. Concurrencia de culpas. Caída en alcantarilla.

JUR 2019/175472: STJ Canarias de 3 de diciembre de 2018. Culpa exclusiva de la víctima. Cruce fuera de paso de peatones.

JUR 2019\232157: STJ Canarias de 17 de septiembre de 2018. Cuantía indemnizatoria. Daños.

JUR 2020\129955: Sentencia TSJ Cataluña de 26 de junio de 2019. Acción de regreso incoada contra funcionario municipal.

JUR 2020/129761: STJ Castilla y León de 5 de febrero de 2020. Estándares de funcionamiento del servicio.

JUR 2021\168914: STJ Asturias de 31 de marzo de 2021 Estándares del servicio. Límites.

JUR 2021\112685: STJ Castilla y León de 5 de febrero de 2021. Silencio administrativo y responsabilidad de la contratista.

AJCA 91/2017: Auto del JCA nº 3 Las Palmas de 7 noviembre de 2017. Homologación de acuerdo de Mediación.

ATSJ GAL 3/2019: Auto TSJ Galicia de 8 de febrero de 2019. Homologación acuerdo de Mediatorio finalizando incidente de ejecución de sentencia condenatoria de demolición de edificio.

STC JCA 1 Vitoria PA 157/2015 de 28 de julio de 2015.

SENTENCIAS DE TRIBUNALES EXTRANJEROS:

REINO UNIDO E IRLANDA

“*Ashby v. White*” (1703) 92 ER 126.

“*Russell v. Men of Devon*” (1789) 2 Term Rep. 667, 100 Eng. Rep. 359.

“*Butterfield v. Forrester*” (1809) 103 E.R. 926.

“*Davies v. Mann*” (1842) 10 M. & W. 546.

“*Byrne vs. Boadle- de la Corutr of Exchequer*” (1863) 2 Hurl. & Colt. 722, 159 E.R. 299.

“*Scott vs. London and St. Katherine Docks*” (1865) 3 H&C 596.

“*Ricket v. Directors of the Metropolitan Railway Company*” (1867) LR 2 HL 175.

“*Addis v. Gramophone Co. Ltd.*” (1909) AC 488 (HL).

“*Darbishire v. Warran*” (1963) 1 W.L.R. 1067 (C.A.), at p. 1075.

“*Rookes v. Barnard (No.1)*” (1964) A.C. 1129.

“*Dorset Yacht. Co. Ltd v. Home Office*” (1970) 2 All ER 294, AC 1004, UKHL 2.

“*Merrill v. Manchester*” (1974) 114 N.H. 722.

“*Anns vs. Merton*” LBC (1978) UKHL 4, AC 728, 2 ALL ER 492, 2 WLR 1024.

“*R v. Whithorn*” (1983) 152 CLR 657.

“*Caparo Industries plc v. Dickman*” (1990) 2 AC 605 (HL).

“*Davis v. Dublin City*” (1995) Bd. of Ed., 219 Ga.App. 121, 122(1), 464 S.E.2d 251

“*Phelps v. Hillingdon London Borough Council*” (2001) 2 AC 619.

“*Evans v. Housing Authority of Raleigh*” (2004) 602 S.E. 2d 668 (N.C.2004)

“*Triple Point Technology, Inc. v. PTT Public Company Ltd*” (2021) UKSC 29.

EEUU

“*Bailey v. Mayor of New-York*”, (1842) 3 Hill & Den. 53.

"Brown v. Kendall" 60 Mass. 292 (1850) WL 4572 (Mass).

"Hadley & Anor v. Baxendale & Ors" (1854) Exch J70.

"Hamilton v. McPherson" (1863) 28 N.Y. 72.

"Curtis v. Kiley" (1891) 153 Mass. 123.

"Irvine v. Chatanooga" (1898) 101 Tenn.291, 47 S.W. 419.

"Sciolaro v. Asch" (1910) 198 N. Y. 77.

"Roger v. Coffeyville" (1915) 95 Kan. 171, 147 Pac. 816.

"Maki v. Murria Hospital" (1932) 91 Mont. 251, 7 P.2d 228, 231.

"Fritsche v. City of Seattle" (1941) 10 Wn.2d 357,360, 116 P.2d562.

"Escola v. Coca Cola Bottling Co." (1944) 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436.

"Adam vs Naylor" (1946) 2 All ER 241, AC 543.

"Gogo v. Los Angeles County Flood Control Dist."(1941) 45 CA2d 334, 114 P2d 65.

"Ct. Johnson v. City of Ilwaco" (1951) 38 Wn. 2d 408, 414, 229 P.2d 878.

"Blasic v. City of Yakima" (1954) 45Wn.2d 309, 313,274P. 2d 122.

"Hargrove. v. Town of Cocoa Beach" (1957) 96 So. 2d 130, 134 (Fla 1957).

"Molitor v. Kaneland Cmty. Unit Dist." (1959) No. 302, 163 N.E. 2d 89, 95-96.

"Southeastern Aviation, Inc. vs Hurd" (1962) 355 S.W.2d 436 (Tenn. 1962).

"Belgarde v. City of Natchitoches" (1963), 56 So. 2d 132.

"Hocking v. Attorney General" (1963) NZLR 513, 532.

"Stone v. City of Seattle" (1964) 64 Wn.2d 166, 171, 391 P.2d 179.

"Dillon v. Legg" (1968) 68 Cal.2d 728, 441 P.2d 912, 69 Cal. Rptr. 72, 29 A.L.R.3d 1316.

"McGowan v. Story" (1975) 234 N.W.2d 325, 330, Wis.1975.

"City of St. Louis. v. Prapotnik" (1978) 485 U.S. 112.

"Monell v. New York City Department of Social Services" (1978) 436 U.S. 658.

"Rogers v. Toppenish" (1979) 23 Wash. App. 554, 596 P.2d 1096 596 P.2d 1096.

"D. Ambrosio v. City of New York" (1979) 55.N.Y.2d.454.

"Owen v. City of Independence" (1980) 445 U.S. 622, 646 n.28.

"Gillette Shoe Co. v. City of New York" (1982) 86 A.D.2d 522.

"Columbus, Ga. v. Smith" (1984) 316 S.E.2d 761 (Ga. Ct. App. 1984)

"Garret v. City of New Berlin" (1985) 122 Wis. 2d at 241, 362 N.W.2d 137.

"Rodriguez v. Inglewood Unified School Dist." (1986) 186 Cal.App.3d 707.

"Durrance v. City of Jacksonville" (1988) 532, So. 2d 696 (Fla. Dist. Ct. App. 1988).

"City of Lawrenceville v. Heard" (1990) 391. S.E. 2d 441 (Ga. Ct. App. 1990).

"Hansen v. James" (1993) 847 S.W.2d 476.

"Zipkin v. City of New York" (1993) 196 A.D. 2d 865.

"Harmony Const., Inc. v. State Dept. of Transp. (xI)" (1995) 668 A.2d 746.

"BMW of North America, Inc. v. Gore" (1996) 116 S. Ct. 1589.

"Pickersgill v. City of New York" (1996) 168 Misc. 2d 768, 642 N.Y.S.2d 469 (N.Y. Civ. Ct.1996).

"Hemak v. Houston County School Dist." (1996) 220 Ga.App. 110, 113, 469 S.E.2d 679 .

"Biernacki v. Village of Ravena" (1997) 245 A.D.2d 656, 664 N.Y.S.2d 682 (N.Y. App. Div. 1997).

"Wagner v. WMMIC" (1999) 230 Wis. 2d 633, 601 N.W. 2d 856 (App.1999).

"E. Wagoner v. C. of Milwaukee" (2001) WI App 292, 249 Wis. 2d 306, 638 N.W.2d 382.

"Hoffstatter v. City of Seattle" (2001) 105 Wn.App. 596, 20 P.3d 1003.

"V. Midwest Mut. Ins. Co." (2002) WI App 80, 254 Wis. 2d77, 646 N.W.2d 777.

"K&S Realty v. City of New York" (2003) 304 A.D.2d 349; 757 N.Y.S.2d 545.

"Cooper v. Paulding County Sch. Dist." (2004) 265 Ga. App. 844, 595 S.E. 2d 671, 672.

"Briga v. Town of Binghamton" (2004) 778 N.Y.S.2 d 545 3 Dept.

"*MMSD v. City of Milwaukee*" (2005) WI 8, 277 Wis, 2d 635, 691 N.W. 2d 658.

"*Powell v. Clay County Board of Supervisor*", (2006) 924 So. 2d 523 (Miss.).

"*Cloutier v. Berlin*" (2006) 154 N.H. 13.

"*McMillan v. City of New York Eastern District Court of N. Y.*" (2008) 253 F.R.D. 247.

"*In re City of New York*" (2010) 607 F.3d 923 (2d Cir.).

"*Millson v. City of Lynden*" (2013) Corp., 174 Wash. App 303, 298 P.3d 141, 174.

"*Vasquez v. Am. Fire & Cas. Co.*" (2013) 298 P.3d 94, 174 Wash. App. 132, 174 W.A. 132.

"*Espina v. Jackson*" (2015) 442 Md. 311, 317, 112 A. 3d 442, 446.

"*Pezzano v. Towamencin TWP*"(2017) 155 A.3d 96 (Pa. Cmmw. Ct. 2017).

"*Engelhardt v. City of New Berlin*" (2019) WI 2. 03/2019.

AUSTRALIA

"*Botany Bay City Council v. Latham*" (2013) NSWCA 363.

"*Brodie v. Sigleto Shire Council*" (2001) 180 ALR 145.

CANADÁ

"*Roncarelli v. Duplessis*" (1959) S.C.R. 121

"*Red Derr Colleg v. Michaels*" (1976) 2 S.C.R. 324.

"*Janiak v. Ippolito*" (1985) 1 S.C.R. 146.

"*Hunt v. Carey Canada Inc.*" (1990) 2 S.C.R. 959.

"*Montani v. Matthews*" (1996) 91 O.A.C. 161 (CA).

"*Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*" (2004) 3 SCR 304.

"*Williams v. Canada*" (2005) 76 O.R. (3d) 763, 257 D.L.R. (4th) 704 (S.C.J.).

"*Flynn v. Halifax (Regional Municipality)*" (2005) NSCA 81 (CanLII).

"*Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*" (2006) SCC, 30, SCR, 3.

"*Exxon Shipping CO. v. Baker*" (2008) (No. 07-219) 472 F. 3d 600 and 490 F. 3d 1066.

“Deering v. Scugog (Township)” (2010) O.J. No. 4229 (S.C.J.).

“Morsi v. Fermar Paving Ltd.” (2011) ONCA 577.

“Giuliani v. Halton” (2011) ONSC 5119.

“Gardiner v. MacDonald” (2016) ONCA 968.

“Petty Harbour-Maddox Cove v. Eastern NF Regional Appeal Board” (2015) NLTD (G) 111.

“Winters v. Haldimand (County),” (2015) ONCA 98.

“Seanic Can. v. St. John's” (2016) 381 Nfld. & P.E.I.R. 100 (NLCA).

“Campbell v. Bruce (County)” (2016) ONCA 371.

“Nelson (City) v. Marchi” (2021) SCC 41.

BIBLIOGRAFIA CITADA

I. MANUALES, TRATADOS GENERALES Y MONOGRAFÍAS.

BARRACHINA, ANDRÉS, A.: “La ejecución de los acuerdos de mediación Contencioso-Administrativa.” *Anuario de Derecho Administrativo 2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BARRERO RODRIGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo 3ª Edición*. Editorial Aranzadi.

BINCHY W.: *Tort Law in Ireland: A half-century review*. Ed. Irish Jurist. Vol.56, 2016.

BOYRON S.: *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*. Public Law, vol. 2, Birmingham, 2006.

BOTO ALVÁREZ, A.: *La Administración Instrumental en el proceso*. Prólogo de D. Leopoldo Tolivar Alas, *Fundación Universidad de Oviedo, Editorial Reus*, Oviedo, 2011.

BROWN N., BELL J. y GALABERT J.M.: *French Administrative Law*, ed. Clarendon Press, 5th edn. Oxford, 1998.

CHAVES GARCÍA, J.R.: “Especialidades probatorias en el proceso administrativo, la discreta huella del interés público” en vol. Col. dirigido por Raquel Castillejo Manzanares, *Tratado sobre Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CHAVES GARCÍA, J.R. *La prueba contencioso-administrativa: Análisis dogmático y jurisprudencial*. Aranzadi, Madrid, 2007.

CUETO PÉREZ, M. *La responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DEAKIN, S., JOHNSTON, A., MARKESINIS, B.: *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7th edn., Oxford University Press, Oxford 2012.

DEBO, N. T., REESE A.: *Municipal stormwater management*, Lewis Publishers 2003 by Taylor & Francis Group, LLC., Boca Raton, Fla., 2.002.

DIAZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*. Editorial Civitas. Madrid, 1999.

EPSTIEN R. Y SHARKEY M.C.: *Cases and Materials on Torts*, Wolters Kluwer, New York, 2020.

DE SMITH, S.A., *Constitutional and Administrative Law*, 8º ed. Penguin Education, London 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E: “Anuario de Derecho Civil”, BOE, fascículo 4, BOE Publicaciones, Madrid, 1955.

GARCIA DE ENTERRIA, E.: “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa” *Estudios monográficos, Anuario de Derecho Civil*, BOE, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 4ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson Reuters, Decimocuarta edición, 2015.

GOLBERG, H.: Chapter 6: “Liability for Government Actions: A Comparative Study of English and American Law” en el vol col. *Child Abuse Tort Claims Against Public Bodies: A Comparative Law View*. Fairbrieve, S.G., London, 2017.

HARDER, S.: *Mesasuring Damages in the Law of Obligations. The Search for Harmonised Principles*. Hart Publishing, Oregon, 2010.

HART, H.L.A.: “Varieties of Responsibility”, 83 *Law Quarterly Review* 346, Oxford, 1967.

HYLTON KEITH, N.: *Tort Law a modern perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

JIMENEZ BLANCO. A., CARRILLO DE ALBORNOZ, A: “Responsabilidad administrativa por culpa in vigilando o in ommittendo” *Gobierno y administración en la Constitución*, Vol. 1, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

- KELSEN, H.: *La Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1934.
- KENETH, S.A: *The Forms and Functions of Tort Law*, The Foundation Press, Inc. Westbourny, New York, 1997.
- LAFERRIÈRE, E.: *Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et cie. Libraires-éditeurs, 1887.
- MCGREGOR, Q.C.: *McGregor on Damages*, Sweet and Maxwell, 21st edn., London, 2020.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de Derecho Administrativo: Y guía para el estudio de las Leyes Administrativas*”, editorial Aranzadi, 1 septiembre 2020.
- MATHEWS J.: *How to win your personal injury claim*, Nolo, 10th. edition, New York, 2018.
- MENENDEZ SEBASTIAN, E. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la administración pública.” En el vol. Col. Dirigido por Ana Belén Casares Marcos y Tomás Quintana López, *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, estudio general y ámbitos sectoriales*. Tirant Lo Blanch, Madrid 2013.
- MONTOYA MARTIN, E.: *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.
- MULDOON, P, LUCAS A, GIBSON R.B, PICKFIELD, J,W.: *An Introduction to Environmental Law and Policy in Canada*, Ed. Emond Montgomery Publication Limited, Toronto, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios de responsabilidad)*, Editorial Civitas, 1998.
- NAVEIRA ZARRA, M.M: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Reus, 1ª Edición, 2006.
- OLIPHANT K.: *The Liability of Public Authorities in Comparative, Perspective*. Interselia. Cambridge, Oct 2016.

PROSSER, W.L.: *Handbook of The Law of Torts, 4th ed.*, Lawyer's edition, St. Paul, West Publishing C.O., Louisiana, 1941.

RAMIREZ-ESCUADERO, S.D.: *El soft law administrativo-Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson, Civitas, 2008

ROGERS W.V. H.: *Winfield & Jolowicz on Tort*, 20 edition; Sweet & Maxwell Ltd, London, 2002.

SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*. Editorial Tecnos, 2014.

SHAVELL, S.: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004.

SHONKWILER, W.J., MORGAN T.: *Land use litigation*, West Group, New York, 1986.

STENBERG. W.C., AUSTIN L.S.: *Managing Local Government Services: A Practical Guide*. Icma Press, New York, 2007.

SUPPERSTONE, Q.C. y STILITZ, D, SHELDON, C.: *ADR and Public Law*, Public Law, vol. Col, dir. ELLIOT, C, QUINN, F, *English Legal System*, 9th edition, Pearson Education Limited, Essex, 2006.

STREET, H.: *Principles of the Law of Damages*, Sweet and Maxwell Ltd, London.1962.

ARANA E., ORTEGA NAVARRO A.: "La solución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. Especial referencia al arbitraje" en el vol. col. dirigido por OROZCO PARDO.G; MORENEO J.L., "*Tratado de mediación en la resolución de conflictos*", editorial Tecnos, 2015.

CREMADES GARCÍA, G.: *Problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo, análisis especial de la regla "res ipsa loquitur"*, Universidad de Alicante, septiembre de 2015.

CRISTIN CARAZA M.M.: *Los estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos y su incidencia en la responsabilidad de las administraciones*. Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, Universidad de Sevilla, Dialnet, 2015.

DIAZ MADRERA, B.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*. Tesis doctoral dirigida por TOLIVAR ALAS, L., Editorial Reus, Oviedo, 2007

GÓMEZ LIGÜERRE, C.: *Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el Derecho español de daños*, Universidad Pompeu Fabra, Tesis Doctoral. Barcelona, Marzo 2005.

ODOM, M. J.: *Practice Guide: Washington Torts and Personal Injury*, 2019 edition. LexisNexis, Washington, 2019.

ORDOÑEZ SOLIS, D.: *La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo*. Derecho español contemporáneo. Editorial Reus, Madrid, 2011.

ORDOÑEZ SOLÍS, D.: “La configuración del espacio judicial europeo” *Cuadernos Europeos de Deusto* nº 50/2014, Bilbao, 2014, p.p 105-139.

SAN MARTIN NEIRA, L.: “*El deber*” de diligencia consigo mismo según las fuentes romanas. Instituto de Investigaciones jurídicas. UNAM, Madrid, 2017

SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*. Estudios y Comentarios Legislativos, Editorial Civitas, Madrid, 2007

VAN KOPPEN, P.J. & PENROD S.D.: *Adversarial versus Inquisitorial justice: Psychological perspectives on criminal justice systems*. Ed. Plenum, New York, 2003.

II. ARTÍCULOS

ACHTENBERG D.J.: “Taking History Seriously: Municipal Liability Under 42 U.S.C. §1983 and the Debate over Respondeat Superior”. *Fordham Law Review*, Vol. 73, No. 5, 2005.

ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARIA, P.: “La Unión Europea y el Derecho de los Tratados” *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol.68, nº 2, julio-diciembre 2016, pp 51-102.

ARIAS MARTINEZ, M.A.: “El principio de objetividad en el empleo público II: La objetividad como deber de los empleados públicos” *D. Revista Documentación Administrativa*, núm 289, enero-abril 2011.

ARIAS, MARTINEZ, M.A.: “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”. *Revista de la Administración Pública*, nº 194, 2014.

BALLESTEROS MOFFA, L.A.: “La capitulación del acto consentido y firme”. *Revista de Administración Pública*, nº 192, Madrid, septiembre-diciembre, 2013.

BESTUE SALINAS, C.: “Traducir los daños sin efectos colaterales: Análisis comparado del Derecho de daños.” *Hermēneus. Revista de Traducción e Interpretación*; núm. 11, Madrid, 2009.

BOCANEGRA R. Y GARCÍA LUENGO J.: “Los actos administrativos transnacionales” *Revista de Administración Pública*, núm 177, Madrid, septiembre-diciembre (2008).

BROWN, M: “The Failure of Fault under & 1983: Municipal Liability for state law enforcement” *84 Cornell L. Rev.*, New York, 1998-1999.

<https://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Brown.pdf>

BUCKLEY S.: “Liability and Immunity in New Hampshire Historical Perspective and Evolution: Common Law and General Statutes.” *New Hampshire Municipal Association Municipal Review*.

<https://www.nhmunicipal.org/town-city-article/municipal-liability-and-immunity-new-hampshire-historical-perspective-and>

BULLARD GONZÁLEZ. A.: “Cuando las cosas hablan el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil” *Themis: Revista de Derecho n° 50*, Madrid, 2005.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110783>

CHALMERS M. y WILSON P. LYMAN: “Study of Comparative Negligence”, *Cornell Law Review*, Rev. 333, 17, Cornell, New York, 1932.

<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol17/iss3/1>

CITY C.: “Duty and Disaster: Holding Local Governments Liable for Permitting Uses in High-Hazard Areas”, *North Carolina Law Review*, 2000, Vol. 78, p. 1540.

<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol78/iss5/6>

CIVITARESE, S.: "A European convergence towards a stare decisis model" *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 14, segundo semestre/2015.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4296/4880>.

COBREROS MENDAZONA, E.: "La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea". *Revista de Administración Pública* 12, núm. 196, Madrid, enero-abril, 2015.

CODERCH, SALVADOR, P.: "Punitive damages" *Indret revista para el análisis del Derecho*. Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000.

https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/013_es.pdf

COVER Y.A.: "Revisionist Municipal Liability". *Faculty Publications. Georgia Law Review*, Georgia, 2018.

https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/2016

CRERAR D.A., LORI H.L.: "Torts" *Torts annual review*, marzo 2008.

CODERCH SALVADOR, P y GONZÁLEZ RAMOS, S: "Las cuatro reglas básicas de la responsabilidad. El remedio indemnizatorio en el Derecho español de daños, Análisis, aplicación e instrumentos comparados", *InDret revista para el análisis del Derecho*. 9ª edición, 2020.

CODERCH SALVADOR, P: "Punitive damages" *Indret revista para el análisis del Derecho*. Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000.

https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/013_es.pdf

CUETO PÉREZ, M: "Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92". *Revista de Administración Pública*, núm. 152. Mayo-agosto 2000 pp 269-287.

CUETO PÉREZ, M.: "Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada de servicios sanitarios. Incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el

modelo actual.” *Dialnet Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las Incertidumbres del Derecho*, 2016.

CUETO PÉREZ, M.: “Limitación de la acción directa contra la aseguradora en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración STS de 5 de junio de 2019 (Sala de lo Civil)”. *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 202, 2019, pp. 275-288.

DONGEN, E. Y VERDAM, H.: “The Development of the Concept of Contributory Negligence in English Common Law”, *Utrecht Law Review*, Vol. 12, No. 1, p. 61-74, January 2016.

<https://ssrn.com/abstract=2736333>

DRAY PERRY, W.: “Municipal Tort Liability: Purchase of Liability Insurance as a Waiver of Immunity”, *Wyoming Law Journal*, 1964 vol.18, number 3, art. 4.

https://scholarship.law.uwyo.edu/wlj/?utm_source=scholarship.law.uwyo.edu%2Fwlj%2Fvol18%2Fiss3%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

END, P, J.: “*The Open and Obvious Danger Doctrine: Where Does it Belong in Our Comparative Negligence Regime?*” *Marquette Law Review* Volume 84; Issue 2 Winter 2000; Article 4. <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr>

FERNÁNDEZ CRENDE A., ÁLVAREZ SÁNCHEZ, V.: “Negligencia multilateral en accidente de motocicleta, ¿cuál es el estándar óptimo de responsabilidad? Comentario a la STS, 1ª, de 21.10.2002 (RJ 8.770)” *Working Paper núm.: 158 Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, julio de 2003.

FORTES GONZÁLEZ, A.I.: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas” *Instituto Nacional de Administración Pública*, 1ª ed. Madrid, 2014.

FUERTES LÓPEZ, M.: “Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las administraciones públicas”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 6, Madrid, 2000.

FULLER, CASNER: “Municipal Tort Liability in Operation”, *Harvard Law Review*, vol. 54, no. 3, 19, 41, Harvard, 1941.

https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/379

GARRIDO FALLA, F.: “la Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado” *Revista de Administración Pública*, núm. 119. Madrid, Mayo-agosto 1989.

GIBBONS, GERALD, R.: “Liability Insurance and the Tort Immunity of State and Local Government”, *Duke Law Journal*, North Caroline, 1959.

<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol8/iss4/4>

GOLDSTEIN, A.J.: “The impact of *Garret v. City of New Berlin* on Wisconsin’s Approach to Negligent Infliction of Emotional Distress and a Recommendation for Fundamental Doctrinal Change”, *75 Marquette Law Review* 467, Wisconsin, 1992.

<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol75/iss2/7>

GÓMEZ FERRER M.: “Incidencia de la Constitución Española sobre el Derecho Administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo*, Núm. 150, Madrid, 1999.

GREEN, L.: “Causal relation in legal liability-in Tort” *Yale Law Journal*, Connecticut, 1927.

<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3205&context=ylj>.

HEPBURN M. W.: “Liability of the Municipal Corporation for the Negligent Acts of the Independent Street Contractor” *Notre Dame Law Review*. Volume 6, Issue 1, Article 5, 11-1- Indiana, 1930.

HUEGO LORA, A.: “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”. *Working Paper* núm.: 150 Barcelona, julio de 2003. Indret 3/2003.

ITURMENDI MORALES, G.: “¿Hacia una responsabilidad punitiva?” *Actualidad Civil Aranzadi*, Número 9, 2017.

<https://core.ac.uk/download/pdf/232968521.pdf>

END P. J.: “The Open and Obvious Danger Doctrine: Where Does it Belong in Our Comparative Negligence Regime?” *Marquette Law Review*, Volume 84; Issue 2 Winter 2000; Article 4. Wisconsin, 2000.

JONES, P.D.: "Recent Developments in Administrative Law." *Foundation of Administrative Justice*, Ottawa, 2015.

<https://foaj.ca/wp-content/uploads/2014/01/CBA-Recent-Dev-by-David-Jones.pdf>

JUNCEDA MORENO, J.: "La responsabilidad municipal por alcantarillado y suministro de aguas." *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, Thomson Reuters Aranzadi núm.7, Madrid, 2020.

KEMP, J.: "Torts-Sovereign- Immunity – The Government's Liability for Tortious Conduct Arising from Proprietary Functions", *De Paul Law Review*, vol. 20 Issue 1 London, 1971. <https://core.ac.uk/download/pdf/232968521.pdf>

KENNEDY, M.: "Reckless driver solely at fault for single-vehicle accident despite poor road construction" McCague Borlack's Transportation Newsletter, Ontario, Octubre 2011.

https://mccagueborlack.com/emails/articles/reckless_driver.html

KOPPEN V., PENROD S.D.: "Adversarial versus Inquisitorial justice: Psychological perspectives on criminal justice systems". Springer publications, New York, 2003.

LACHMAN FREDERIC S.: "Should Municipalities Be Liable for Development-Related Flooding?". *Nat. Resources Journal*. Vol. 41, Pennsylvania, 2001.

<https://digitalrepository.unm.edu/nrj/vol41/iss4/6>

LEGUINA, Villa, J.: "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, 2007.

<https://core.ac.uk/download/pdf/235287592.pdf>.

MARTIN REBOLLO, L.: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España (1994): estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica". *Documentación administrativa*, p.45 y sstes.

MARTIN REBOLLO, L.: "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones" *Revista de la Administración Pública*, núm. 150. Enero-abril, 2000.

MARTORELL BAUZÁ, F.J.: “Presunción de culpa. La deducción de negligencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración” *Revista de Administración Pública*, núm. 201, Madrid septiembre-diciembre, 2016.

<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.15>

MASUCCI, A.: “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo: esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 178, Madrid, enero-abril-2009.

MENÉNDEZ, SEBASTIAN, E.: “Conclusiones e ideas del Estado del bienestar”. *Documentación Administrativa*. INAP. Madrid, diciembre-enero 2014.

NEYERS, W.J., BOTTERELL, A.: “Tate & Lile: Pure Economic Loss And the Modern Tort of Public Nuisance”, *Alberta Law Review*, Vol. 53, núm.4, Alberta, 2016.

<http://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/444>

OWEN D.G.: “The Five elements of Negligence” *Hofstra Law Review*, Vol.35:Iss.4, Article 1, 2007.

<Http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol35/iss4/1>

PALACIOS CORBACHO, F.J.: “Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad patrimonial de la Administración: consideración sobre su confluencia en los daños derivados de productos defectuosos y de medicamentos”, *Noticias Jurídicas*, Madrid, diciembre, 2018.

PÉREZ MORENO, A.: “Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso” *Revista Andaluza de Administración Pública*. núm. 37, enero-febrero-marzo 2000.

QUINTANA LÓPEZ, T.: “La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos” *Documentación Administrativa*, nº 282-283, 2009, pp.321-359.

RAIKES, J, GORDON, MC.B.: “Responsibility and liability in emergency management to natural disasters; A Canadian example” *International Journal of Disaster Risk Reduction*, Volume 16, June 2016.

RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: “Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad” *Revista de Administración Pública*, 216, septiembre-diciembre 2021, pp. 169-186.

RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional” *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Madrid, enero-abril 2012.

ROSHTO, R.: “Torts-Trespass By Municipality – Punitive Effect of Damages for Mental Suffering”. *Louisiana Law Review*, Volume 24, number 4, 1964.

<https://core.ac.uk/download/pdf/235287592.pdf>

SALA SÁNCHEZ, P.: “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo” *Diario La Ley*, N° 9632, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, mayo, 2020.

SANTAMARIA PASTOR: Prólogo al libro de F. J. DE AHUMADA RAMOS, “*La responsabilidad patrimonial de la Administración*”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª ed., Madrid, 2004.

PÉREZ MORENO, A.: “Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso” *Revista Andaluza de Administración Pública*. núm. 37, enero-febrero-marzo 2000.

SHIELDS, K,E.: “Recent Development: Espina v. Jackson: The Local Government Tort Claims Act Limits Local Government's Liability for Constitutional Tort Claims Committed by its Employees; Local Government Employees Acting with Actual Malice Are Liable for Their Own Torts; And Multiple Wrongful Death Actions Arising From the Same Underlying Conduct May Be Aggregated for Purposes of the Damages Cap”. *University of Baltimore, Law Forum*: Vol. 46: No. 1, Article 5, Baltimore, 2015.

<http://scholarworks.law.ubalt.edu/lf/vol46/iss1/5>

SCHOFIELD, W.: "Davies v. Mann: "Theory of Contributory Negligence", *Harvard Law Review*, Vol. 3, No. 6, Jan. 15, Harvard, 1890.

<https://www.jstor.org/stable/1321906>

SCHUCK, H.P.: "Municipal Liability Under Section 1932: Some Lessons from Tort Law and Organization Theory" *Georgetown Law Journal* 1753 (1988-1989).

SMITH, F.J.: "Local Sovereign Immunity" *Columbia Law Review*, Vol. 116, No. 409, Columbia, 2016.

<https://ssrn.com/abstract=3083491>

TOLIVAR ALAS, L., "Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada" *"Documentación Administrativa"* Madrid Núm. 280-281, 2008.

TOLIVAR ALAS, L., "Estado Autonómico y Función Consultiva" *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 22, julio-diciembre, 2014.

VACIN E. D.: "Municipal Corporations-Liability in Tort-Prospective Judicial Abrogation of the Sovereign Immunity Concept", *60 Michigan Law Review* 379, 1962.

<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol60/iss3/6> .

VAN DONGEN G.D.E y VERDAM P. HENRIËTE, "The Development of the Concept of Contributory Negligence in English Common Law" *Utrecht Law Review*, Vol. 12, No. 1, p. 61-74, Utrech, 2016.

<https://ssrn.com/abstract=2736333>.

VINOGRADOFF, P: *Common Sense in Law*: Henry Holt and Company, New York 1914.

WADE W. y FORSYTH C: *Administrative Law*, eleventh edition, July, 2014, Oxford University Press, Oxford, July 2014.

WARP, A.G.: "The Law and Administration of Municipal Tort Liability" *Virginia Law Review*, vol. 28, no. 3, Virginia, 1942.

www.jstor.org/stable/1068223

WELLS, L.M., HELLERSTEIN, W.: “The Governmental-Proprietary Distinction in Constitutional Law”; *Virginia Law Review*, Vol. 66, No. 6, Virginia, October 1980
https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/379

WRIGGINS, J.: “Damages in Tort Litigation: Thoughts on Race and Remedies” 1865-2007, 27 *Review of Litigation*, 37, Maine, 2007.

ZORRILLA, L.A.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración como resultado de la anulación de un acto administrativo (a propósito de la STS, Sala 3ª, de 17 de febrero de 2015, Rec. 2335/2012)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47, enero 2018.

III. OTRAS FUENTES DE INFORMACIÓN

ALONSO M. A.; SANDEL S.C; “*Municipal Liability for Property Damage Caused by Flooding*”; *New York Law Journal*; el 24 de Septiembre de 2012.

https://mdafny.com/index.aspx?TypeContent=CUSTOMPAGEARTICLE&custom_pages_articlesID=14754 Consulta 21 de enero de 2021.

AMODIO, C.; FERRARO L.S., “The Mitigation of Damages Doctrine”, *News&Articles*, economic damage analysis, March 2, 2018.

<https://fazcpas.com/the-mitigation-of-damages-doctrine> Consulta 8 de febrero de 2021.

AVRAHAN, R.; *Is Tort Law Unconstitutional?* Biblioteca Digital Universidad de Texas; 5 de diciembre de 2013.

“*Compensation claims as a result of highway defects*” “*How to make a claim for compensation if you suffer a personal injury or damage to your property*”
<https://www.oxfordshire.gov.uk/residents/roads-and-transport/street-maintenance-z/compensation>

CHILSON, D., “Municipalities can be held liable for the actions (and words) of their officials” *Media Center, Mc Nees*. August, 2017.

<https://www.mcneeslaw.com/municipalities-can-held-liable-actions-words-officials/>

CORBACHO PALACIOS, F.J. “*Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad patrimonial de la Administración: consideraciones sobre su confluencia en los daños derivados de productos defectuosos y de medicamentos*” 2008, Noticias Jurídicas.

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4417-responsabilidad-civil-extracontractual-y-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion:-consideraciones-sobre-su-confluencia-en-los-danos-derivados-de-productos-defectuosos-y-de-medicamentos/>.

GERARD MALOUF AND PARTNERS: “Public Liability Claims Case Summaries”.

<https://www.gerardmaloufpartners.com.au/case-summaries/>

HG LEGAL RESOURCES. Org. How Are Damages Established in a Tort Claim?

<https://www.hg.org/legal-articles/how-are-damages-established-in-a-tort-claim-30946>

HICKMAN, R.W. “*Washington Insurance Law Letter*” ;Volume XXXVII, NO, 3 “*Lazy Daze of Summer 2013*”, Financial Center, 1215 Fouth, Suite 1700 Seattle, Washington.

<http://www.rmlaw.com/wp-content/uploads/2015/11/Washington-Insurance-Law-Letter-Lazy-Daze-of-Summer-2013.pdf>

JONES, P.D. “Recent Developments in Administrative Law.” *Foundation of Administrative Justice*, publicación web de 28 de abril de 2015.

<https://foaj.ca/wp-content/uploads/2014/01/CBA-Recent-Dev-by-David-Jones.pdf>

KADOTANI, K: “Class and Tort Actions. Recent Decisions on Statutory Immunities Under the California Tort Claims Act. May 2018.” *Briefly, A California litigation blog*, (entrada 14-05-2018).

KENNEDY M.: “*Reckless driver solely at fault for single-vehicle accident despite poor road construction*” Publicado en “*McCague Borlack's Transportation Newsletter*”. Octubre de 2011. (Traducción libre)

https://mccagueborlack.com/emails/articles/reckless_driver.html

LAMERS M, Leners Lawyers, entrada 17 de abril de 2012.

<https://lernerpersonalinjury.ca/articles/case-comment-giuliani-v-halton-municipality/>he California Tort Claims Act. May 2018.” *Briefly A California litigation blog*.

LOOPSTRA M.K.C.: “Negligent Building Inspections: The Latest Developments” *Reducing the Risks of Municipal Government Liability program conducted by Osgoode Hall Law School*. January 2, 2007 .

<https://www.loopstranixon.com/resources/articles/negligent-building-inspections-the-latest-developments-1>

MCMAHON, P. “Liability in Negligence I” MacMahon LegalGuide

<http://mcmahonsolicitors.ie/nature-of-tort-liability/>

O’CONNOR C.: “*Jurisdictions comparative chart; Limitations and notices requirements for tort claims against government entities*”, November, 2016.

<https://www.google.es/search?q=%C2%B4CONNOR%2C+C%3A+%E2%80%99CJ+urisdictions+comparative+chart%3B+Limitations+and+notices+requirements+for+t>

PIERSON, D.: “*Governmental tort liability: Dodging the immunities*” 2018 Advocate, on-line Magazine.

<https://www.advocatemagazine.com/article/2018-november/governmental-tort-liability-dodging-the-immunities>

SANDERSON, P.; “*Volunteers and Liability: An Overview of Legal Protections and Municipal Exposure*”, March, 2007.

<https://www.nhmunicipal.org/town-city-article/volunteers-and-liability-overview-legal-protections-and-municipal-exposure>. Consulta el 2 de febrero 2021.

STRATAS D. “Civil Liability in Administrative Law: Recent Developments and Prospects for the Future”, 2001.

<http://www.davidstratas.com/6.pdf>.

SINNOT SOLICITORS: “Footpath, Kerb and Pavement Accident Claims”
<https://sinnott.ie/footpath-kerb-and-pavement-accident-claims/>

SUDÁFRICA GOB. “*Disaster management guidelines for municipalities*”

<http://lib.riskreductionafrica.org/bitstream/handle/123456789/1062/disaster%20management%20guidelines%20for%20municipalities.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Torts: Shared Boundary MVA” Can LII Connects, March, 26, 2014.

<https://canliiconnects.org/en/summaries/26060>.

United States, Senate; “*Liability Insurance and Tort Reform: Hearing Before the Subcommittee on Housing and Urban Affairs of the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, United States Senate, Ninety-ninth Congress, Second Session, on the Ongoing Crisis of the Availability and Affordability of Liability Insurance and Its Effects on the Housing Industry, Local Government, and Transit Systems*”, May 15, 1986 .

Web Mediación, Escocia. “*Mediation in civil justice: international evidence review.*”research. <https://www.gov.scot/publications/international-evidence-review-mediation-civil-justice/> (Traducción libre).

<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/20555636211024730>

Web Mediación, British Columbia.

<https://www2.gov.bc.ca/gov/content/justice/about-bcs-justice-system/mediation/notice-to-mediate/notice-to-mediate-general-regulation> Consulta 9 de diciembre de 2020.

Web jurídica Australiana, en la cual se da constancia de este asunto bajo la denominación “87000 + *Damages for a Trip Fall Public Liability Accident*”

Web Canadiense (Ontario) sobre información al ciudadano de normativa para reclamar.

<https://www.ontario.ca/document/ontario-municipal-councillors-guide-2018/8-exercising-municipal-powers>

Web del Gobierno Británico que incorpora normativa de información al ciudadano sobre los requisitos para interponer una reclamación administrativa (“claim”).

<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07>.

Web municipal, British Columbia (Canadá), de información al ciudadano sobre requisitos interponer una reclamación administrativa (“claim”):

“Guidebooks for representing yourself in Supreme Court Civil Matters. Starting an Action by Notice of Civil Claim.”

<https://www.supremecourtbc.ca/sites/default/files/web/Starting-an-Action-by-Notice-of-Civil-Claim.pdf>

PLANES DE CALIDAD:

“Plan de Calidad del Ayuntamiento de Alicante”

<https://www.alicante.es/sites/default/files/documentos/documentos/pla-qualitat-lajuntament-dalacant/plan-calidad.pdf> ;

“Guía de calidad y mejora en las Administraciones Publicas del Gobierno de Navarra” (Tomás Rodríguez Garraza)

<https://www.navarra.es/nr/rdonlyres/9b1ae1c6-4635-40e7-9db4-2309d9946b86/320708/guiadecalidadymejoradelasaapp.pdf> ;

“Plan de Calidad de los Servicios Sociales de Cataluña”

https://www.google.com/search?q=plan+de+calidad+de+los+servicios+sociales+de+catalu%C3%B1a&rlz=1C1CHBD_esES892ES892&oq=plan&aqs=chrome.0.69i59j69i57j69i59l2j0i20i263i512j46i13li199i433i465i512j0i20i263i512j0i433i512j46i433i512j0i512.3125j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8