

Identificación del Titular Real en las cuentas anuales



Sobre la base de que no todas las personas desean ni quieren ser identificadas como el titular real, rastrear la titularidad real de los propietarios de las sociedades es una práctica en muchos casos compleja debido a los distintos regímenes de publicidad de la información existentes en los diferentes países de la Unión Europea (UE), de ahí que muchos con intenciones infractoras, especialmente en el campo de la elusión y la evasión fiscal, utilizarán deliberadamente la opacidad de los medios corporativos para ocultar su identidad, el verdadero propósito de la relación y el origen o uso de los fondos o bienes asociados a la estrategia corporativa.

Autor:

Julio Bonmatí Martínez

Economista

En definitiva, muchos individuos, sociedades y otras entidades han venido desde hace tiempo utilizando para su aprovechamiento exclusivamente propio la normativa tradicionalmente laxa que regulaba la titularidad real con el único fin de conseguir beneficios deshonestos.

A tal efecto se viene desarrollando por el legislador un proceso semiautomático de recopilación de datos sobre el titular real con el fin de agilizar el procedimiento, reducir costes, esfuerzos y tiempos frente a la recopilación manual de tales datos y que ofrezca un incremento en la tan necesaria transparencia al respecto.

Con fecha 30 de mayo de 2023 se publicó la Resolución de 18 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, donde se regulan los modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación.

Y así para todos los modelos individuales, normal, abreviado y Pyme se modifica la hoja de titularidad real en aplicación de la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, que establece un Registro Central de Titularidades reales que será regulado mediante Reglamento, una vez entre en vigor.

Para estimar el alcance de los cambios introducidos en la Identificación del Titular Real sólo hay que ver que para las cuentas anuales del 2022 se ha pasado de una única hoja con tres cuadros a incluir tres páginas con siete tablas.

Recordemos que el primer antecedente normativo en España de la obligación de identificar a los titulares reales de las personas jurídicas nació con la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

“A los efectos de la presente ley, se entenderá por titular real:

a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.

b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de una persona jurídica (...).”

Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la Ley mencionada anteriormente establece una presunción subsidiaria al régimen de determinación general exponiendo que:

“Cuando no exista una persona física que posea o controle, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de la persona jurídica, o que por otros medios ejerza el control, directo o indirecto, de la persona jurídica, se considerará que ejerce dicho control el administrador o administradores. Cuando el administrador designado fuera una persona jurídica, se entenderá que el control es ejercido por la persona física nombrada por el administrador persona jurídica”.

Complementando lo anterior se debe tomar en consideración lo que se establece en el artículo 3 de la Cuarta Directiva Anti-Blanqueo del año 2015, que define al titular real como “la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas físicas por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad”.

Respecto de la sociedad o entidad que deposita cuentas, se entiende por «titular real» la persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto de la sociedad o entidad, o que

a través otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica.

Por tanto como puede desprenderse de lo hasta aquí literalmente reseñado la titularidad real solo la tienen las personas físicas, nunca las personas jurídicas.

Sobre el concepto de «control» y sobre el cómputo de los derechos de voto en caso de control indirecto a través de sociedades dominadas, vid. artículo 42.1 del Código de Comercio. Tendrán la consideración de titulares reales las personas naturales que posean o controlen un 25% o más de los derechos de voto del patronato, en el caso de una fundación, o del órgano de representación, en el de una asociación, teniendo en cuenta los acuerdos o previsiones estatutarias que puedan afectar a la determinación de la titularidad real.

En caso de no darse lo establecido anteriormente, es decir de no existir persona física que posea o controle un porcentaje superior al 25% del capital o derechos de voto se considerará conforme a lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 304/2014 que ejerce dicho control el administrador o administradores de la entidad que deposita. Cuando el administrador designado fuera una persona jurídica, se entenderá que el control es ejercido por la persona física nombrada por el administrador persona jurídica.

Deberemos recurrir a dos vías distintas para distinguir al titular real, y por el siguiente orden:

1º). - Por control o posesión: Según esta primera situación, es titular real quien sea titular -inmediato o a través de sociedades interpuestas, lo que se conoce como titularidad indirecta- de un porcentaje superior al 25% del capital social, o quien disponga de más del 25% de los derechos de voto.

Estaremos ante este primer supuesto cuando una persona física bien dispone del control directo de las acciones o participaciones de una sociedad, o bien dispone de las acciones o las participaciones de otras sociedades que a su vez sean titulares de las acciones o participaciones de la primera sociedad, o bien porque ejerce de hecho el control de la sociedad por medio de que se han suscrito determinados acuerdos y pactos que condicionan el ejercicio del derecho de voto (como puede ser el caso de protocolos familiares, prenda de acciones, pactos parasociales, etc) o bien por quedar establecido por medio de disposiciones estatutarias tal control a favor de determinadas personas físicas.

2º). - De lo anterior se desprende que el máximo número de personas físicas titulares reales sobre la base de la primera modalidad, la de poseer los derechos de voto correspondientes a un porcentaje superior al 25% del capital social, será de tres personas.

Por tanto, para el caso de una sociedad con cuatro socios al 25% del capital social cada uno, la ley no considera a ninguno de ellos titular real por propiedad, y por lo tanto cuando esto ocurre para establecer la titularidad real nos obliga a que se acuda a un segundo criterio.

Por administración: Siempre y cuando no sea de aplicación la modalidad anterior, la ley recurre a una presunción iuris tantum y así presume que es titular real, por administración, el que ejerce el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica.

Y en este sentido, las personas físicas a las que se les puede suponer la titularidad real podrán ser las siguientes:

- Las personas físicas integrantes del órgano de administración.
- Las personas físicas que sean apoderados generales: en este caso si se acredita que tienen el control en las decisiones

sobre el tráfico habitual de la empresa, podrían ser considerados titulares reales de la misma.

Recordemos que en el punto 3 del artículo 236 del RD Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital se establece que se entiende por administrador de hecho y así establece que la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad...

Y a los efectos de esta segunda modalidad ¿Qué ocurre para la situación de existir poderes mercantiles o administradores no inscritos? Pues bien, aun teniendo en cuenta que la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria, no es menos cierto que tal inscripción no tiene efectos constitutivos, de lo que se desprende que lo anterior supone que los administradores o apoderados lo son desde su aceptación del cargo, lo que se hace en la escritura pública otorgada al efecto, por lo que en este caso de ausencia de inscripción registral habrán de ser considerados titulares reales desde el momento en que aceptan el cargo con el otorgamiento de la escritura pública; lo que así sería incluso para el caso de que dichos cargos no llegaren a inscribirse nunca.

En caso de titularidad indirecta el porcentaje indirecto debe calcularse por el producto de tantos de participación en todas las ramas de la estructura de propiedad. Para las personas físicas se tiene control indirecto cuando se posee una participación en los derechos voto (directo+indirecto) superior al 25%. En este caso el porcentaje indirecto debe calcular-

se atendiendo al concepto de control de la matriz sobre filiales y sub-filiales que se utiliza para determinar el grupo en las cuentas consolidadas.

La declaración de «titular real» en el depósito de cuentas debe referirse a la situación existente en el momento de la aprobación de las cuentas a que se refiere la certificación de las mismas. Cuando con posterioridad a la fecha de la aprobación de las cuentas se hubiere producido una alteración de las circunstancias, es obligación de los administradores sabedores del caso, presentar en el Registro Mercantil del domicilio social bajo su firma un nuevo modelo de declaración de titular real con indicación de la fecha de referencia en que se ha sustanciado el cambio.

De la misma manera, es responsabilidad de los administradores rectificar los datos registrales desactualizados cuando como consecuencia de un aumento o reducción de capital, modificación estructural de la sociedad (fusiones, escisiones, transformaciones etc.) o cualquier otro acuerdo social se produjera una alteración de la situación registrada acerca del titular real.

En cuanto a la posible controversia dimanante de la exposición pública de la identidad de los titulares reales de las empresas y sociedades en cuanto a si esta constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de la intimidad y los datos personales se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la Sentencia de fecha 22/11/2022 (ECLI:EU:C:2022:912, asuntos acumulados C-37/20 y C-601/20), ha declarado la invalidez de la obligación impuesta a los Estados miembros de garantizar que la información sobre la titularidad real de las sociedades y otras entidades jurídicas constituidas en su territorio estuviera en todos los casos a

disposición de cualquier miembro del público en general.

Y así El TJUE ha fundamentado su rechazo a la necesidad de garantizar el incremento de la transparencia global del entorno económico y financiero de la Unión Europea, permitiendo el acceso al público en general a la información sobre la titularidad real de las sociedades con los siguientes tres fundamentos:

a) «la eventual existencia de dificultades para definir con precisión los supuestos y las condiciones en las que el público puede acceder a la información sobre la titularidad real no puede justificar que el legislador de la Unión prevea el acceso del público en general a esa información».

b) «aunque en ese mismo considerando se precisa que el acceso del público en general a la información sobre la titularidad real «puede contribuir» a luchar contra el uso abusivo de sociedades y otras entidades jurídicas y que «también ayudaría» a las investigaciones penales, debe señalarse que estas consideraciones tampoco pueden demostrar que dicha medida sea estrictamente necesaria para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo».

c) «en comparación con un régimen como el del artículo 30, apartado 5, de la Directiva 2015/849, en su versión anterior a la entrada en vigor de la Directiva 2018/843, que preveía, además del acceso de las autoridades competentes y de ciertas entidades, el de toda persona u organización que pudiera demostrar un interés legítimo, el régimen introducido por esta última Directiva, que establece el acceso del público en general a la información sobre la titularidad real, representa un menoscabo considerablemente más grave de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 7 y 8 de la Carta, sin que esta mayor gravedad se compense con los eventuales beneficios que, en lo que atañe a la lucha contra el blanqueo de capitales

y la financiación del terrorismo, podrían resultar de este último régimen en comparación con el primero».

El TJUE reconoce que la exposición pública de los datos sobre la identidad de los titulares reales de las sociedades, no conllevan una lesión directa al contenido esencial de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales, pero en el marco y en la medida en que son adecuados para lograr los fines de la Directiva. Lo que mantiene el TJUE con esta sentencia es que la puesta a disposición de los datos de identidad de los titulares reales de las sociedades al público en general no respeta el principio de proporcionalidad.

En definitiva, a tales efectos no ha servido de mucho los esfuerzos del Parlamento, el Consejo y la Comisión para mantener la necesidad de incrementar la transparencia de los titulares reales de las sociedades para luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.