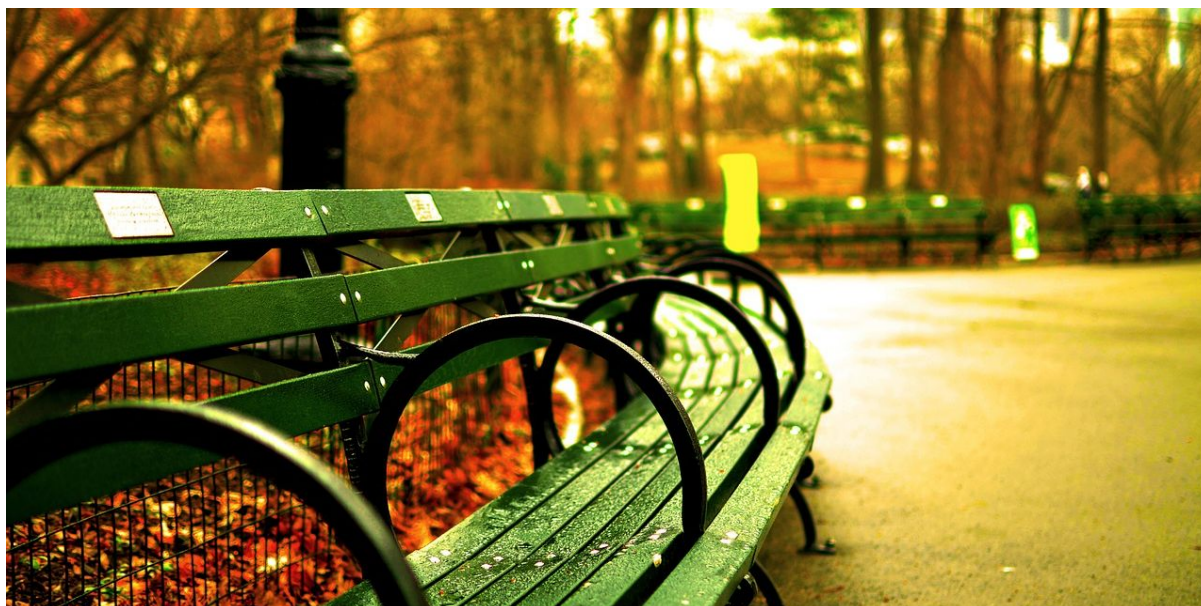


núm. 10

2018 - 4 Trimestre



Laboral	2
Pere Vidal	
Los pantallazos como medio de prueba en el proceso laboral	2
Penal	4
Miguel Cáceres Casado	
¿Excluye la correcta declaración anual de operaciones con terceras personas el delito contra la Hacienda Pública cometido en relación al IVA?	4
Luis Enrique Granados Pla	
Urgencia y celeridad en detrimento de los derechos de la víctima.	9
Civil	13
Oriol Espar	
El Brexit: su impacto sobre la preferencia por los Tribunales Ingleses en determinadas transacciones así como la ejecución de las resoluciones de aquellos.	13
Administratiu	17
Arnau Martí Carretero	
La difícil tarea de reclamar indemnización a la administración: comentario de la sentencia STS 1174/2018, de 10 de julio de 2018.	17
Sobre la Butlleta d'Actualitat Jurídica - GAJ Barcelona	20
Equipo y Colaboradores	20

Laboral

Pere Vidal

Los pantallazos como medio de prueba en el proceso laboral

En puridad de términos, un correo electrónico, una conversación de WhatsApp o una captura del muro de Facebook encuentran su encaje en la prueba de soportes o instrumentos (art. 90.1 LRJS y 384 LEC).

Aunque en algunos casos se ha llegado a calificar como “documento privado” (TSJ de Catalunya 11 de noviembre de 2013¹ o TSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2010, que incluso les reconoce el valor documental a efectos de revisión de hechos probados en recurso de suplicación).

Con carácter general, los “pantallazos”, a pesar de que se aporten en formato papel o incluso incorporados a un acta notarial, no por ello se “convierten” en un documento. Deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica sin necesidad de pruebas instrumentales, cuando la contraparte no realice alegaciones sobre su integridad o autenticidad, aceptándola sin más. Ello a diferencia de la Jurisdicción Penal, donde

¹ Reconoce el carácter documental de unos correos electrónicos y posibilita acudir a l orden penal en caso de impugnación (art. 86.2 LRJS).

el art. 26 CP nos dice que “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.”

A continuación, repasamos algunas sentencias que avalan la eficacia probatoria del simple pantallazo.

- STSJ de Catalunya núm. 6096/2015 de 16 octubre. Otorga pleno valor probatorio (y eficacia revisora de hechos probados en sede de Suplicación) a unos pantallazos de “WhatsApp” que acreditan la existencia de una relación laboral.

En este caso, la Sala entiende que “atendida la dificultad probatoria del demandante, y ante la existencia de la conversación de “WhatsApp” con el demandado, procede modificar el hecho declarado probado (...) para qué en el mismo (...) conste que “ha quedado acreditado que el demandante prestó servicios como cuidador del padre del demandado entre los días 4 y 24 de mayo (...)”.

Y el razonamiento que hace la sentencia es muy relevante (art. 3.1 código civil): “(...) y ello por cuanto entendemos que las nuevas tecnologías nos obligan a valorar como medios de prueba elementos que no han podido ser



tenidos en cuenta por la legislación procesal, pero que en atención a cuanto establece el artículo 3.1 del código civil, deben aceptarse como válidos, al responder a la realidad social de nuestro tiempo.”

- STSJ de Cantabria núm. 662/2015 de 4 de septiembre nos dice que la LRJS “reconoce en términos muy amplios los medios de prueba que pueden ser empleados en el proceso laboral. La transcripción de las conversaciones mantenidas mediante el servicio de " WhatsApp " se viene admitiendo como medio de prueba en los juzgados de lo social y en las distintas salas de lo social.
- STSJ Catalunya núm. 4735/2016 de 18 julio convalida unos pantallazos de WhatsApp no cuestionados en el acto de juicio, en tanto que “el trabajador conocía perfectamente los mensajes a que alude la carta, pues había reconocido su autoría ante varias personas y, en el acto del juicio, ni impugna su autoría, ni su autenticidad, ni discute su contenido.”

Ahora bien, habitualmente se requieren medios de prueba instrumentales para acreditar integridad y autenticidad de la prueba, tal y como nos dijo la famosa Sentencia TUENTI (STS Sala Penal de 19 de mayo de 2015).

Por lo tanto, la exigencia de medios instrumentales de prueba es necesario, cuando el “pantallazo” es objeto de impugnación, cuestionándose su integridad o autenticidad.

Penal

Miguel Cáceres Casado

¿Excluye la correcta declaración anual de operaciones con terceras personas el delito contra la Hacienda Pública cometido en relación al IVA?

La respuesta a esta pregunta es simple a la par que compleja, pues existe un debate jurídico abierto al respecto desde hace ya algunos años sobre la incidencia de la correcta declaración de las operaciones con terceras personas (modelo 347) en la apreciación del ánimo defraudatorio exigible en el delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código Penal.

Antes de indagar en los aspectos controvertidos de esta cuestión y las implicaciones que puede tener la presentación correcta del modelo 347 en el elemento subjetivo del popularmente conocido como delito fiscal, expondré brevemente en qué consisten el modelo 347 y los modelos 303 y 390 relativos al IVA.

Las empresas y autónomos en el marco del desarrollo de su actividad económica se ven obligadas a interactuar entre ellas, bien en calidad de proveedores, bien en calidad de clientes, para poder alcanzar sus objetivos comerciales. Todas estas

operaciones comerciales deben ser puestas en conocimiento de la Agencia Tributaria a través de las correspondientes declaraciones de impuestos, pero no solo eso, sino a través de declaraciones de información concreta que permiten a la Agencia Tributaria cotejarlas y comprobar su simetría.

Todas aquellas operaciones en las que se devengue IVA tienen que ser declaradas trimestralmente a través del modelo 303 y con posterioridad referenciadas en el resumen anual de IVA a través del modelo 390, así funciona nuestro sistema de declaración de IVA. Esta declaración en esencia es una autoliquidación realizada por el sujeto pasivo de las operaciones en las que se ha generado IVA en un determinado trimestre. Por su parte el modelo 390, no es una autoliquidación que realiza el sujeto pasivo propiamente, sino que simplemente consiste en la puesta a disposición de la Administración Tributaria de la información a modo de resumen anual de todas las operaciones que ha autoliquidado el sujeto pasivo en el modelo 303 en los cuatro trimestres del año.

Ahora bien, las obligaciones del contribuyente respecto a la actividad económica que desarrolla no acaban aquí, sino que además tiene la obligación de poner en conocimiento de la Administración Tributaria todas las operaciones económicas realizadas con terceros en el último ejercicio cuando su importe sea superior a 3.005,06 euros, con independencia de si devengaron IVA o no, o si están sujetas pero exentas. Esta información se pone en conocimiento de



la Administración Tributaria a través del modelo 347 de declaración anual de operaciones con terceras personas.

El modelo 347 está regulado actualmente por el Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio y su creación respondió a la necesidad de apoyo en la gestión del IVA en los primeros momentos de su implantación en España, sin que esto interfiriera en la funcionalidad como instrumento de información a la Administración Tributaria para la gestión del sistema tributario en general. Consiste sencillamente en una declaración informativa que cada año deben presentar ante la Agencia Tributaria todas aquellas empresas y autónomos que hayan realizado operaciones con proveedores o clientes superiores a 3.005,06 euros. La presentación de esta declaración informativa actualmente se hace del 1 al 31 de enero (antes del 1 al 28 de febrero) con efectos a partir del 1 de enero de 2018 según la última reforma procurada por la Orden HFP/1106/2017, de 16 de noviembre.

A través de este instrumento, el contribuyente pone en conocimiento de la Administración Tributaria una información valiosísima de todas las relaciones económicas superiores a 3.005,06 euros que el sujeto obligado ha tenido con clientes y proveedores durante el ejercicio anterior al de su presentación. Lógico es deducir la importancia que tiene para la Agencia Tributaria poseer este modelo correctamente cumplimentado. Toda la información suministrada por el contribuyente permite cruzar la información contenida entre sujetos obligados para comprobar si todas las

operaciones realizadas y presentadas en sus autoliquidaciones encajan correctamente, y con ello, tener un control de los posibles fraudes que pudieran producirse en la declaración de IVA, sin que de ello derive directamente una liquidación tributaria.

Existiendo por un lado autoliquidaciones trimestrales de operaciones gravadas con IVA, un resumen anual de estas autoliquidaciones y por otro declaraciones informativas de operaciones con terceras personas superiores a 3.005,06 euros, es razonable pensar que puedan existir discordancias entre ellas. De existir éstas la Administración Tributaria desplegará su poderosa maquinaria en busca de posibles infracciones tributarias que pueden incluso ser constitutivas de delito. Desde el prisma penal, la concurrencia del ilícito dependerá, además de los distintos elementos integrantes del tipo objetivo, de la existencia de lo que la doctrina ha dado en llamar <<ánimo defraudationis>>. Este elemento (subjetivo) del tipo, que es el que aquí interesa, se constituye como una voluntad de ocultación o falseamiento del hecho imponible, esencial para determinar si únicamente hubo un error omisivo o de aplicación de la norma en la autoliquidación, o si por el contrario, verdaderamente existió una voluntad defraudatoria del sujeto pasivo con la finalidad de evitar el pago del tributo a la Hacienda Pública.

El ánimo defraudatorio pues, marca la línea roja para la existencia del ilícito penal, pues el mero impago de la deuda tributaria no acompañado de una



maniobra mendaz, podrá constituir una infracción tributaria, pero no así una infracción penal (sin que sea necesario que esa maniobra mendaz revista las características típicas del delito de estafa). Pero ¿Cuándo existe ánimo defraudatorio en la conducta del sujeto pasivo del impuesto que lo convierta en sujeto activo del delito?. La jurisprudencia penal es unánime en este sentido entendiendo que ese ánimo queda referido a la conciencia clara y precisa del deber de declarar y pagar el impuesto y la voluntad inequívoca de infringirlo. De este modo, existe ánimo defraudatorio en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, y en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible. De lo anterior cabe concluir que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria, en tanto en cuanto, implica una infracción del deber de declarar mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina.

Como decíamos arriba, el modelo 347 es una declaración de información del sujeto pasivo sobre la que la propia Administración Tributaria se apoya para contrastar las autoliquidaciones de IVA hechas por ellos. Si decimos que el ánimo defraudatorio existe cuando el sujeto pasivo no declara o lo hace torticeramente con conocimiento y voluntad de ello, se ha planteado desde el

ámbito tributario que alguna incidencia podría tener sobre este ánimo defraudatorio que el propio sujeto pasivo ponga en conocimiento de la Administración Tributaria, a través del modelo 347, los datos necesarios, para que con una mínima actividad de comprobación e investigación, ésta pueda liquidar la deuda y neutralizar el fraude.

Partiendo de esta idea, puede parecer que no merece el mismo reproche quien se esmera en la ocultación o falseamiento del hecho imponible en su autoliquidación, que quien habiéndolo ocultado o falseado, pone en conocimiento de la Administración Tributaria elementos necesarios para proceder a la correcta liquidación del tributo, corrigiendo con ello el fraude y la lesión al bien jurídico. Desafortunadamente existen contravenciones sólidas a este planteamiento que han sido argumentadas por los tribunales penales en varias resoluciones, mostrándose en su mayoría reticentes a otorgar eficacia excluyente del tipo subjetivo del delito fiscal.

En primer lugar, hay que decir que la finalidad del modelo 347 no es la de declarar o liquidar el IVA, ya que a esa finalidad únicamente responde el modelo 303. De esta forma, se consuma la ocultación o falseamiento de datos que integran la defraudación del artículo 305 CP desde el último día del plazo voluntario para presentar la liquidación del impuesto, por lo que cualquier puesta en conocimiento de la Administración Tributaria posterior de las verdaderas



operaciones realizadas que devengan IVA a través del modelo 347 no puede excluir el ánimo defraudatorio inicial del sujeto pasivo. Es decir, ni la puesta en conocimiento de la información alcanza a ser una verdadera declaración del tributo, ni la rectificación de la conducta del sujeto pasivo con posterioridad al vencimiento del plazo voluntario de liquidación evita la consumación del delito.

En segundo lugar, hay que tener presente que la información manifestada en el modelo 347 por sí sola y a efectos prácticos no permite la correcta liquidación de IVA. En la declaración de operaciones con terceras personas han de incluirse sólo las superiores a 3.005,06 euros, y han de figurar todas éstas, con independencia de que estén o no sujetas a IVA o sujetas pero exentas. Y no solo eso, sino que no se consigna el tipo de gravamen de cada operación, y que puede no coincidir el criterio de imputación temporal del devengo del impuesto (momento de la prestación del servicio o de la entrega del bien) con el de inclusión en el año natural a que se refiere el modelo 347 (fecha de expedición de factura o documento sustitutivo). Por estos motivos, el cálculo correcto de la liquidación en base a la información suministrada en el modelo 347 es impreciso a menos que la Administración Tributaria recurra a otros mecanismos para su correcta valoración. De ahí que la propia normativa reguladora relacionase la declaración anual de operaciones con terceras personas con las actuaciones de comprobación e investigación que realiza la inspección de los tributos, actuaciones

que son necesarias por exhaustivo y veraz que sea el modelo 347 presentado. En tercer lugar, aunque el sujeto pasivo ponga en conocimiento de la Administración Tributaria información indicativa de la existencia real de la deuda tributaria con la presentación de un modelo 347 veraz cuando previamente se han omitido las autoliquidaciones y/o el resumen anual, o se han presentado con datos falseados, es razonable pensar que esta conducta más bien forme parte del propio ánimo defraudatorio del sujeto pasivo y no al contrario. De tal modo que contribuya antes a dificultar la detección del fraude por la Administración Tributaria que a facilitararlo. Por esa vía el sujeto pasivo puede evitar que la Administración Tributaria detecte la existencia de discrepancias entre el modelo 347 que él presenta con los presentados por sus clientes y proveedores, realizando con ello una verdadera maniobra de ocultación que va más allá de la presentación mendaz del modelo 303.

En cuarto lugar, aceptar que la presentación de un modelo 347 correctamente cumplimentado excluye el ánimo defraudatorio cometido en las autoliquidaciones, pondría en igualdad de condiciones a aquellos sujetos que realizando tal conducta no pagaron la cuota defraudada y a aquellos otros que finalmente la pagaron íntegramente regularizando su situación tributaria antes del inicio de actuaciones administrativas o penales en su contra; e incluso en superioridad de condiciones, que aquellos que pagan lo defraudado con posterioridad al inicio de esas actuaciones en su contra.



Estos sólidos argumentos han sido acogidos por los Tribunales penales y ponen de manifiesto que la presentación del modelo 347 con la información completa y veraz no alcanza a excluir el ánimo defraudatorio del delito contra la Hacienda Pública. No obstante, cabe concluir que puede alcanzar a tener dos efectos relativamente diferenciados; de un lado, la presentación del modelo 347 con información veraz puede operar como un indicio de inexistencia de voluntad defraudadora. Ahora bien, para que tenga efecto excluyente de responsabilidad penal deberá ser apreciada junto con otros elementos potencialmente indiciarios, lo que habrá de ser valorado por el Juez en el caso concreto; de otro, el criterio sostenido por los Tribunales penales no puede convertirse en un simple automatismo en el sentido de no otorgar ningún efecto a la presentación veraz del modelo 347. En los casos en los que exista una contabilización real de la facturación en los libros registro y una correcta unión del soporte documental a la misma de fácil acceso para la Administración Tributaria, podría resultar un fundamento atenuante a la hora de imponer la pena por la comisión de la infracción penal.



Luis Enrique Granados Pla
Urgencia y celeridad en
detrimento de los derechos de la
víctima.

Consecuencias de una Sentencia de conformidad en el Juzgado de Guardia.

Una señora camina por la calle cuando es víctima de un “estirón”. Un motorista le arranca el collar de perlas. Afortunadamente, la Policía se encuentra cerca del lugar y logra detener al autor, si bien no localiza el collar, puesto que el autor se lo había tirado a otro motorista que logró huir. La patrulla identifica a la víctima y le informa de sus derechos, haciéndole cumplimentar un formulario donde la señora manifiesta expresamente que quiere formular denuncia y reclamar por los efectos sustraídos.

La señora vuelve a su casa y busca la factura del collar, que había comprado dos días antes del incidente por 5.000 euros. Al cabo de dos días, acude al Juzgado con su acta policial de manifestaciones y su factura del collar, para hacer valer el derecho que manifestó querer ejercer. Sin embargo, en el Juzgado le informan que el procedimiento se encuentra ya en fase de Ejecución de Sentencia, pues se ha dictado Sentencia de conformidad por la que han impuesto al autor una pena de 1 año y 4 meses de prisión, cuya ejecución ha quedado suspendida en el mismo acto de conformidad, y se ha fijado una indemnización de 600 euros a favor de la víctima, correspondiente al valor otorgado al collar por el perito judicial, quien

desconocía datos como la fecha de compra.

El relato anterior es un ejemplo de lo que, con más frecuencia de la deseable, ocurre en la práctica como consecuencia de la deficiente implementación del procedimiento de diligencias urgentes y juicio rápido, instaurado en nuestro ordenamiento hace 15 años.

El “procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, regulado en el artículo 795 y siguientes de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, fue la gran novedad de la reforma operada por la Ley 38/02 de 24 de octubre. Según rezaba su preámbulo, dicha reforma tenía por objeto reducir la lentitud de la persecución penal.

Que el procedimiento de juicio rápido ha servido a la celeridad en la tramitación judicial de determinados delitos es un hecho innegable y aplaudible. Pero, a mi juicio, la implementación que los Juzgados de Guardia han hecho de dicho procedimiento ha priorizado la rapidez en la tramitación de los expedientes en detrimento de la justicia material, y en concreto obviando algo tan importante como es el derecho de las víctimas del delito a ser oídas y participar activamente en el procedimiento.



Debe tenerse en cuenta que, si la revolucionaria reforma procesal penal del año 2003 tuvo por objeto agilizar los trámites judiciales, la reforma más reciente, operada a raíz de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, se focalizó en la figura de la víctima del delito y los derechos de ésta durante cada una de las fases de un procedimiento penal.

Mi humilde crítica no lo es a la regulación del Juicio Rápido, que me parece acertada y en muchos casos se ha revelado satisfactoria por la simplificación de trámites, la posibilidad de terminar el proceso en un brevísimo espacio de tiempo y el beneficio de rebaja de pena que se ofrece al acusado.

Sin embargo, el fin de celeridad, unido a la gran carga de trabajo que en ocasiones tienen los Juzgados de Guardia de Detenidos, pueden provocar -y provocan- situaciones como la descrita al inicio del presente artículo, en las que el automatismo judicial redundará en una omisión absoluta de la víctima, a la que ni siquiera se le informa de nada.

Volviendo a nuestro ejemplo, lo que ocurre en la guardia es lo siguiente: se solicita al perito judicial que emita informe "a mano alzada" sobre el valor de los bienes sustraídos (pues si se requiere a la víctima para que aporte factura quizá debe transformarse el procedimiento a Diligencias Previas y lo que podría durar un día se convierte en un procedimiento de 1 año y medio); se ofrece al detenido conformarse con una pena mínima rebajada en un tercio; y si finalmente el detenido se conforma, se dicta Sentencia

el mismo día, se declara firme, se suspende la ejecución de la pena de prisión y el ya condenado se va a su casa, no sin antes hacer una visita al amigo al que le había tirado el collar de perlas y acordar un reparto de los beneficios derivados de la venta del mismo.

Como se ha podido notar, la víctima no ha aparecido en ningún momento. Ha sido completamente olvidada por Juez, Fiscal y tramitadores del expediente. Quizá involuntariamente, o tal vez porque, simplemente, habría sido un escollo para la celeridad perseguida en el procedimiento de Juicio Rápido. Así, cuando la víctima acude al Juzgado, el procedimiento ya está en fase de ejecución. Llegados a este punto, y siendo la Sentencia firme, ¿tiene la víctima alguna posibilidad de recurrir esta Sentencia?

Como es bien sabido, las dificultades son enormes, casi insalvables, pues una Sentencia firme sólo puede ser revisada a través de un excepcional recurso de revisión, para el cual no tiene legitimación la víctima, y cuyos tasados y herméticos motivos (Sentencia basada en documentos o testigos falsos, aparición de hechos o pruebas nuevas) no son en principio de aplicación al caso.

La vía que sí cabe, a mi juicio, plantear, es la de la nulidad de actuaciones, aunque adelanto que el recorrido de tal incidente de nulidad en casos como el presente es incierto, por no decir que muy probablemente se verá abocado al fracaso.



No por ello dejaré de exponer los argumentos que, a mi juicio, deberían servir para salvar estos obstáculos que generan una patente indefensión a la víctima del delito.

El artículo 776.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “El Secretario Judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110 cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial.”

Por su parte, los artículos 109 bis y 110 de la LECrim permiten la personación de los perjudicados “antes del trámite de calificación del delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.”

No obstante, este último inciso debe interpretarse de conformidad con las disposiciones de Derecho comunitario que sirvieron de base a la introducción de dichos artículos en nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 109 bis de la LECrim fue introducido en nuestra legislación por la Ley del Estatuto de la Víctima, la cual pretende ser el instrumento de transposición y adaptación al derecho nacional de la Decisión Marco 2001/220/JAI de 15 de marzo del Consejo, y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012. Así se hace notar en el Preámbulo de la propia norma. Por tanto, entiendo que interpretar el artículo 109 bis de manera meramente literal y prescindir del contexto que llevó a su introducción supondría una limitación de los derechos de la víctima en el derecho

español absolutamente discordante con el espíritu de la reforma operada en 2015. La Directiva 2012/29/UE, que en sus Considerandos deja clara su vocación de ser una garantía de protección judicial y extrajudicial de la víctima del delito, incidiendo especialmente en que “las autoridades competentes deben velar por que las víctimas reciban datos de contacto actualizados para la comunicación sobre su caso, a menos que la víctima haya expresado su deseo de no recibir tal información,” dispone en su articulado que la víctima debe ser informada, entre otras cosas, de “su papel en relación con el procedimiento” (art. 4), “la hora y el lugar del juicio, y la naturaleza de los cargos contra el infractor” (art. 6), así como “la información que permita a la víctima conocer en qué situación se encuentra el proceso penal, a menos que, en casos excepcionales, el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado por dicha notificación (art. 6)”.

Por su parte, la Decisión Marco 2001/220/JAI, en su artículo 4, también obliga a los Estados Miembros a facilitar a la víctima el acceso a la información pertinente para la protección de sus intereses, señalando, entre otros, “el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia; el curso dado a su denuncia; las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas; y los elementos pertinentes que le permitan, en caso de enjuiciamiento, seguir el desarrollo del proceso penal”.

Fácil es advertir que, en el caso que hemos presentado al inicio, se ha obviado completamente el deber de las



autoridades de informar a la víctima sobre el devenir de su denuncia, pese a que ésta en ningún momento renunció a dicho derecho. A mi parecer, ello puede suponer la nulidad de las actuaciones, con amparo en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prevé dicha posibilidad “Cuando se prescindiera de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.”

La omisión del ofrecimiento de acciones al perjudicado y la absoluta desinformación al mismo de la existencia o el desarrollo del procedimiento incoado son a mi juicio una vulneración de una norma esencial del procedimiento, en concreto del artículo 109 y ss., interpretados de acuerdo con la normativa comunitaria que supuso su introducción en nuestra Ley Rituaria, y dicha vulneración genera una clara indefensión a la víctima, que se ve días después ante una Sentencia que quizá le resulta injusta (como sucede en nuestro ejemplo) y contra la que no puede interponer recurso ordinario alguno.

En resumen, sucede en ocasiones que, como consecuencia de la exagerada celeridad y premura con la que se tramitan las Diligencias Urgentes, la víctima no puede participar en el procedimiento, personarse como acusación si lo desea, testificar en juicio, aportar documentación o proponer prueba. Además, como consecuencia de la conformidad en el mismo Juzgado de Guardia, la víctima no puede siquiera recurrir la Sentencia, que ha devenido firme por haber expresado las partes (acusación pública y defensa) su deseo

de no recurrir. La urgencia judicial perseguida con el juicio rápido redunda a veces en una limitación de los derechos de la víctima, denunciable sólo a través de un incidente de nulidad de actuaciones.

Pocas resoluciones avalan mi reivindicación, y las pocas que hay son anteriores a la reforma de 2015 (véanse por ejemplo la SAP Sevilla Sección 7^a de 29 de noviembre de 2010, o la SAP Murcia, Sección 5^a, de 13 de julio de 2004). Creo que es de esperar que empiecen a surgir pronunciamientos en el sentido sostenido por este artículo a raíz de la reforma operada por el Estatuto de la Víctima. Hasta entonces, la víctima de un delito tendrá que ser proactiva y no esperar a que el Juzgado le informe si no quiere verse perjudicada por las malas costumbres adquiridas tras la implementación del procedimiento de Juicio Rápido.



Civil

Oriol Espar

El Brexit: su impacto sobre la preferencia por los Tribunales Ingleses en determinadas transacciones así como la ejecución de las resoluciones de aquellos.

Salvo que acontecimientos difíciles de prever en este momento cambien el curso de este novedoso proceso político, se prevé que el próximo 25 de marzo de 2019 el Reino Unido abandone la Unión Europea, dando cumplimiento a lo votado en el Referéndum del 23 de junio de 2016.

Aunque la decisión sometida a los ciudadanos en el citado referéndum partía de un planteamiento binario (permanecer en la UE o salir de ella), la salida de la Unión Europea ha inmerso al Reino Unido en un complejo y costoso procedimiento que implica un trabajo normativo de proporciones titánicas, junto con decisiones, negociaciones, previsiones de escenarios y demás, canalizados principalmente a través de la creación de un nuevo ministerio: el *Department for Exiting the European Union*.

Siguiendo este curso de acontecimientos, el 26 de junio de 2018, dos meses y tres días después del referéndum, se

promulgó el *European Union (Withdrawal) Act 2018*, una ley, como indica su escueta exposición de motivos, para repeler el *European Communities Act 1972* y disponer otras provisiones en conexión con la retirada del Reino Unido de la Unión Europea. En el camino de formación de este texto, se decidió cambiar el nombre original previsto para la Ley (*Great Repeal Bill*) por uno más neutro.

En cualquier caso, el artículo 3.1 del EU Act 2018 prevé la incorporación de legislación directa de la Unión Europea al ordenamiento del Reino Unido tras el citado día (al que se denomina como exit day) e incluye en las definiciones de dicho concepto los reglamentos (3.1.2).

En concreto, uno de los efectos de este texto legal tras la salida de la Unión Europea puede ser que, entre otros, el Reglamento UE 1215/2012 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en la UE, que afecta a reconocimiento de sentencias entre Estados Miembros, ya no surta efecto en el Reino Unido². Hasta la fecha, este Reglamento permitía una rápida ejecución de las Sentencias entre los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos el Reino Unido.

² Quizá pueda llegar a considerarse que tenga aplicabilidad en el Reino Unido como parte de su ordenamiento, conforme al propio redactado de la Ley, pero lo que es seguro es que no habrá efectos recíprocos respecto a los Estados de la Unión Europea, lo que resta todo incentivo a que se aplique (a la espera de lo que doctrina y Tribunales ingleses decidan al respecto).



El Reino Unido es el foro más atractivo de la zona europea para la resolución de disputas comerciales y, en especial, relacionadas con la banca y finanzas, por lo avanzado de su ordenamiento en estas materias. Como muestra de esta buena reputación, el documento de trabajo “*England and Wales: The jurisdiction of choice*”, de la *Law Society of England and Wales*, enumera las ventajas del Derecho inglés, de sus Tribunales y también de los procedimientos arbitrales en el Reino Unido.

Así pues, si el *European Union (Withdrawal) Act* arrostra, como todo apunta, una pérdida de vigor del Reglamento 1215/2012, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), ello minorará, a buen seguro, el atractivo de los Tribunales ingleses como principal foro de conveniencia para disputas comerciales entre partes y, en particular, las referidas a financiación.

Tal es la preocupación desatada que, en muchos foros, se está llegando a plantear la conveniencia de acudir al Arbitraje como vía alternativa a los Tribunales Ingleses, en asuntos que habitualmente se sometían a ley y jurisdicción inglesa³. Y, por otra parte, se ha puesto de manifiesto que hay escenarios que quedan -por el momento- faltos de previsión, como ya se ha apuntado en el

³ El Informe de la ICC Commission on Financial Institutions and International Arbitration es una muestra del interés de la Cámara de Comercio Internacional en consolidarse como un referente en la resolución de disputas del sector financiero (y, por ende, una alternativa a los Tribunales Ingleses), es un buen botón de muestra de ello.

caso de dos asuntos que se inicien el mismo día antes de entrar en vigor el Brexit y, mientras que en uno de ellos se dicta Sentencia antes, en el otro se dicta después. ¿Merecerán estos casos un trato distinto?⁴.

Además de prever soluciones sensatas para los casos que irán surgiendo, el Reino Unido tendrá que explorar otras vías para facilitar el reconocimiento de sus Sentencias, algo imprescindible para continuar siendo un foro atractivo para otros países como lo venía siendo hasta ahora.

Dos instrumentos se han erigido, en los principales foros relativos al Brexit, como una solución alternativa (menos da una piedra) al tema de la ejecución de sentencias, a saber: el Convenio de Lugano y el Convenio de Bruselas de 1968.

La vía del Convenio de Lugano se contempla de forma directa en el *White Paper* sobre *The Future Relationship between the United Kingdom and the European Union*, presentado al Parlamento inglés en julio de 2018. El apartado 1.7, referido a Socio-economic cooperation, contiene el punto 128.g) que indica expresamente que: “the UK’s proposals include: g) seeking to join the Lugano Convention, and exploring a new bilateral agreement with the EU on civil

⁴ *Clifford Chance. Client Briefing Junio 2017. Brexit: the way forward for applicable law and civil jurisdiction and Judgments*. Disponible en <https://onlineservices.cliffordchance.com/online/freeDownload.action?key=OBWlbFgNhlNomwBI+33QzdFhRQAhp8D+xrlGRel2crGqLnALtlyZex7Vod9aDlylDXlz75kRQgrp5mt12P8Wnx03DzsaBGwslB3E VF8XihbSpJa3xHNE7tFeHpEbaelf&attachmentsize=243260>



judicial cooperation, covering a coherent package of rules on jurisdiction, choice of jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of judgments in civil, commercial, insolvency and family matters”.

Lo cierto es que el Convenio de Lugano, del año 2007⁵, tiene ciertas similitudes con el Bruselas IIbis y puede ser una vía ágil para la ejecución de Sentencias de Tribunales del Reino Unido, aunque se éste lo ha firmado pero no ratificado.

Como ejemplo, el artículo 23 que permite la libre designación de foro por las partes (*“If the parties, one or more of whom is domiciled in a State bound by this Convention, have agreed that a court or the courts of a State bound by this Convention are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction”*), lo que disipa problemas de competencia y facilita la posterior ejecución de Sentencia o el régimen de ejecución, sencillo, que se regula en los artículos 31 y siguientes y presenta una peculiaridad para el Reino Unido por razón de su división territorial (artículo 38.2).

Y es que, de hecho, Noruega, Suiza e Islandia estados del EFTA (el bloque de estados que no podía o no quería unirse como miembros plenos de la Comunidad Europea), se rigen por este Convenio, cuya finalidad principal era facilitar la

ejecución de sentencias entre la UE y estos estados.

Aunque es una vía interesante, no está exenta de críticas por varias cuestiones, entre otras, que los estados para los cuales se concibió originalmente no se rigen por el common law y que no todo ha sido un camino de rosas ya que la UE considera al TJUE como el máximo intérprete de dicho tratado y ello cuesta de aceptar a estados como Suiza donde sus Tribunales se desvían a veces de la línea jurisprudencial de dicho Tribunal⁶.

Por otra parte y ante una imposibilidad de acceder -al menos de forma inmediata- a la vía del Convenio de Lugano, el Reino Unido cuenta, como solución de último recurso, con el Convenio de Bruselas de 1968, ya que este convenio pasó a formar parte del ordenamiento jurídico del Reino Unido en virtud del *Civil Jurisdiction and Judgments Act* de 1982. Aunque no tan eficiente ni atractivo, parece extenderse una interpretación que aboga porque dicho Convenio aplicaría de forma automática tras el Brexit, lo que actuaría como un “parche” temporal.

Los Tribunales ingleses tienen una muy buena reputación (a veces amplificada) sobre rapidez de tramitación de medidas provisionales y cautelares, facilidad de resolución de disputas cross-border y existencia de criterios suficientes al respecto, de ser una jurisdicción tradicionalmente comprensiva con las

⁵ El Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, hoy sustituido por el Convenio de Lugano del 30 de octubre del 2007, fue ratificado por España (BOE 20 octubre de 1994).

⁶ HESS, BURKHARD. *The Unsuitability of the Lugano Convention (2007) to Serve as a Bridge between the UK and the EU after Brexit*. Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law. Research Paper Series, núm. 2018 (2).



entidades financieras y la naturaleza de las transacciones en las que están involucradas, de flexibilidad, dado que los pleitos complejos como los de banca se vehiculan a través de *Case Management Conferences* (parecidas a las órdenes procesales en el arbitraje español), de limitación de las causas de apelación y de uniformidad, con los matices oportunos, gracias a la relativa certidumbre que la doctrina del precedente vinculante (*binding precedent*) le confiere.

Todo ello se traduce en que el ordenamiento jurídico inglés cuenta con soluciones seguras para las múltiples cuestiones que pueden plantearse en las disputas comerciales, pudiendo citar como ejemplos resoluciones de los últimos años en materia de jurisdicción, cláusulas asimétricas, contratos en general: buena fe contractual, notificación de reclamaciones, variación oral de estipulaciones escritas de un contrato (caso *Rock Advertising v MWB Business*), discreción contractual, indemnizaciones, temas especializados de banca como el lugar de pago de una obligación que deriva de una *Letter of Credit* y Tribunal Competente (el reciente caso *Taurus v State Oil Marketing Company*), cláusulas ambiguas (caso *Marks&Spencer vs BNP Paribas*), embargo de cantidades no dispuestas (caso *JSC BTA Bank v Ablyazov*) y otras más, por no decir que fueron pioneros en el tema de garantías financieras (Casos *Gray* y *Lehman*, 2010 y 2012 respectivamente).

Esta eventual disminución de la conveniencia de la elección de los Tribunales ingleses puede provocar, a su vez, que su ordenamiento se designe

menos veces para la solución de disputas de los contratos, aunque algunos estados como Francia están postulándose como foro de referencia para disputas internacionales⁷.

En cualquier caso, lo cierto es que el mercado continúa, a día de hoy, sometiendo un gran número de operaciones a Derecho inglés y Tribunales ingleses, con especial incidencia en los contratos de financiación. Es de destacar que la *Loan Market Association* (LMA), entidad referente a nivel europeo que aglutina un buen número de entidades financieras y operadores jurídicos y fija estándares de contratación, no contempla este riesgo -por el momento- como una cuestión de primer nivel. Dicha asociación será un buen termómetro para analizar las tendencias del mercado si en su momento emite una opinión al respecto.

Por tanto, aunque en este artículo se ha hecho patente el riesgo que supone el Brexit en cuanto a la elección de Ley y Jurisdicción en muchos acuerdos comerciales, no puede adelantarse que el simple hecho de no disponer de las mismas vías que antes del Brexit vaya a provocar *per se* problemas de competencia jurisdiccional o de reconocimiento y ejecución de sentencias, además de no poder orillar de inicio factores no jurídicos como como el objeto del contrato o la fuerza negociadora de las partes. Es muy

⁷ Como muestra, véase <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/presentation-des-chambres-commerciales-internationales-de-paris-ccij> .

probable que en muchas operaciones se siga optando por dicha ley y fuero.

Administratiu

Arnau Martí Carretero

La difícil tarea de reclamar indemnización a la administración: comentario de la sentencia STS 1174/2018, de 10 de julio de 2018.

En la película de Indiana Jones y la última cruzada, el aventurero creado por Steven Spielberg debe superar a contrarreloj un laberinto lleno de trampas y acertijos para recuperar el santo grial y, así, salvar su vida y la de sus seres queridos.

Pues bien, salvando las distancias (es evidente que en el mundo del derecho no tenemos habitaciones con hachas voladoras), para el administrado la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa siempre ha sido muy parecida: se tenía que superar un camino lleno de dificultades para conseguir que la administración le indemnizara por los daños que ésta le había generado.

No obstante, con su última sentencia relativa a los daños generados por la anulación de una licencia urbanística y la consecuente demolición del inmueble

construido, el Tribunal Supremo ha conseguido que obtener una indemnización por una responsabilidad administrativa de carácter urbanístico sea una aventura más propia de Tom Cruise haciendo de Ethan Hunt (Misión Imposible).

Y, es que, el pasado 10 de julio el Tribunal Supremo dictó sentencia en el procedimiento nº 1548/2017, unificando con ella la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción en los casos de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición determinante de la demolición de un inmueble.

Esta sentencia tenía como objeto aclarar si el plazo de un año para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de los daños y perjuicios causados por la demolición del inmueble empezaba a contar desde el efectivo derribo de lo construido, o desde la firmeza de la sentencia que acuerda la anulación de la licencia que permitió dicha edificación.

Para resolver esta cuestión, en su sentencia el Tribunal Supremo aborda el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 (actual artículo 67 de la Ley 39/2015) y dictamina que el plazo para reclamar la responsabilidad patrimonial derivada de la orden de demolición de un tanatorio previamente autorizado por la Xunta de Galicia empieza a contar desde la firmeza de la sentencia de instancia, y no desde el derribo efectivo de la construcción. Concretamente, el Tribunal Supremo afirma que: “como regla general debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia



anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación”.

Así pues, el Alto Tribunal consolida la excepción de la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial: cuando la responsabilidad viene generada por actos administrativos ilegales que hubieran sido objeto de anulación el plazo empieza con la sentencia firme.

Este inicio del plazo no debe entenderse como una presunción de la existencia de una responsabilidad patrimonial. Como ha afirmado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de diciembre de 2017: “el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 139”.

En este mismo sentido lo señaló el mismo Alto Tribunal en su sentencia de 30 de junio de 2014, donde confirmó que la mera anulación judicial de un acto administrativo no es presupuesto suficiente para que un particular afectado pueda tener derecho a una indemnización, sino que para que se dé tal circunstancia es necesario que concurren todos los requisitos exigidos por la ley.

Pues bien, no es el objeto de este artículo (por espacio y tiempo) estudiar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 32 de la Ley 40/2015 (antiguo artículo 139 de la Ley 30/1992) en los supuestos en que la anulación de una licencia que conlleva el derribo de una construcción genera un daño a un particular. Por ello únicamente nos centraremos en el requisito establecido en el segundo apartado del precepto previamente mencionado, esto es, la necesidad de que la actuación de la administración genere un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente.

Y eso por cuanto el Tribunal Supremo ha sido constante al interpretar (entre otras en sus sentencias de 23 de octubre de 2009 o de 1 de junio de 2011) que la anulación judicial de una sentencia que conlleva una demolición no es un presupuesto suficiente para que sea procedente la reclamación de responsabilidad patrimonial ya que: “la demolición no se ha materializado y por lo tanto el gasto en cuestión no se ha producido, por lo que no puede servir de fundamento a la reclamación”.

Es decir, el daño emergente y el lucro cesante que se reclaman con apoyo en la orden de demolición no constituyen un daño efectivo hasta que dicha orden se lleve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades.

Y, es que, como es lógico, aunque una declaración de nulidad de una licencia conlleve implícitamente el derribo de lo construido en virtud de dicha licencia, esa



consecuencia no se materializará hasta que se presente un proyecto de derribo y se proceda a demoler lo construido. En otras palabras, debe diferenciarse una doble dimensión jurídica en supuestos como el que nos ocupa: en primer lugar se da el acto jurídico que acarrea el derribo (la sentencia) y, después de la incoación, tramitación y finalización del pertinente expediente de restauración de la legalidad urbanística, se realiza el acto ejecutivo de derribo (el cual genera un daño real y efectivo).

Pues bien, teniendo en cuenta este orden lógico en relación con la inexistencia de una lesión indemnizable en el momento de anulación de una licencia, no puede sino reprocharse la doctrina que ha asumido el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio. Y eso por cuanto si con la sentencia anulatoria empieza el plazo para reclamar la responsabilidad patrimonial, pero ésta no se puede reclamar hasta que el daño no sea efectivo (esto es, hasta que no se derribe la construcción), a partir de ahora conseguir una indemnización de la administración será una auténtica carrera de obstáculos a contrarreloj.

Podría esgrimirse aquí que con dicha sentencia el Tribunal Supremo se está asegurando que exista un cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente y, concretamente, que en un plazo prudente (el interesado querrá derribar cuanto antes para poder reclamar la responsabilidad patrimonial) se derriben todas las construcciones ilegales.

No obstante, con esta sentencia lo único que está generando el Tribunal Supremo

es una carga adicional al administrado, el cual recordemos no tiene ninguna culpa (siempre ha actuado bajo el amparo administrativo), pero que se encuentra en la tesitura de tener que ser la parte activa para hacer cumplir la ley (que, recordemos, ha vulnerado la administración), requiriendo una indemnización sin conocer exactamente el gasto que le supondrá el derribo (si se debe requerir la responsabilidad antes del derribo, el quantum indemnizatorio será una aproximación).

Pero es que, además, esta doctrina da una preocupante libertad a la administración para equivocarse, de la que el administrado carece, bajo el pretexto de que no siempre se puede acertar cuando se trata de actos discrecionales. Y ello sorprende cuando, precisamente, la Administración cuenta con un procedimiento para decidir y acertar, para ajustarse a la legalidad y obtener la eficacia, con asesores e informes.



Sobre la Butlleta d'Actualitat Jurídica - GAJ Barcelona

Las opiniones recogidas en los textos publicados en el Boletín pertenecen exclusivamente a sus autores. La opinión oficial del GAJ la expresa su Comité Ejecutivo.

Equipo y Colaboradores

Equipo: Juan Irala, Oriol Espar, Pere Vidal, Mariona Argilés, Paz Vallés

Han colaborado en este ejemplar: Pere Vidal, Miguel Cáceres Casado, Luis Enrique Granados Pla, Oriol Espar y Arnau Martí Carretero

¿Quieres publicar en la Butlleta?

Envía un mail con tus preguntas, dudas, propuesta de comunicación o (si ya lo tienes) con el artículo haciendo click en el siguiente [Link](#).

Bases

Para facilitar la edición de los trabajos, es necesario el envío de los trabajos adaptados a la siguiente [Plantilla](#), respetando las instrucciones que contiene.

Extensión sugerida(deberá justificarse que un artículo se aparte del criterio anterior):

- Comentario a sentencia: 1.000 caracteres
- Artículo doctrinal: 2.000 caracteres

El GAJ se reserva el derecho a editar los textos sin alterar su contenido fundamental.

Plazos

Los plazos de presentación de artículos vencen a las 23.59 de la fecha límite para cada trimestre. Las fechas son: Trimestre 1 (20/03), Trimestre 2 (20/06), Trimestre 3 (20/09), Trimestre 4 (20/12)

