



La doble cara de la titularidad real: su desconocimiento por los agentes económicos y su peso, cada vez mayor, para el legislador

Basilio Ramírez Pascual

Arnaut Iberbrokers

Extracto

La libertad de transacciones de capitales, inversiones y globalización ha favorecido el incremento de agentes activos en el mercado económico. A pesar de ser elementos positivos para el mercado, lo cierto es que su mal uso ha inspirado a las organizaciones criminales a utilizarlos para fines ilícitos.

La trascendencia de conocer quién es el titular real supone, incluso, que el sujeto obligado se abstenga de ejecutar una relación de negocios cuando detecte una conducta sospechosa, como puede ser la no identificación de la estructura de propiedad o control de una persona jurídica.

Palabras clave: blanqueo de capitales; transacciones de capitales; titularidad real.

Fecha de entrada: 29-10-2018 / Fecha de aceptación: 19-11-2018

Cómo citar: Ramírez Pascual, B. (2019). La doble cara de la titularidad real: su desconocimiento por los agentes económicos y su peso, cada vez mayor, para el legislador. *Revista CEFLegal*, 216, 41-60.



The double face of the real party in interest: its disagreement by the economic agents and their increased weight for the legislator

Basilio Ramírez Pascual

Abstract

The freedom of capital movements, investments and globalization itself has promoted active agents in the economy.

Despite being positive elements for the market, the truth is that its misuse has inspired criminal organizations to use them for illicit purposes.

The importance of knowing who is the Real Party in interest even supposes that the obliged subject reject executing a business relationship when they detect suspicious behavior, such as the non-identification of the ownership structure or control of a legal entity.

Keywords: money laundering; capital transactions; the real party in interest; tax havens; compliance.

Citation: Ramírez Pascual, B. (2018). La doble cara de la titularidad real: su desconocimiento por los agentes económicos y su peso, cada vez mayor, para el legislador. *Revista CEFLegal*, 216, 41-60.





Sumario

1. Introducción
 2. Recorrido normativo
 3. La prevención del blanqueo de capitales para entender la titularidad real
 4. La necesidad de la titularidad real
 5. Pero, ¿qué es la titularidad real?
 - 5.1. Titularidad real de la persona física
 - 5.2. Titularidad real de la persona jurídica
 6. Abordando la titularidad real
 - 6.1. Parámetro I. Identificación de la titularidad real
 - 6.2. Parámetro II. Diligencia debida y titularidad real
 7. El papel de la titularidad real en las cuentas anuales
 8. La base de datos de titularidad real
- Bibliografía

1. Introducción

La titularidad real, a pesar de llevar algún que otro año contemplada en la legislación, es una de las figuras jurídicas con menor recorrido, tanto en su estudio como en su importancia, dentro del entorno económico-mercantil.

Sin embargo, algunos hechos dados en los últimos años, como el incremento del uso de las personas jurídicas para la comisión de ilícitos penales, la ingeniería mercantil y fiscal, la globalización comercial o las diversas crisis económicas –de muy diversa índole y trascendencia– han potenciado, para cierto mercado mercantil, la importancia en una normativa abandonada y desconocida que, sin embargo, de sobra es importante para la sociedad en general y, al parecer, para el legislador en particular. Esta normativa no es otra que aquella que regula la prevención del blanqueo de capitales.

La prevención del blanqueo de capitales que, desde el 2010 también lo es de la financiación del terrorismo, se ha convertido (aunque no lo parezca) en un elemento fundamental e imprescindible para el día a día de algunos profesionales, como los notarios, entidades financieras, abogados del sector mercantil, etc. Es decir, es imposible entenderse una relación económica entre profesionales, incluso profesionales-particulares, sin aludir a las medidas necesarias para comprobar la identidad de los agentes activos con el fin de evitar el blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

En este punto es donde se centrará el desarrollo de este artículo, es decir, en la titularidad real que, al igual que todo lo que rodea a la prevención del blanqueo de capitales y a la financiación del terrorismo, es un elemento totalmente desconocido por las pymes y que se debe, principalmente, a una escasa cualificación en esta materia por parte de los profesionales del asesoramiento.

2. Recorrido normativo

Desde Europa se dieron los primeros pasos en este desconocido entorno. La Directiva 91/308/CEE introdujo el blanqueo de capitales, si bien muy limitado a los ilícitos de tráfico de estupefacientes y como sujeto obligado en su exclusividad el sector financiero. El siguiente paso se dio en junio de 2003, fecha en la que el GAFI valoró la necesidad de revisar sus recomendaciones para incluir la financiación del terrorismo y la introducción de requisitos más detallados en lo referente a la identificación y verificación de identidad de los clientes, así como una imagen de las situaciones en las cuales existe un mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo con la finalidad de elaborar medidas preventivas más estrictas o controles menos rigurosos.

Estas «propuestas», sin imperativo directo, se tradujeron en la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como en la Directiva 2006/70/CE de la Comisión. Ambas directivas quedaron derogadas con la llegada de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, renombrada como la 4.ª Directiva Europea Ant blanqueo (CDA), relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. La novedosa CDA aborda las experiencias nacionales y tiene presente las medidas adoptadas por otros organismos internacionales que se ocupan de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Aunque la llegada de la CDA supuso un punto de inflexión, lo cierto es que existe un proyecto de directiva que la modifica.

Ya situados en España y con algún que otro año de retraso en la trasposición de la CDA, aunque parece que está cerca, el eje de inflexión normativa llegó con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (LPBC) y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (RPBC).

3. La prevención del blanqueo de capitales para entender la titularidad real

El blanqueo de capitales es un ilícito penal que, si bien interesa, en no pocas ocasiones, quitarle la importancia socioeconómica que en realidad representa, no es un problema aislado donde las fronteras de cada país delimitan su repercusión, ya que, si hay un delito traspasa fronteras sigilosamente, este es el delito de blanqueo de capitales.

El concepto de sociedad como persona jurídica, dentro de la legislación española y sobre los rigurosos principios sobre los que se asienta el sistema legislativo español, concede a la persona jurídica algunos elementos atractivos para el público que desea blanquear capitales. Si bien se han dado importantes cambios para dar un giro en lo que respecta a la responsabilidad penal de la persona jurídica, la transparencia y publicidad, lo cierto es que es difícil avanzar en un viaje nuevo cuando el propio legislador no está convencido de lo que legisla, ni los operadores jurídicos tampoco.

Tener el escudo imbatible para la comisión de un delito no es sino la mejor arma del delincuente. Este es el caso de cómo una persona jurídica, vehículo para desarrollar una actividad lícita, puede ser el medio perfecto para garantizar la comisión de un delito sin repercusión, y es que, a través de una sociedad se disfruta de una presunción de actividad que no tienen los particulares. El hecho de tener un capital social desembolsado, un objeto social y, al menos, un administrador inscrito en el Registro Mercantil, aporta presunción de manejar fondos con origen en una actividad empresarial, por lo tanto, lícita.

Por si esto no fuera suficiente, la normativa vigente impide que se conozcan públicamente los accionistas o socios de sociedades mercantiles, ya que el título de adquisición suele ser una escritura pública traslativa del dominio sobre estos valores que no se inscribe en ningún registro.

Con objeto de reducir este atractivo de las personas jurídicas para que pasen a ser un vehículo con el cual cometer delitos, la Unión Europea ha ido elaborando directivas en torno a generar transparencia en las personas jurídicas. La necesidad de mantener actualizada la titularidad real, y la obligación de otorgar información precisa, es la primera puerta para la localización de delincuentes que, de otro modo, podrían conseguir ocultar su identidad.

Con este propósito, la Unión Europea obliga a los Estados miembros, sujetos obligados, antes de diversa estructura jurídica, así como la garantía «registral» para conseguir un mayor grado de transparencia mercantil.

4. La necesidad de la titularidad real

Quien se encuentre dentro del entorno económico actual, más allá de ser un mero espectador, se habrá dado cuenta de que en los últimos años ha adquirido un carácter sofisticado, en gran medida incentivado por la actividad legislativa que ha provocado un mayor desconocimiento e inseguridad jurídica y se ha masificado, dado que «la libertad de transacciones de capitales, inversiones y globalización ha favorecido el incremento de agentes activos en el mercado económico. A pesar de ser elementos positivos para el mercado, lo cierto es que su mal uso ha inspirado a las organizaciones criminales a utilizarlos para fines ilícitos».

Y es que estas palabras no son otras que el resumen de los considerandos 2 y 14 del CDA. El considerando 2 dice que «para facilitar sus actividades delictivas, quienes blanquean capitales y financian el terrorismo podrían aprovecharse de la libre circulación de capitales y de la libre prestación de servicios financieros que trae consigo un espacio financiero integrado. Por consiguiente, son precisas ciertas medidas de coordinación a escala de la Unión. Al mismo tiempo, debe establecerse un equilibrio entre los objetivos de protección de la sociedad frente a las actividades delictivas y de la estabilidad y la integridad del sistema financiero de la Unión y la necesidad de crear un entorno regulador que permita que las empresas desarrollen sus negocios sin incurrir en costes de cumplimiento desproporcionados», mientras que el considerando 14 da una pauta base para lograr los objetivos de la norma: «La necesidad de la información precisa y actualizada sobre el titular real es un factor clave para la localización de los delincuentes que, de otro modo, podrían ocultar su identidad tras una estructura empresarial».

A simple vista, parece que estamos ante una aproximación a lo que se conoce como el levantamiento del velo, sin embargo, la modernización de la delincuencia y corrupción ha generado en el legislador la adaptación de la normativa a las nuevas necesidades, lo que ha dado lugar a que el levantamiento del velo haya sido el origen de los actuales elementos de identificación.

La trascendencia de conocer quién es el titular real supone, incluso, que el sujeto obligado se abstenga de ejecutar una relación de negocios cuando se detecte una conducta sospechosa, como puede ser la no identificación de la estructura de propiedad o control de una persona jurídica.

5. Pero, ¿qué es la titularidad real?

Como siempre que se profundiza en una normativa en la que no se ha profundizado, detectamos que su origen se remonta a tierras anglosajonas. Y este caso no es diferente.

El *beneficial owner*, es decir, el «propietario beneficiario», es la titularidad real española, en definitiva, la búsqueda para descubrir quién es el destinatario último de una operación económica, más allá de la persona física que contrata o la persona jurídica.

Siendo más concretos, el artículo 3 de la CDA lo define 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».

De esta definición se pueden extraer las siguientes premisas:

- *La titularidad real de una persona jurídica debe recaer sobre una o varias personas físicas.* Así pues, si la titularidad real de una sociedad mercantil recae sobre otra sociedad mercantil, se habrá de perseguir la «trazabilidad» para llegar a la/s persona/s física/s a quienes imputar la condición de titular real.
- *La titularidad real puede serlo por control, por posesión o por administración.* Por control (directo o indirecto) cuando la persona física que posee más del 50 % del capital social o derechos de voto o cuando la persona física que a través de acuerdos o disposiciones estatutarias o por otros medios ejerza el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica; por posesión cuando la persona física ostente más de un 25 % del capital social o derechos de voto, de forma directa o por participación en otras entidades; y por administración, como administrador de la misma, siempre que no se dé ninguno de los anteriores. En este caso el titular real será el administrador único o el consejero delegado, incluso todos los miembros del órgano de administración.

En el caso de las fundaciones, serán titulares reales las personas físicas que posean o controlen al menos el 25 % de los derechos de voto del patronato y si no hubiera ninguna, lo serán todos los miembros del patronato. En el caso de las asociaciones, serán titulares reales las personas físicas que posean o controlen al menos un 25 % de los derechos de voto del órgano de representación y si no hubiera ninguna, lo serán todos los miembros del órgano de representación o de la Junta Directiva.

Aunque hasta ahora se ha hablado de la titularidad real desde el punto de vista de la persona jurídica o entidades de diversa índole; lo cierto es que hay que distinguir entre la titularidad real de la persona física y la titularidad real de la persona jurídica.

5.1. Titularidad real de la persona física

El fideicomiso, dentro de un contexto anglosajón, supone la transmisión de un bien o derecho (*asset*) a otra persona (*trustee*) de su confianza con el fin de que lo administra en beneficio de tercera persona (*beneficiary*). El propietario legal es el administrador, que mantiene secreta, o no, la identidad del beneficiario real y económico del negocio.

En los casos en que el fideicomiso anglosajón actúe en España, se deberá comunicar su condición como tal y aportar la identidad de la persona que actúe por cuenta de los beneficiarios (art. 6.3 RPBC) así como la identidad de estos, verdaderos titulares reales.

Existe dos tipos de fiducia, la fiducia *cum amico* (modalidad de negocio en el que dos personas, fiduciante y fiduciario, celebran un contrato aparente que sirve para encubrir otro negocio realmente querido y concluido; si se aprueba la validez y existencia del negocio disimulado, este será válido quedando nulo el negocio aparente y simulado) y la fiducia *cum creditore* (es la modalidad de transmisión fiduciaria que se utiliza para constituir una garantía de la deuda que el fiduciante tiene que pagar al fiduciario). En estos casos, así como en los de actuación por cuenta de tercero, habrá que identificar al tercero en cuyo beneficio se actúa; así lo establece el artículo 4.3 de la LPBC¹.

5.2. Titularidad real de la persona jurídica

Como ya se ha anunciado anteriormente, la titularidad real de la persona jurídica puede ser, de manera resumida, de dos maneras: por control o por administración.

- Por control:

Es el caso más frecuente de titularidad real. Se define en el artículo 4.2 b) de la LPBC como «la persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 % de los derechos de voto de una persona jurídica».

De esta definición se concreta lo siguiente:

¹ «Los sujetos obligados recabarán información de los clientes para determinar si estos actúan por cuenta propia o de terceros. Cuando existan indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquellos».

1. La propiedad puede ser directa (titular inmediato de un capital superior al 25 %) o indirecta (supone la titularidad de sociedades o personas jurídicas de la que el titular real es socio).
2. El número máximo de titulares reales será tres, ya que cuatro socios al 25 % no se consideraría titular real a ninguno, pues se habla de «porcentaje superior al 25 %».

El control puede ser a través de la propiedad del capital o a través de acuerdos que vinculen o condicionen el ejercicio del derecho de voto. A esta modalidad se refiere el artículo 8b) del RPBC: «que a través de cuerdos o disposiciones estatutarias o por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de la persona jurídica». A modo ilustrativo:

1. Pactos parasociales.
2. Disposiciones estatutarias que desvinculan el ejercicio del derecho de voto de la titularidad de una participación social (art. 96.2 Ley de Sociedades de Capital).
3. Prenda de acciones.
4. Protocolos familiares.

El citado artículo 8 b) también cita: «instrumentos o personas jurídicas que administre o distribuya fondos». Por tanto, aparte de las sociedades mercantiles, hay otro tipo de entidades que deberán identificar la titularidad real: sindicatos, partidos políticos, entidades religiosas, fundaciones, asociaciones, etc., es decir, toda entidad, incluso sin personalidad jurídica, que entre en contacto con un sujeto obligado para establecer relaciones de negocio. Cuando hablamos de entidades sin personalidad jurídica nos estamos refiriendo a:

1. *Comunidades de bienes*. Operan económicamente de manera independiente a sus miembros. En este caso, serán titulares reales quienes ostenten más del 25 % de la cuota en la comunidad proindiviso.
2. *Sociedades civiles*. Es una entidad muy recurrente en algunos entornos rurales que opera, al igual que la anterior, de manera independiente a sus miembros siendo, por tanto, sujeto de fiscalidad distinto. Siguiendo en la misma línea, se considerará titular real a quien ostente más del 25 % del capital.
3. *Fondos de inversión*. Su representación corresponde a una sociedad gestora que ejerce facultades de dominio sin ser propietaria del fondo. Su actuación en el tráfico jurídico y económico es constante, lo que obliga a identificar su titularidad real. Si bien, aunque los fondos de inversión, para la inmensa mayoría, son entidades totalmente desconocidas, sí que a rasgos generales se sabe que en el mismo participan números integrantes. Es por ello improbable que una persona física sea titular de más del 25 % de las participaciones del mismo fondo de inversión, lo que se resuelve con la titularidad real por administración.

- Por administración:

Dado que no todas las sociedades son iguales, en ocasiones la realidad muestra que no existe persona o personas físicas que sean propietarias, directa o indirectamente de más del 25 % del capital de una entidad, o personas que ejerzan un control que les permita tener derechos de voto por encima del 25 %. El artículo 4.2 b) de la LPBC considera titulares reales a aquellos que «ejercen el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica». Mucho más concreto es el artículo 8 b) de la RPBC que apunta a que, en defecto de titularidad por propiedad o acuerdos de control, «se considerará que ejerce dicho control el administrador o administradores».

Si bien, el artículo 4.1 b) de la LPBC y el artículo 15 del RPBC exceptúan de la obligación de identificar al titular real respecto de aquellas sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.

Esta excepción de deber de identificación no es como tal del deber, sino de repetición. Las sociedades que operan en mercados cotizados están sujetas a la supervisión de organismos reguladores específicos del mercado bursátil, junto con un sistema de anotaciones en cuenta gestionado por Iberclear, lo que permite tener un conocimiento simultáneo de la identidad de los accionistas.

Otras entidades que tienen un carácter «privilegiado» son las entidades de derecho público de los Estados miembros de la Unión Europea o de países terceros equivalentes, que en último término comprenden las establecidas en el artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A modo aclaratorio, los denominados países terceros equivalentes son los establecidos en la Resolución de 10 de agosto de 2012, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el Acuerdo de 17 de julio de 2012, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

Siguiendo con las entidades que no requieren identificación del titular real, aquellas sociedades u otras personas jurídicas controladas o participadas, mayoritariamente, por entidades de derecho público de los Estados miembros de la Unión Europea o de países terceros equivalentes; entidades financieras, exceptuadas las entidades de pago, domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes que sean objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (entendiéndose por entidad financiera lo dispuesto en el artículo 2.4 LPBC) así como las sucursales o filiales de entidades financieras, exceptuadas las entidades de pago domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes, cuando estén sometidas por la matriz a procedimientos de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Finalmente quedarán exceptuados de identificar la titularidad real, en principio, aquellos que realicen operaciones de cuantía inferior a 15.000 euros (art. 9.1 LPBC).

6. Abordando la titularidad real

6.1. Parámetro I. Identificación de la titularidad real

Teniendo el concepto de titularidad real identificado, toca profundizar en otros puntos importante de la misma. ¿Cómo reflejamos la titularidad real? El artículo 9.1.2 del RPBC establece que «la identificación y comprobación de la identidad del titular real podrá realizarse, con carácter general, mediante una declaración responsable del cliente o de la persona que tenga atribuida la representación de la persona jurídica. A estos efectos, los administradores de las sociedades u otras personas jurídicas deberán obtener y mantener la información adecuada, precisa y actualizada sobre la titularidad real de las mismas».

Existen dos sistemas para la identificación de la titularidad real: manifestaciones del representante de la sociedad o por conocimiento del notario de la escritura de propiedad de la sociedad.

Las manifestaciones se realizan ante notario por el representante de la persona jurídica. Se pueden recoger en cualquier documento notarial, como en escritura, acta o póliza. Si bien es recomendable, y en la mayoría de las ocasiones así se recoge, en un acta especial denominada «acta de titularidad real», de esta manera queda constancia documental de este cumplimiento y la copia autorizada permite evitar cumplir la necesidad de comparecencia para cada negocio, dando por buena la presentación del acta salvo que los datos hayan cambiado. Con esto se enlaza en que el acta de titularidad real no requerirá modificación ninguna salvo alteración de porcentajes o socios.

En el acta de titularidad real deberá señalarse si lo es por propiedad o control y, en caso de no haberlo, deberá identificarse a los miembros del órgano de administración. Si hubiese un apoderado general o consejero delegado, deberá manifestarse si las decisiones de la sociedad le corresponden al mismo.

Este documento resulta necesario para cualquier negocio mercantil, operaciones societarias o apoderamiento o acuerdo de índole económica. Es una mera manifestación ante notario en la que el interviniente certifica que opera en nombre propio o en nombre de tercera personas, en cuyo caso identificará a las personas físicas que representan la propiedad de la sociedad que poseen una cantidad relevante de las acciones o participaciones en que se divide su capital, o porque ejercen de alguna manera el control sobre la misma, y en caso de los instrumentos jurídicos, identificará también a la clase de personas físicas que resultarán beneficiadas por el negocio que se va a realizar.

Una vez más, se ha debatido sobre si la manifestación del representante de la sociedad es una declaración suficiente, dado que puede obrar la mala fe y no dar información exacta o veraz. Sin embargo, hay razones de peso que ayudan a considerar la manifestación como suficiente para acreditar la titularidad real:

- Las relaciones de negocio notario-cliente suelen ser leales y sinceras por ambas partes.
- Los artículos 104 y 116 de la Ley de Sociedades de Capital exigen a los socios la llevanza de libros registro de socios, así pues, el representante de la entidad es la persona más capacitada y competente para conocer y reflejar dicha información.
- Es una manera ágil de operar ante funcionarios profesionales y cualificados en la materia.

Los documentos de identificación de la persona física que interviene y de la persona jurídica a la que representa serán, por regla general:

| | |
|--|---|
| Persona física española | DNI |
| Persona física extranjera | NIE con fotografía. NIE sin fotografía acompañado de pasaporte o tarjeta de residencia de su país de origen. |
| Sociedades u otras personas jurídicas | Documentos que identifican a la persona física que las representa. Escritura de constitución de la sociedad o persona jurídica correspondiente. Escritura de nombramiento del representante como administrador o consejero (podría coincidir con la de constitución). |

Todos los documentos descritos deben ser originales.

6.2. Parámetro II. Diligencia debida y titularidad real

El artículo 4.1 de la LPBC establece que los sujetos obligados a identificar al titular real deberán adoptar medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de las relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones, identificación que se hará conforme al artículo 9.1 de la RPBC, es decir, en función del riesgo. Habiendo visto los casos en los que se exceptúa la obligación de identificar, el artículo 14.2 de la CDA matiza que, en determinados casos, los Estados miembros podrán permitir que la comprobación de la identidad del cliente y del titular real se ultime durante el establecimiento de una relación de negocios, cuando ello sea necesario para no interrumpir el desarrollo normal de las actividades y cuando el riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo sea escaso.

La diligencia debida de los sujetos obligados es, de manera resumida, el estudio de riesgos y establecimiento de medidas preventivas en función del resultado obtenido sobre los riesgos.

Profundizando en la diligencia debida, se identifican tres tipos de titularidad real:

TIPO 1. Personas físicas que controlan los negocios y las operaciones tras los clientes (arts. 4.2.a LPBC y 8 RPBC)

De una manera clara: «¿Actúas en nombre propio o de un tercero?»

Las medidas de diligencia debida a establecer son, al menos:

1. Los sujetos obligados, en el establecimiento de relaciones de negocio o en ejecución de transferencias electrónicas por importe superior a 1.000 euros, o en ejecución de operaciones por importe superior a 15.000 euros, solicitarán del cliente una declaración responsable de que actúa por cuenta propia o, en su defecto, el cliente les hará entrega de la copia del «acta de titularidad real».
2. Cuando existan indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquellos.
3. Si persiste la resistencia o negativa del cliente a proceder a la identificación personal o del tercero a quien representa, los sujetos obligados se abstendrán de establecer o mantener la relación de negocios o de ejecución de la operación.

TIPO 2. Personas físicas que controlan de forma directa o indirecta a los clientes-personas jurídicas (arts. 4.2.b LPBC y 8.b RPBC)

En líneas anteriores del artículo, ya se ha abordado con mayor reparo el tema de la titularidad real directa e indirecta, así como sus porcentajes. Por ende, en referencia a las medidas de diligencia debida que deberán adoptarse en este tipo, son:

1. Cuando el riesgo esté en el promedio o sea inferior en relación con el cliente, el titular real, la relación de negocios o la operación, con carácter general bastará una declaración responsable del cliente o de la persona que tenga atribuida la representación de la persona jurídica.
2. Cuando el riesgo sea superior al promedio en relación con el cliente, el titular real, la relación de negocios o la operación, será preceptiva la obtención por el sujeto obligado de documentación adicional o de información de fuentes fiables independientes.
3. Cuando existan indicios de que la identidad del titular real declarada por el cliente no es exacta o veraz, o cuando concurren circunstancias que determinen el examen especial de conformidad con los artículos 17 y 18 de la LPBC, los sujetos obligados procederán en todo caso a la acreditación de la titularidad real mediante la obtención de información documental o de fuentes fiables independientes.

En casos excepcionales, las entidades obligadas, una vez agotados todos los medios de identificación y siempre que no haya motivos de sospecha, pueden considerar que el

titular real es el administrador, debiendo conservar registradas las medidas tomadas para identificar a los titulares reales.

En caso de resistencia o negativa de los clientes a proporcionar la información o documentación requeridas, los sujetos obligados se abstendrán de establecer o mantener las relaciones de negocios o de ejecutar las operaciones.

La adopción de medidas preventivas tiene como finalidad alcanzar unos objetivos, los cuales se encuentran desarrollados en el artículo 4.4 de la LPBC:

1. Los sujetos obligados adoptarán medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas.
2. Los sujetos obligados no establecerán o mantendrán relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse.
3. Si se trata de sociedades cuyas acciones estén representadas mediante títulos al portador, se aplicará la prohibición anterior, salvo que el sujeto obligado determine por otros medios la estructura de propiedad o de control. Esta prohibición no será aplicable a la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos o en anotaciones en cuenta.

TIPO 3. Personas físicas que controlan de forma directa o indirecta a las personas o instrumentos jurídicos clientes, que se dedican a la administración y distribución de fondos. (Artículos 4.2.c y LPBC y 8.c RPBC)

En España se utilizan, con más frecuencia de la que nos imaginamos, instrumentos y personas jurídicas para el autoblanqueo y el blanqueo de capitales, y, en menor medida, para la proliferación de armas. Estos instrumentos y personas jurídicas se usan de forma individual o en obras de ingeniería societaria cuyos centros de decisión suelen estar, con frecuencia, ubicados fuera. Estas «estructuras societarias» se suelen ocultar junto a otras empresas pantalla sin operatividad, para complicar así las investigaciones.

Las medidas de diligencia debida que los sujetos obligados han de aplicar para la identificación de la titularidad real en personas e instrumentos jurídicos son diferentes de las analizadas para las personas jurídicas. Las personas e instrumentos jurídicos se consideran de riesgo, por lo que:

1. Siempre los sujetos obligados han de adoptar medidas adecuadas para determinar la estructura de propiedad y control de las personas e instrumentos jurídicos.
2. Los sujetos obligados siempre han de solicitar a los administradores de las personas e instrumentos jurídicos que aporten información y documentación necesarias para poder determinar la estructura de propiedad y control.

3. Cuando en la estructura de propiedad y control no aparecieran personas físicas que poseyeran o controlaran directa o indirectamente el 25 % o más de los bienes de un instrumento o persona jurídicos que administre o distribuya fondos, serán considerados titulares reales la persona o personas físicas que en última instancia sean responsables de la dirección y gestión del instrumento o persona jurídicos.
4. Cuando la estructura de propiedad o de control no pueda determinarse, o exista resistencia o negativa del cliente a proporcionar la información o documentación que se les esté requiriendo, los sujetos obligados se abstendrán de establecer o mantener relaciones de negocio con personas o instrumentos jurídicos.

7. El papel de la titularidad real en las cuentas anuales

El 27 de marzo de 2018 se publicaron en el BOE la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, por la que se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, y la Orden JUS 318/2018, de 21 de marzo, por la que se aprueba el nuevo modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas de los sujetos obligados a su publicación.

Si buscamos la contextualización de la Orden JUS/319/2018, orden que abordaremos a continuación, se debe poner la vista en la CDA, concretamente en su artículo 30.3, el cual viene a establecer que «los estados miembros se asegurarán de que la información [...] sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro, por ejemplo, en el Registro Mercantil o un registro de sociedades [...] o un registro público». Es importante el contenido de estas tres líneas para contextualizar lo que continúa desarrollándose en el artículo.

Centrando la vista en la Orden JUS/319/2018, cabe destacar como novedad relevante la relativa a la identificación del titular real de la sociedad. Junto con el depósito de las cuentas anuales de cada sociedad mercantil, aquellas que tengan titularidad real a favor de personas físicas, de forma directa o indirecta, de más del 25 % de su capital social, o de los derechos de voto de una persona jurídica, deberán presentar una declaración acerca de ella. En los ejercicios sucesivos, dicho formulario solo deberá ser cumplimentado si se han producido cambios en la titularidad real. Dicha obligación será de aplicación para los ejercicios cerrados con posterioridad al 1 de enero de 2017.

Otro de los matices de esta información es que este documento tan solo debe acompañar a las cuentas individuales, no a las cuentas consolidadas. En todo caso, dentro del fenómeno de los grupos, se extiende a la obligación de identificación del titular real indirecto. Las filiales y subfiliales también deben acompañar el documento de declaración de titular real dentro de sus cuentas individuales.

El tamaño de la sociedad no es relevante para la presentación de la declaración de titular real. El documento debe cumplimentarse tanto en el caso de que se formulen y depo-

siten cuentas con arreglo al «modelo normal», al «modelo abreviado» o al «modelo pyme». Es decir, todas las personas jurídicas domiciliadas en España que depositen sus cuentas en el Registro Mercantil –excepto las que coticen en un mercado regulado–, es decir, están dispensadas las sociedades cotizadas (anónimas) con domicilio en España, pero no están dispensadas las que tengan sus acciones cotizadas en el Mercado Alternativo Bursátil. La declaración debe ser cumplimentada por quienes formulan y firman las cuentas anuales.

La declaración de titularidad real tiene naturaleza extracontable, es decir, no forma parte de las cuentas anuales sino que las acompaña.

La información que proporcionan en las cuentas anuales sobre la titularidad real es la siguiente:

| Información del titular real en las cuentas anuales | |
|---|---|
| Titular real | Nombre y apellidos DNI/Código de identificación extranjero Fecha de nacimiento Nacionalidad País de nacimiento % participación directa o indirecta |
| Persona asimilada (Cuando no exista titular real) | Nombre y apellidos DNI/Código de identificación extranjero Fecha de nacimiento Nacionalidad País de nacimiento |
| Participación indirecta (Información de las sociedades intervinientes en la cadena de control) Se identificará a la persona jurídica dominante directa hasta llegar al titular real. | DNI/Código de identificación extranjero Nivel en la cadena de control Denominación social NIF/Código de identificación extranjero Nacionalidad Domicilio social Datos registrales/LEI |

La publicidad que será dada a estos datos viene regulada en la propia CDA, en su artículo 30.3, con sujeción, en todo caso, a las normas sobre protección de datos de carácter personal. A estos efectos, el acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con las reglas de «publicidad formal» del Registro Mercantil (art. 12 del Código de Comercio y 77 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil), y teniendo en cuenta el artículo 30.5 de la CDA.

A continuación, se muestra el modelo de documento que hay que cumplimentar para cumplir la declaración de identificación de titular real en las cuentas anuales.

DECLARACIÓN DE IDENTIFICACIÓN DEL TITULAR REAL (1)
TR
IDENTIFICACIÓN DEL TITULAR REAL

Información sobre las personas físicas conforme a los artículos 3.6) y 30 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, 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 modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión; al artículo 4.2.b) y c) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y al artículo 8 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado mediante Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

I. Titular real persona física con porcentaje de participación superior al 25%

| NOMBRE Y APELLIDOS 1 | DNI/CÓDIGO DE IDENTIFICACIÓN EXTRANJERO 2 | FECHA DE NACIMIENTO (DD MM AAAA) 3 | NACIONALIDAD/ CÓDIGO (2) 4 | PAÍS DE RESIDENCIA/ CÓDIGO (2) 5 | % PARTICIPACIÓN | |
|-------------------------|--|---------------------------------------|-------------------------------|-------------------------------------|-----------------|--------------------|
| | | | | | DIRECTA 6 | INDIRECTA (3) 7 |
| | | | | | | |
| | | | | | | |
| | | | | | | |
| | | | | | | |

II. Titular real persona física asimilada

En caso de no existir persona física que posea o controle un porcentaje superior al 25% del capital o derechos de voto, indique los titulares reales; en este caso, administrador o responsable de la dirección, conforme a lo establecido en el artículo 8 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

| NOMBRE Y APELLIDOS 1 | DNI/CÓDIGO DE IDENTIFICACIÓN EXTRANJERO 2 | FECHA DE NACIMIENTO (DD MM AAAA) 3 | NACIONALIDAD/ CÓDIGO (2) 4 | PAÍS DE RESIDENCIA/ CÓDIGO (2) 5 |
|-------------------------|--|---------------------------------------|-------------------------------|-------------------------------------|
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |

III. Detalle de las sociedades intervinientes en la cadena de control

En caso de titularidad real indirecta, detalle de la cadena de control.

| DNI/CÓDIGO DE IDENTIFICACIÓN EXTRANJERO 1 | NIVEL EN LA CADENA DE CONTROL 2 | DENOMINACIÓN SOCIAL 3 | NIF/CÓDIGO DE IDENTIFICACIÓN EXTRANJERO 4 | NACIONALIDAD/ CÓDIGO (2) 5 | DOMICILIO SOCIAL 6 | DATOS REGISTRALES/ LEI (EN SU CASO) 7 |
|--|------------------------------------|--------------------------|--|-------------------------------|-----------------------|--|
| | | | | | | |
| | | | | | | |
| | | | | | | |
| | | | | | | |

INSTRUCCIONES DE CUMPLIMENTACIÓN

Mediante la declaración de «titular real» de la sociedad o entidad que deposita cuentas individuales —no consolidadas—, las entidades sujetas a dicha obligación dan cumplimiento a lo previsto en la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, 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 modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, y en el artículo 4.2.b) y c) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, desarrollado por el artículo 8 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado mediante Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

Están sujetas a la obligación de identificar al titular real todas las personas jurídicas domiciliadas en España que depositan cuentas, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado: artículo 3.6.a) y de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, y artículo 9.4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

Tienen la cualidad de «titular real» la persona física o personas físicas que cumplen con los requisitos establecidos en la directiva y en la legislación española.

En cuanto al concepto de «control» y «control indirecto», se estará a lo que resulta de la normativa sobre cuentas consolidadas: artículo 42 del Código de Comercio y Normas de Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, y artículo 6.a) de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 (que se remite al artículo 22, apartados 1 a 5, de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo).

De la declaración debidamente depositada, previa su calificación por el registrador mercantil, se dará la publicidad prevista en el artículo 30.3 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015. A estos efectos, el acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con las normas sobre protección de datos y de acuerdo con las reglas de la publicidad formal del Registro Mercantil: artículo 30.5 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, artículo 12 del Código de Comercio, y artículos 77 y ss. del RRM.

«Titular real».

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 por ciento 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. 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 por ciento 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, se considerará 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.

«Titular real indirecto».

En caso de titularidad indirecta, se detallará la cadena de control a través de la que se posean los derechos de voto:

- Se empezará identificando a la persona jurídica dominante que tiene inmediatamente una participación en la sociedad o entidad que deposita, hasta remontarse al titular real último.
- Se identificará cada entidad jurídica controladora de la cadena de control por su denominación social, código de control por su denominación social, código de la nacionalidad, domicilio y datos registrales (y el LEI, en su caso).

Nota: Caso de ser necesario, utilizar tantos ejemplares como sean requeridos de esta hoja.

- Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.
- Código-país según ISO 3166-2.
- Detallar en el cuadro III las sociedades intervinientes.

8. La base de datos de titularidad real

Apenas unas líneas más arriba hemos anotado que era importante el contenido del artículo 30.3 de la CDA y ha llegado el momento de retomarlo.

Para abordar esta cuestión, debemos tener presente el artículo 9.6 de la LPBC: «Para el cumplimiento de la obligación de identificación y comprobación de la identidad del titular real establecida en este artículo, los sujetos obligados podrán acceder a la base de datos de titularidad real del Consejo General del Notariado, previa celebración del correspondiente acuerdo de formalización».

Es decir, la Base de Datos de Titularidad Real (BDTR), en el informe sobre España de diciembre de 2014 del GAFI, destacó la importancia, esfuerzo y utilidad de la BDTR a cargo del Consejo General del Notariado, siendo referente para la exportación a otros países. Además, apuntó que «la información sobre la titularidad real de las sociedades españolas está a disposición de las autoridades competentes con facilidad y rapidez a través del Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado».

El Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado, del que se extrapola la información necesaria para la BDTR, es el reflejo digital del documento notarial y la piedra angular de los servicios de prevención del blanqueo de capitales y control tributario. Contiene 2,3 terabytes de información que incluyen 98 millones de documentos notariales relativos a 111 millones de operaciones realizadas por 42 millones de personas físicas y jurídicas sobre 75 millones de objetos.

Hay que tener en cuenta que la base de datos no solo lo es de España, sino de Europa, siendo un instrumento extremadamente útil para el tráfico mercantil. Sin embargo, la Unión Internacional del Notariado, que agrupa a los 87 países, ha elegido el modelo español de lucha contra el blanqueo de capitales como modelo a seguir, siendo incorporado a grupos de trabajo creados en el seno del Fondo Monetario Internacional.

El hecho de que el BDTR sea una herramienta gestionada por los notarios la hace rápida y eficaz, superando otros inconvenientes que podrían darse si esta herramienta fuera gestionada por el Registro Mercantil. Dicho esto, se trae a colación el término «registro» y por qué desde Europa se ha otorgado la capacidad de decisión a los Estados miembros a este respecto. El legislador europeo ha empleado las palabras con un propósito que va más allá de la mera amplitud del abanico de posibilidades. En el citado artículo 30, se citan a «registros mercantiles», «registros de sociedades» o «registro público», y es que el registro del que habla el legislador no necesariamente debe estar a cargo de los administradores.

Más si cabe, en el considerando 14 se incide en la idea de «base central de datos» que «reúna información sobre la titularidad real, o bien el registro de empresas u otro registro

central. Los Estados miembros deben poder decidir que la cumplimentación de este registro sea responsabilidad de las entidades obligadas».

Actualmente, el acceso a la BDTR está restringido a aquellos implicados en la lucha frente al blanqueo de capitales y la delincuencia organizada en todo caso, y demás sujetos obligados previo acuerdo. Es importante recalcar la voluntad del notariado de establecer restricciones al acceso a dicha información por respeto a la privacidad, impidiendo que la lucha contra el blanqueo no sea el argumento para menoscabar la intimidad de las personas.

La propuesta de directiva amplía, con base en la búsqueda de una mayor transparencia, la publicidad del registro de titular real, pero en todo caso debe buscarse el «equilibrio entre interés público por transparencia societaria y la prevención del blanqueo de capitales, por un lado, y por otro los derechos fundamentales de los interesados».

El Consejo General del Notariado (CGN) suscribió en febrero de 2016 un convenio con IVERCO (Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones) en virtud del cual sus miembros asociados pueden recibir información de la base de datos de titularidad real gestionada por el Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales del CGN. La normativa sobre prevención del blanqueo establece que los sujetos obligados –como es el caso de las empresas de servicios de inversión adscritas a INVERCO– pueden acceder al contenido de la BDTR, siempre que medie un acuerdo previo con el notariado. Ambas entidades han empleado medidas que cumplen en todo momento con los requisitos previstos en la normativa de protección de datos y adoptado las disposiciones organizativas en sus respectivas estructuras que garanticen la seguridad y confidencialidad de los datos obtenidos. Este acuerdo también ha sido suscrito por otras entidades como la Confederación Española de Cajas de Ahorro o la Asociación Española de Banca.

Este artículo no tiene como finalidad entrar en el debate de qué órgano gestor de la base de datos es el más adecuado, y ni mucho menos entrar a valorar la falta de competencia de unos u otros profesionales del ámbito jurídico, sin embargo, es indudable que el sistema funciona en manos del cuerpo de notarios, y entre otros motivos esto es por:

- Manejan gran cantidad de información.
- Respetan la privacidad de las personas. El secreto profesional del notario tiene un valor incalculable en el ejercicio de una función pública.

Y es que el ciudadano no acude al notario porque sea obligatorio, sino por la función que desempeña y su valor social.

Si se habla de cifras, a finales de 2016 ya constaba acreditada la titularidad real del 80,5 % de las personas jurídicas que conforman la base de datos, viendo poco a poco como ese porcentaje (a la fecha, el 86 %) va incrementándose dada la actualización diaria de los nota-

rios, día tras día, de la titularidad real de miles de empresas que, con el pretexto de cualquier operación societaria o económica, aportan las escrituras de transmisión y demás negocios sobre participaciones previos a la implantación del Índice Único Informatizado en 2004.

La BDTR tiene registrada la titularidad real de más de 2.600.000 sociedades, mientras que la inglesa, único referente a finales de 2016, no tiene más que la titularidad real de apenas 20.000 empresas de las 3.593.602 inscritas en la Companies House británica.

En lo que respecta a las escrituras de transmisiones de participaciones autorizadas por notarios extranjeros, plantean una doble necesidad: la interconexión de bases de datos de titularidad real y un mayor control, por parte de los administradores sociales, del libro registro de socios. Este control, que debiera hacerse extensivo a las limitaciones transmissivas y demás derechos reales que se constituyan sobre las participaciones sociales, no debería ser abandonado por los administradores en defensa de la privacidad y el principio de libertad de empresa.

Bibliografía

AEDAF. (Abril 2018). Novedades a efectos de Prevención del Blanqueo de Capitales en la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales.

Carbajo Martínez, P. Actas de titularidad real.

Registradores. (Julio 2018). Preguntas frecuentes sobre la Declaración de titular real de la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo (versión 2).

Rincón de Gregorio, P. (3 de abril de 2018). Guía teórico-práctica sobre titularidad real (I). *Notaría Abierta*.

Rincón de Gregorio, P. (17 de abril de 2018). Guía teórico-práctica sobre titularidad real (I). *Notaría Abierta*.

Rincón de Gregorio, P. (2 de agosto de 2017). La base de datos de titular real. *Notaría Abierta*.

Zambrano Viedma, F. (31 de julio de 2017). [blog] La diligencia debida en la identificación del titular real. Autor.