

Sumario

Novedades legislativas

- **DERECHO PENAL: El delito de corrupción en los negocios, ¿todo vale en la lucha por la supervivencia?**
- **DERECHO TRIBUTARIO: El impuesto sobre sucesiones y donaciones en España, las sucesiones transfronterizas**

I DERECHO PENAL: El delito de corrupción en los negocios, ¿todo vale en la lucha por la supervivencia?

Autor: Antonio Prats

Hace año y medio que entró en vigor la LO 1/15, de 30 de marzo que modificó, entre otras materias, el delito de corrupción entre particulares previsto y penado en el artículo 286 Bis del Código Penal. Recordemos que este delito ya existía desde 2010 y que nació para proteger el creciente comercio transfronterizo que hizo necesario garantizar la libre competencia entre particulares.

Un estudio publicado por Ernst and Young (*Fraud and corruption - the easy option for growth?* / Fraude y corrupción: ¿la opción fácil para crecer?) confirmó que la corrupción en los negocios se encuentra instalada de modo endémico en el tejido empresarial español que, 7 de cada 10 directivos encuestados reconocen como habitual la corrupción en el mundo de los

negocios y que el 46% justifica los sobornos si éstos ayudan a la pervivencia o buena marcha de la compañía. Dichas cifras duplican la media de Europa Occidental.

Por tanto, no nos engañamos al afirmar que, en ciertos colectivos empresariales se considera que los regalos, dádivas, donaciones, donativos, gratificaciones u ofrendas constituyen una forma de actuar generalizada si ello justifica la buena marcha de la empresa. Pero, ¿todo vale en la lucha por la supervivencia?

¿Son conscientes estos colectivos de que, en determinadas circunstancias, con la entrega o recepción de dádivas para justificar la buena marcha de la empresa, pueden estar cometiendo un delito que puede acarrear penas privativas de libertad, amén de

cuantiosas multas e, incluso la responsabilidad penal de la propia empresa como persona jurídica?

Según el artículo 286 Bis del Código Penal, tan autor del delito es el que recibe (toma lo que le dan), solicita o acepta (recibe voluntariamente y sin oposición lo que le dan) un beneficio o ventaja (mejoría de una persona o cosa respecto de otra persona o cosa) no justificados de cualquier naturaleza, como el que promete, ofrece o concede dichos beneficios o ventajas no justificados. Es decir, la misma suerte penal puede correr el que recibe, solicita o acepta como el que promete, concede u ofrece.



¿Qué se entiende por “beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza”? ¿tres botellas de un buen vino reserva 2001 a 160€ la botella lo sería?, y, ¿diez botellas de este mismo vino?. Pensemos que en este caso estaríamos ante un regalo valorado en 1600€. ¿Estaría justificado este regalo si para ello garantizo la buena marcha de la empresa? y, ¿una mesa en un restaurante galardonado con estrellas Michelin? Y ¿un fin de semana de esquí o un viaje de 10 días?.

¿Dónde está la línea divisoria entre un beneficio adecuado que no debe afectar a la voluntad de decisión de una tercera persona

y un regalo no justificado con el que, por el contrario, se pretende afectar a dicha decisión?. La respuesta no es sencilla pues, por un lado el legislador no ofrece una regla taxativa sobre lo que es adecuado o lo que no lo es y, por otro, sobre el Juez recaerá la ardua tarea de distinguir entre dádivas no justificadas y regalos y atenciones, que responden a una lícita actitud de “cuidar a un cliente”.

Para delimitar cuándo se puede estar traspasando la línea de lo que se considera “justificado”, debemos tener en cuenta el bien jurídico que protege este tipo penal. Es decir, ¿qué situación real pretende proteger este delito? El artículo 286 Bis protege la competencia como institución, la libre competencia justa y honesta y la libre concurrencia de entidades privadas que operan en el tráfico mercantil. Por tanto y a sensu contrario, se criminaliza cualquier acto no justificado que se realice para causar un cambio de voluntad o decisión del destinatario, quebrando así la libre concurrencia.

¿Cómo podemos valorar si, quizás estamos cometiendo el delito sin ser conscientes de ello? Para ello deberemos formularnos las siguientes preguntas: ¿qué pretendo obtener a cambio del regalo, por mucho que lo haga en fechas tan propicias como las fiestas navideñas?, ¿qué me impulsa realmente a hacer este regalo?, ¿cuál es el ánimo que me lleva a hacer este regalo?, ¿es un regalo neutro?, ¿es un regalo con el que pretendo fidelizar clientes frente a la competencia y busco que sigan reportando importantes beneficios a mi empresa?, es un regalo de agradecimiento?, ¿realmente

podría justificar el regalo o, en cambio, no lo podría justificar de ninguna manera? O, ¿por qué acepto un regalo como el que me están ofreciendo?, ¿qué interés puede haber detrás del regalo que me ofrecen?. La respuesta sincera a todas estas preguntas son las que nos convertirán, o no, en autores del delito de corrupción en los negocios.

Imaginemos el siguiente supuesto de hecho: un empresario que, con el fin de que contraten sus productos o servicios y en detrimento de la competencia, ofrece y entrega a administradores y/o directivos de otras sociedades determinados beneficios o ventajas. Además y como “agradecimiento”, invita anualmente a estos administradores y/o directivos a un viaje en el que aprovecha para hacer un congreso o unas charlas, evidentemente, sobre la calidad de sus productos o servicios. Y todo ello, claro está, a cargo a la sociedad oferente. ¿Estaríamos ante la comisión del delito?, la respuesta la encontramos respondiendo a la siguiente pregunta: ¿si nos citara un Juzgado instructor en calidad de investigados, podríamos “justificar” el beneficio o ventaja entregados y el consecuente viaje con todos los gastos pagados?, ¿habría influido nuestro regalo en alguna decisión que tuviera que adoptar el destinatario del mismo y que beneficiaría a nuestra empresa en detrimento de la competencia?

¿Se cometería el delito si, al viaje, vinieran los padres o familiares de los administradores y/o directivos?. A tenor literal del precepto sí, ya que el tipo penal se

refiere a que el beneficio o la ventaja no justificados de cualquier naturaleza deberán ser “para sí o para un tercero”.

Respecto de la contraprestación a la entrega u ofrecimiento de dádivas no justificadas, la reforma de 2015 ha concretado que deberá favorecerse indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, en la contratación de servicios (tanto los profesionales como los no profesionales) y en las relaciones comerciales.



¿Se cometería el delito cuando, por ejemplo, la entrega del regalo la realiza un comercial sin que sus superiores en la empresa tengan conocimiento de ello? Imaginemos un comercial que, para asegurarse una buena posición en la empresa, financia determinados servicios y favores, incluso sexuales, a clientes. Pues bien, en este caso, el reproche penal podría recaer incluso sobre la empresa como persona jurídica, con importantes y gravísimas consecuencias económicas en forma de multa. Prevé el Código Penal en su artículo 31 bis que podrá ser penalmente responsable la persona jurídica cuando el delito se cometiera en nombre o por cuenta de las misma y en su beneficio directo o indirecto, tanto por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona

jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, así como por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Es decir, si el comercial comete el delito por no haberse ejercido por parte de la empresa un debido deber de supervisión, vigilancia y control de su actividad y la empresa carece de modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, la empresa puede salir gravemente perjudicada.

Lo que diré ahora no debe interpretarse como una justificación para cometer el delito ni tampoco oxígeno para los autores del mismo pero, bien es cierto que en la práctica, para recaer condena por este delito deberá quedar acreditado, sin ningún género de dudas, el nexo causal entre el beneficio y la ventaja no justificados, y la concesión. Y ello, en determinados casos resulta complicado de probar. Piénsese que la línea que separa lo justificado de lo injustificado puede ser muy tenue y el mismo regalo se puede interpretar de forma muy distinta si se hace por ejemplo como agradecimiento a una adjudicación ya realizada o si se hace cuando se está

pendiente de la adjudicación.

El Código Penal también penaliza la entrega de dádivas a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero o a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, jueces, árbitros cuando lo que se quiera sea alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una competición deportiva siempre que ésta sea de especial relevancia económica o deportiva. Y por último también en las relaciones comerciales internacionales.

Recordemos finalmente que estamos ante un delito de peligro en el que se penalizan todas las formas de comisión, consumándose el delito con la mera solicitud y el ofrecimiento, aun cuando la oferta sea rechazada por el destinatario y que estamos ante un delito público, es decir, denunciabile por cualquier persona como por ejemplo un trabajador despedido y conoedor de prácticas poco recomendables.

II DERECHO TRIBUTARIO: El impuesto sobre sucesiones y donaciones en España, las sucesiones transfronterizas

Autor: Marcos Escoda

Como es bien sabido, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en España es un tributo estatal que, sin embargo, tiene algunas de sus competencias cedidas a las Comunidades Autónomas. Fruto de esta cesión de competencias, a una herencia que deba tributar en España le podrá ser de aplicación la normativa de una determinada Comunidad Autónoma o la normativa estatal en función de la residencia fiscal de los contribuyentes.

En particular, se encuentra cedida a las Comunidades Autónomas la competencia de establecer reducciones y bonificaciones adicionales a las establecidas en la normativa estatal del impuesto, lo que provoca que se produzcan considerables diferencias en la carga tributaria que han de soportar los contribuyentes en función de la normativa aplicable.



Consecuentemente, se da la circunstancia de que en una sucesión que deba tributar en España pero cuyo causante o contribuyente no sea residente fiscal en territorio español ni en otro estado miembro de la Unión

Europea, la normativa de aplicación a la herencia será la estatal y no la autonómica correspondiente, resultando una tributación por Impuesto sobre Sucesiones muy superior, en la mayoría de casos, a la que habría correspondido de aplicar la normativa autonómica.

Ante la situación expuesta, nos planteamos su legalidad y la posibilidad de instar la devolución del Impuesto sobre Sucesiones soportado en exceso por los herederos al aplicárseles la normativa estatal y no la autonómica. En este punto cabe recalcar que España es un estado miembro de la Unión Europea y, como tal, está sujeto al Derecho Comunitario y a los pronunciamientos emanados de los correspondientes organismos Comunitarios en aplicación del mismo. Por ello, hemos de pasar a analizar detenidamente si la normativa española del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones cumple con lo establecido por el Derecho Comunitario.

Tras un breve análisis se observa que, a priori, la normativa española estaría infringiendo uno de los principios fundamentales en los que se basa el Derecho Comunitario, concretamente el principio de libre circulación de capitales. Ello se debe a que éste es el único de los principios fundamentales de la Unión que ha sido ampliado a terceros países (*erga omnes*). Es decir, la libre circulación de

capitales no solo aplica entre estados miembro de la Unión Europea sino que también aplica respecto de terceros países¹. Sin embargo, cabe plantearse si la libre circulación de capitales aplica y hasta qué punto en relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En este sentido, la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha constatado una vulneración de este principio fundamental cuando un Estado miembro dispensa un trato fiscal diferente a los sujetos pasivos en base al criterio de su residencia. Concretamente, ha detectado infracciones a la libre circulación de capitales en los casos en los que las leyes de un Estado Miembro conceden beneficios fiscales más favorables a los residentes que a los no residentes. A este respecto, el TJUE ha sido tajante y claro al hacer las siguientes manifestaciones:

- ▮ Las sucesiones hereditarias forman parte del “movimiento de capitales” y están afectadas, por tanto, por el principio de libre circulación.
- ▮ Cualquier normativa que haga depender la aplicación de reducciones o bonificaciones en el Impuesto sobre Sucesiones del lugar de residencia del causante y del causahabiente, produciendo con ello una disminución del valor de la herencia de un residente de un Estado distinto a aquel en cuyo territorio se grava la sucesión, constituye una restricción de la

¹ En la actualidad, la libre circulación de capitales viene regulada en los artículos 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En los que se establece expresamente su aplicación a terceros países.

libre circulación de capitales (Sentencia Mattner de 22 de abril de 2010 y Sentencia Welte de 17 de octubre de 2013).

- ▮ Las desigualdades de trato en función de la residencia carecen de toda justificación dado que las excepciones previstas a la libre circulación de capitales deben interpretarse restrictivamente. La diferencia de trato ha de estar objetivamente justificada, no existiendo diferencia objetiva por el mero hecho de ser residente o no en el país donde se grava la sucesión. (Sentencia Barbier de 11 de diciembre de 2003, Sentencia Mattner antes mencionada y Sentencia Jäger de 17 de enero de 2008).



Además, cabe señalar que el TJUE no solo se ha pronunciado en discriminaciones existentes entre Estados y residentes en países de la Unión Europea, sino que también se ha pronunciado entre Estados de la Unión y terceros países como es el caso de la Sentencia Welte de 17 de octubre de 2013. Dicho caso trataba sobre una sucesión de un heredero residente fiscal en

Suiza que heredó de su esposa, también residente fiscal en Suiza, determinados bienes sitos en Alemania. La conclusión del tribunal fue que la normativa alemana, que permitía la aplicación de determinadas reducciones en el Impuesto sobre Sucesiones sólo a los residentes en Alemania, vulneraba el principio de libre circulación de capitales. Nótese que la normativa española también fija determinadas reducciones y bonificaciones sólo para los residentes en España o de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo igual que ocurría con la normativa alemana.

A mayor abundamiento, el TJUE ya declaró en su Sentencia contra el Reino de España de 3 de septiembre de 2014 que la normativa española del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones era contraria al Derecho Comunitario debido a la injustificada diferenciación entre residentes y no residentes. Sin embargo, el Gobierno de España suprimió exclusivamente la discriminación injustificada en relación con los residentes en Estados Miembros de la Unión Europea y del EEE, excluyendo a los residentes en terceros países. Entendemos que esta adecuación de la normativa española a la sentencia sería errónea puesto que no se especifica en la misma, en ningún momento, que los no residentes en España tengan que ser residentes en algún otro país

de la Unión Europea por lo que el gobierno español debería haber incluido a los no residentes de terceros estados a la hora de adecuar la normativa estatal a lo establecido por el Derecho Comunitario. Todo ello en virtud de la citada sentencia y demás jurisprudencia aplicable del TJUE.

Por todo lo expuesto, cabría considerar que la normativa española del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones sería contraria al Derecho Comunitario por vulnerar el principio fundamental de libre circulación de capitales. Por lo tanto, una herencia cuyo causante o contribuyente fuera no residente en el territorio español o de la Unión Europea, debería tributar por el Impuesto sobre Sucesiones según la normativa autonómica correspondiente, que suele ser menos gravosa, y no por la normativa estatal como viene fijando la normativa española de dicho impuesto y, por ello, sería recomendable solicitar la devolución del Impuesto sobre Sucesiones satisfecho en exceso en aplicación de una normativa que, recordemos, sería contraria al Derecho Comunitario.



Marimón Abogados

Marimón Abogados es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del Derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla. Nuestro despacho se ha adaptado a los cambios que se han ido produciendo en el mercado mediante la mejora constante de sus servicios y la ampliación de sus ramas de actividad, creando departamentos altamente especializados que cuentan con una vasta experiencia, lo que nos permite resolver cualquier tema legal desde la misma firma:

Administrativo, Regulatorio, Urbanismo y Medio ambiente	Concursal	Financiero	Fiscal
Inmobiliario	Laboral	Mercantil y Societario	Penal
Procesal	Propiedad Intelectual e Industrial	Tecnologías de la Información y Protección de Datos	Competencia
Italian Desk	French Desk	German Desk	Portuguese Desk

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta información pueden ponerse en contacto con los siguientes abogados:



Antoni Prats

Departamento de Derecho penal
tprats@marimon-abogados.com



Marcos Escoda

Departamento de Derecho tributario
mescoda@marimon-abogados.com



Barcelona

Paseo de Gracia 118, 5º
08008 Barcelona
Tel.: (+34) 93 415 75 75



Madrid

Paseo de Recoletos, 16, 4º
28001 Madrid
Tel.: (+34) 91 310 04 56



Sevilla

C/ Balbino Marrón 3, 5º, of. 17
41018 Sevilla
Tel.: (+34) 95 465 78 96

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extracta, sin la previa autorización de Marimón Abogados.