

sep. 23

b-today
derecho y economía

tributación de dividendos
desplazados
préstamos hipotecarios
repr. de los trabajadores
titularidad real
privacidad

Fiscal	Cláusula antiabuso: el Tribunal Supremo confirma que la administración tributaria debe probar su aplicación a los dividendos exentos de tributación 4	
	Virginia Mondragón Cañas	
Internacional	Trabajadores desplazados y Seguridad Social 5	
	Elisa Lemus García	
Mercantil	Una llamada a la cautela: notas sobre la sentencia del TJUE de julio de 2023 relativa al IRPH 7	
	Íñigo Bilbao Uriarte	
Laboral y Seguridad Social	La condición de representante de los trabajadores ante el despido disciplinario 8	
	Marta González Sánchez	
Administrativo	Nuevo registro de Titularidades Reales 10	
	Sandra Pérez Sobrino	
Penal	El delito de descubrimiento y revelación de secretos. Vulneración de la privacidad de otra persona sin su consentimiento 11	
	Álvaro de la Rica Lizarraga	

Cláusula antiabuso: el Tribunal Supremo confirma que la administración tributaria debe probar su aplicación a los dividendos exentos de tributación

La Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante Ley IRNR) regula entre sus rentas exentas los dividendos distribuidos por sociedades filiales españolas a sus matrices residentes en otros Estados Miembros de la Unión Europea (artículo 14.1 letra h) de la Ley IRNR). No obstante, no debe olvidarse que para aplicar la exención se han de cumplir los requisitos expresamente tasados en la normativa (al igual que ocurre para la exención interna de dividendos). El incumplimiento de alguno de estos requisitos haría decaer la aplicación del beneficio fiscal.

Uno de esos requisitos es que las sociedades entre las que se reparte el dividendo se hayan constituido por motivos económicos válidos, es decir, que tengan un objetivo empresarial generador de riqueza y actividad económica en su entorno.

En otro orden de cosas se encuentra la normativa interna antifraude, en el presente caso la cláusula antiabuso regulada también en el artículo 14.1 letra h) de la Ley IRNR, cuya finalidad es establecer un marco nacional sobre prevención del fraude y la evasión fiscal.

Es importante destacar que la referida cláusula antiabuso debe respetar el Dictamen de la Directiva Matriz -Filial (Directiva 2011/96/UE vigente)¹, cual es la neutralidad fiscal en el abono de beneficios entre sociedades de distintos Estados Miembros de la Unión Europea con el fin de equiparar dichas operaciones a las distribuciones de dividendos entre entidades de un mismo Estado, para así evitar la doble imposición. De esta manera, coadyuva a la cooperación societaria entre entidades de distintos Estados Miembros con la consiguiente contribución al establecimiento, fortalecimiento y competitividad de los grupos empresariales a nivel de la Unión Europea, incrementando la inversión y la atracción de capital extranjero.

Si bien la normativa de la Ley IRNR establece que la exención se aplica a aquellas entidades perceptoras del beneficio residentes en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, no por el hecho de que el último escalafón del grupo societario sea residente en un país tercero puede la Administración Tributaria aplicar discrecionalmente la cláusula antiabuso, ya que esta última circunstancia no determina “per se” que la distribución de dividendos tenga como principal interés el ahorro fiscal.

No es prudente que la Administración Tributaria establezca una presunción general de fraude para impedir la aplicación de la exención de dividendos a no residentes, amparándose en la inexistencia de motivos económicos válidos simplemente porque la sociedad matriz perceptora del dividendo (residente en un Estado Miembro de la UE) está controlada en última instancia por una sociedad residente en un país tercero.

Es decir, Hacienda no puede afirmar categóricamente sin demostrarlo que, porque un grupo societario formado por una sociedad matriz europea con filiales en distintos Estados Miembros de la Unión tenga como sociedad de cabecera una entidad residente en un país no miembro de la UE, el único objetivo de dicho grupo empresarial es la consecución de beneficios fiscales.

Así es, no deben demonizarse las exenciones fiscales legalmente tasadas, puesto que su aplicación no lleva intrínseca la elusión fiscal, y menos aún, cuando la Administración Tributaria no aporta prueba alguna de la concurrencia de fraude o abuso de derecho.

A este respecto, destaca una sentencia del Tribunal Supremo de junio

de 2023 en la que confirma el criterio establecido por la Audiencia Nacional en su sentencia de 21 de mayo de 2021 (comentada en nuestra Newsletter de agosto 2021), recurrida en casación por la Abogacía del Estado. En esta ocasión, el Alto Tribunal da un giro a su anterior jurisprudencia al respecto y apoyada en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia, establecidos en sentencias de 2017 y 2019, afirma que es la Administración Tributaria y no el contribuyente (en este caso, la entidad) quien tiene que probar la inexistencia de motivos económicos válidos.

En definitiva, la Hacienda Pública tiene que demostrar que detrás de la constitución del grupo empresarial se esconde un ánimo de elusión fiscal mediante la creación una estructura societaria puramente artificiosa y carente de virtualidad económica, cuyo fin único es beneficiarse de la exención en la imposición de dividendos, esto es, el ahorro fiscal.

De esta forma, el Tribunal aclara que el hecho de que la actividad económica de la sociedad matriz consista en la administración de activos de sus filiales, o sus ingresos procedan únicamente de la dirección y gestión de las mismas, además de que dicha matriz esté efectivamente controlada por una sociedad no residente en otro Estado Miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, no puede conllevar automáticamente la aplicación de la cláusula antiabuso sin aportarse por Hacienda prueba alguna de la ausencia de motivos económicos válidos e indicios de evasión fiscal.

Así se establece en el cuerpo de la sentencia cuando dice expresamente que, “*el establecimiento de una medida fiscal de alcance general que prive automáticamente de la ventaja tributaria a determinadas categorías de contribuyentes, sin que la Administración Tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o abuso*”.

Por ello, para someter estas rentas a imposición, la Hacienda Tributaria debe acreditar efectivamente la evasión fiscal analizando las circunstancias de cada supuesto en particular, alejándose de presunciones generales y actuaciones mecanizadas.

Para concluir, este cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo permite, siempre y cuando la prescripción no lo impida, por un lado, la revisión de aquellas operaciones de reparto de dividendos que se hayan visto afectadas por la aplicación de la cláusula antiabuso. Y, por otro lado, el análisis en los grupos empresariales del cumplimiento de los requisitos para aplicar la exención de la Directiva Matriz- Filial.

¹ Directiva 90/435/CEE aplicable al supuesto de la sentencia comentada.

Virginia Mondragón Cañas

Licenciada en derecho económico por la Universidad de Deusto, máster en auditoría de cuentas por la Universidad de Deusto, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

v.mondragon@barrilero.es
LinkedIn

Trabajadores desplazados y Seguridad Social

Novedades normativas a razón de la reciente Orden ISM/835/2023

1.- INTRODUCCIÓN.-

La nueva Orden ISM/835/2023 tiene como finalidad actualizar la regulación relativa al mantenimiento de la Seguridad Social española a las personas trabajadoras que, manteniendo su relación laboral en España, son desplazadas por sus empleadores al extranjero. Dentro de este contexto, la finalidad de la norma es dar cobertura a las situaciones que, con la evolución de los años, han ido surgiendo a medida que la práctica de “expatriación” se ha ido extendiendo.

Así, hasta el momento y respecto a la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, la norma indicaba el sometimiento de las personas desplazadas a la legislación del país donde prestase servicios. Sin embargo, en los desplazamientos temporales, cabía la posibilidad de mantener una situación asimilada al alta en la Seguridad Social española. Así, en la generalidad de los casos, en los que el desplazamiento que no superasen los dos años, con una posible prórroga de uno más, se viene pudiendo mantener la cotizaciones en la Seguridad Social española cuando dichos desplazamientos se realicen a países con los que España tiene suscritos contratos multilaterales o bilaterales de Seguridad Social, incluidos los desplazamientos dentro de la Unión Europea.

Sin embargo, existía un vacío legal respecto a las personas trabajadoras desplazadas a países donde no fuesen aplicables los acuerdos internacionales o que ya hubiesen agotado los plazos previstos para mantener sus cotizaciones en España. De este modo, la nueva orden viene a solucionar dicho vacío mediante la regulación de los siguientes supuestos (Art. 3):

- a) Desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que **no resulte aplicable ningún convenio bilateral o multilateral en materia de Seguridad Social con España.**
- b) Desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que sí existe convenio bilateral o multilateral en materia de Seguridad Social con España, pero que **no resulte aplicable a la persona trabajadora por preverse solamente para nacionales de los países firmantes.**
- c) Desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que sí existe convenio bilateral o multilateral en materia de Seguridad Social con España, pero que **han agotado ya el plazo máximo, junto con sus prórrogas de mantenimiento de la Seguridad Social española.**
- d) Desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que sí existe convenio bilateral o multilateral en materia de Seguridad Social con España, pero que **no prevé la figura del desplazamiento de personas trabajadoras.**

2.- NUEVA REGULACIÓN.-

Dentro de este contexto, la Orden regula la aplicación de la normativa de Seguridad Social Española agrupando los cuatro supuestos anteriores, en dos:

2.1. Mantenimiento de seguridad social española obligatoria. -

Apartados a) y b): Desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que no resulte aplicable ningún convenio bilateral o multilateral en materia de Seguridad Social con España o que, existiendo, no resultase aplicable a la persona trabajadora por preverse solamente para nacionales de los países firmantes.

- **Situación asimilada al alta:** Continúa la obligación de cotizar,

manteniendo por ello la situación asimilada al alta, tanto por parte de la empresa como de la persona desplazada, siempre y cuando esta permanezca en el país de destino y se mantenga la relación laboral con la empresa en España.

- **Comunicación:** La empresa debe comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el desplazamiento de la persona trabajadora con anterioridad a su inicio.
- **Acción protectora:** Comprenderá los subsidios por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, nacimiento y cuidado de menor, ejercicio corresponsable del cuidado de lactante, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, además de las pensiones contributivas de incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes o profesionales y la pensión contributiva de jubilación, con la extensión y el alcance previstos en la normativa aplicable al régimen de la Seguridad Social en el que estuvieran encuadrados.

2.2. Mantenimiento de seguridad social española voluntaria. -

Apartados c) y d): Desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que sí existe convenio bilateral o multilateral en materia de Seguridad Social con España, pero que han agotado ya el plazo máximo, junto con sus prórrogas de mantenimiento de la Seguridad Social española o que dicha norma no prevé la figura del desplazamiento de personas trabajadoras.

- **Situación asimilada al alta:** En estos casos, voluntariamente la persona trabajadora podrá continuar sujeto a la legislación española de Seguridad Social en situación asimilada al alta, ya sea por agotamiento del plazo previsto en los acuerdos internacionales o porque los mismos no prevean la situación de desplazamiento.
- **Comunicación:** en estas situaciones, al tratarse a una situación que es voluntaria para la persona trabajadora, la regulación exige algunas formalidades adicionales:
 - Se debe suscribir un acuerdo entre empresa y trabajador. Se pretende publicar un modelo oficial.
 - Una vez suscrito dicho acuerdo, la empresa podrá solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social la continuidad de la sujeción a la legislación española dentro de los siguientes plazos:
 - Presentación de la solicitud antes de finalizar el plazo máximo de desplazamiento o antes del inicio de este y hasta el último día del mes siguiente a esa fecha: la situación asimilada a la de alta comenzará a partir del día siguiente a aquel en que finalice el periodo de desplazamiento anterior.
 - Presentación de la solicitud fuera del plazo anteriormente descrito: la situación asimilada a la de alta comenzará a partir del día de presentación de la solicitud.

- **Acción protectora:** En este caso comprenderá las pensiones contributivas de incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes y la pensión contributiva de jubilación, con la extensión y el alcance previstos en la normativa aplicable al régimen de la Seguridad Social en el que estuvieran encuadrados.

2.3. Cambios en las situaciones o circunstancias del desplazamiento. –

Asimismo, la norma también prevé las consecuencias de los posibles cambios que puedan llegar a darse durante la situación de desplazamiento, indicando lo siguiente:

- La situación asimiladas a la de alta se mantendrá durante el periodo de desplazamiento que tenga origen en la contratación formalizada en España, incluso si el trabajador cambia de país de destino, siempre y cuando en para dicho país siga concurriendo alguna de las condiciones de los apartados a), b) y c).
- Cualquier nueva contratación que se formalice fuera de España conllevará la extinción de la situación asimilada a la de alta. Sin embargo, no se considera nueva contratación la firma de aquellos contratos que se suscriban en el país de destino a los exclusivos efectos del cumplimiento de los requerimientos de la legislación local. Siempre que el contrato con la empresa en España se mantenga, este prime en todo momento sobre la relación con la empresa local y continúen concurriendo las condiciones a), b), c) y d).

4.- ENTRADA EN VIGOR Y APLICACIÓN A LOS DESPLAZAMIENTOS ANTERIORES A LA NORMA.-

La orden entra en vigor el día primero del cuarto mes siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y establece un régimen transitorio:

- Las empresas que cuenten con personas desplazadas en la situación del artículo 3.b deberán comunicar dicho desplazamiento a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el plazo de seis meses contados desde la entrada en vigor.
- Las empresas que cuenten con personas trabajadoras desplazadas al extranjero que, en la fecha de entrada en vigor de esta orden, se encuentren en alguna de las situaciones contempladas en los artículos 3.c y 3.d podrán, previo acuerdo con las personas afectadas, solicitar la vinculación voluntaria de las mismas a la Seguridad Social española, en el plazo de seis meses contados desde la entrada en vigor.

Elisa Lemus

Miembro del equipo directivo de Bufete Barrilero y Asociados, es especialista en derecho Laboral y de la Seguridad Social. Graduada en Derecho por la Universidad de Navarra, Máster en Derecho de empresa de la Universidad de Navarra.

e.lemus@barrilero.es
LinkedIn

Una llamada a la cautela: notas sobre la sentencia del TJUE de julio de 2023 relativa al IRPH

El 13 de julio se dictó la esperada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), relativa al Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (IRPH) en los préstamos hipotecarios (asunto C-265/22).

Lo cierto es que la anhelosa espera estaba justificada, debido al elevado número de préstamos vinculados, de forma principal o sustitutiva, a este índice, establecido en la Circular 8/1990, que consistía en la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, y que desapareció el 1 de noviembre de 2013. Hay que recalcar, en este sentido, que el IRPH es el segundo índice más utilizado en España, tras el euríbor.

La sentencia ha sido acogida por ciertos sectores como un espaldarazo claro a los derechos de los consumidores y un revés a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ello no obstante, en este breve artículo trataremos de hacer una llamada a la cautela, pues en verdad el contenido de la sentencia es más bien parco y limitado, y no introduce ningún cambio reseñable a la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal.

De las cinco cuestiones prejudiciales que se alzan, solo una es admitida y, por tanto, objeto de enjuiciamiento: si la Directiva 93/13 (en concreto, sus artículos 3, apartado 1, 4 y 5) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional según la cual no es abusiva una cláusula de un contrato de préstamo a tipo variable que toma como índice de referencia un IRPH al que aplica un incremento, a pesar de las indicaciones que figuran en el preámbulo de la Circular 5/1994 (relativas al modo de cálculo del IRPH).

Pues bien, siendo ese el objeto de la controversia, lo primero que hace el TJUE es señalar que no se le proveyó de la “jurisprudencia nacional” que, a juicio del órgano judicial que remitió la cuestión prejudicial, podría oponerse a la Directiva 93/13. Esto solo, de entrada, limita bastante los efectos de esta sentencia, pues no entra a analizar detalladamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el órgano que remitió la cuestión pretendía que estudiase la instancia europea.

En la sentencia, el TJUE recuerda, al margen de la necesidad de que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, la exigencia de que el “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de ese tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Debe apuntarse que el TJUE sí considera útil para el consumidor que se le acompañara, junto con la información del método de cálculo (anexo VIII de la Circular 8/1990), las menciones de la Circular 5/1994 (relativas a la necesidad de aplicar un diferencial negativo a fin de igualar el IRPH con el tipo de interés del mercado).

Ello no obstante, sigue incidiendo en que es obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales la verificación de si la información proporcionada al consumidor era suficiente para que este tuviera conocimiento de los métodos de cálculo del índice de referencia y, en particular, si la obtención de la información citada anteriormente conllevaba una “investigación jurídica” que no resultaba exigible al consumidor medio.

Así, la sentencia concluye que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue

publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular, de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio.

Todo lo anterior permite inferir que la litigiosidad aumentará de la mano de aquellos consumidores con préstamos hipotecarios ligados al IRPH sin diferencial negativo, que pretendan hacer valer la falta de información necesaria.

Conviene asimismo recordar, empero, que el TJUE ya avaló la legalidad del IRPH en marzo de 2020 y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya estableció que, aunque no fuese transparente, el IRPH no era abusivo. Sobre esta última jurisprudencia no se pronuncia la sentencia del TJUE, razón por la que ha de entenderse igualmente aplicable.

Íñigo Bilbao Uriarte

Grado en Derecho y máster en Acceso a la Abogacía por la Universidad de Deusto, y LLM in Legal Theory por la Goethe Universität de Frankfurt. Es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados

i.bilbao@barrilero.es
LinkedIn

La condición de representante de los trabajadores ante el despido disciplinario

Una de las cuestiones más delicadas de abordar en derecho laboral es la delimitación del régimen jurídico de la representación de los trabajadores dentro de la empresa.

El derecho de los trabajadores a tener representación legal, el statu quo que el ordenamiento laboral le reconoce a esta representación, garantizando su indemnidad e independencia, el derecho a la libertad sindical y el derecho de sindicación, el poder de dirección del empresario y su derecho sancionador, han de convivir en un delicado equilibrio, de forma que el ejercicio de unos derechos no suponga una intromisión o vulneración de los otros.

Para abordar el análisis de la delimitación de unos y otros derechos es imprescindible una primera consideración y es que el derecho a la representación legal que ostentan los trabajadores está directamente relacionado con el derecho a la libertad sindical, reconocido en nuestra Constitución como derecho fundamental y, por tanto, merecedor de la máxima protección legal.

Sin duda, esta premisa va a condicionar el ejercicio del resto de derechos enumerados, de forma que, en caso de colisión, el derecho de gozar de protección con preferencia será el derecho fundamental.

Sin embargo, esta solución teórica no es tan sencilla cuando, ante un supuesto de hecho concreto, no resulta claro si se está vulnerando uno u otro derecho. Nos estamos refiriendo concretamente al supuesto de hecho de un despido disciplinario de un representante legal de las personas trabajadoras en una empresa. El hecho de que la representación legal de los trabajadores goce de una especial protección jurídica para garantizar su libertad e independencia, tiene su excepción en el supuesto del despido disciplinario. No obstante, a pesar de que el ordenamiento laboral recoge expresamente esta excepción, el derecho del representante legal no agota aquí sus garantías. A éstas hemos de sumar las que estos representantes ostentan como sujetos activos del derecho de libertad sindical.

El supuesto concreto que analizaremos en el presente artículo es si este representante pierde su condición como tal, o bien se mantiene y puede desempeñar sus derechos y funciones desde el despido hasta que haya un pronunciamiento judicial firme. En este sentido, hay que tener en cuenta que una incorrecta decisión adoptada por la empresa (en relación al despido efectuado), puede conllevar la posible vulneración del artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, "ET") y el derecho a la libertad sindical. En consecuencia, el debate se centra en la confrontación de dos esferas jurídicas: derecho sindical vs. la decisión extintiva del empresario.

Pues bien, para poder resolver esta cuestión debemos atender a los

diversos pronunciamientos judiciales, emitidos tanto por los Tribunales Superiores de Justicia como por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

En este sentido, el TS en la sentencia de 25 de abril de 2023 (rec 4371/2019) es manifiestamente claro entendiendo que no puede ejercerse la condición de representante de los trabajadores desde que se produce el despido hasta que recae sentencia judicial.

En el supuesto enjuiciado, los demandantes son todos afiliados a CCOO y miembros del Comité de Empresa, los cuales fueron despedidos por motivos disciplinarios, formulando acción de despido nulo o subsidiariamente improcedente. Unos meses más tarde, solicitaron el acceso al centro de trabajo para asistir a las reuniones del Comité de Empresa, aunque estuviesen despedidos y mientras durase la tramitación del proceso judicial. La empresa negó ese acceso. Los actores presentaron denuncia ante la Inspección de Trabajo, quien emitió un requerimiento a la demandada a fin de que garantizase el respeto a los derechos sindicales de los trabajadores.

En primera instancia, se desestimó la demanda de tutela de derechos fundamentales. En concreto, se argumenta que la relación laboral se extingue con el despido por sus efectos constitutivos, sin perjuicio de que, posteriormente, pueda reponerse dicha relación por la sentencia que declare nula o improcedente la decisión empresarial.

No conformes con tal decisión, los trabajadores presentaron recurso de casación, alegando que se había producido una vulneración del art. 67.3 ET, art. 28.1 CE y Convenios de la OIT núm. 87, 98 y 135. Pues bien, en dicha sentencia, el TS distingue dos momentos en el tiempo: desde la fecha del despido hasta que se dicte sentencia por el Juzgado de lo Social y, un segundo momento, desde la sentencia de instancia hasta que se resuelva el recurso de duplicación que se interponga en su caso por la empresa y/o trabajador.

La Sala del TS entiende que el contrato de trabajo se extingue con el despido del trabajador, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.i, k y l ET, sin que exista norma alguna que posibilite a los representantes de los trabajadores que hayan impugnado el despido continuar ejerciendo sus funciones representativas. Y continúa diciendo: *"Es más, el art. 284.c) LRJS, cuando establece las consecuencias del incumplimiento por el empresario del Auto de ejecución ordenando la readmisión del trabajador establece que, (...), será en ese momento cuando se acordará que el delegado de personal o miembro del comité de empresa continúe desarrollando en el seno de la empresa sus funciones representativas, lo que acredita claramente que hasta ese momento no podía desempeñarlas"*.

Sin embargo, cuestión diferente al ejercicio de sus funciones como representante de los trabajadores es el ejercicio de sus derechos como elector o elegible, directamente relacionados con los derechos de libertad sindical. Aquí la cuestión no es tan clara.

Se han dictado numerosos laudos arbitrales permitiendo la concurrencia a las elecciones sindicales de trabajadores despedidos.

Sin embargo, de contrario, podemos citar la Sentencia del TSJ de Cataluña, de 7/11/2014 (rec. 4850/14) en la que se dice: *“ante la extinción de la relación laboral por la decisión disciplinaria del empresario, la jurisprudencia se inclina por considerar extinguido el mandato de representación que tenían las ahora recurrentes y con ella la posibilidad de desarrollar las funciones propias de dicho mandato. Es cierto, sin embargo, que, aunque siempre a partir de dicho presupuesto, se ha podido el mismo matizar jurisprudencialmente ante la situación de incertidumbre o inseguridad acerca de la existencia misma de la relación laboral, bien para reconocer la condición de elegibilidad a los cargos de representación de trabajadores despedidos o bien para reconocer la posibilidad de seguir realizando la actividad propia como representante sindical (STS 26/4/1995 (AS 1995, 1519) o STC 78/1982 (EDJ 1982/78) citada y a las que correctamente remiten las recurrentes. Pero sucede que, como correctamente apunta el órgano judicial de instancia, tales pronunciamientos operan y tienen sentido tras una decisión judicial que, aunque recurrida, ha determinado la nulidad o la improcedencia del despido.*

Un último aspecto a considerar es la posibilidad de adoptar medidas cautelares por el Juzgado de lo Social, conforme a lo dispuesto en el art. 18o LRJS, en el seno del proceso de despido del trabajador representante sindical, ante la posibilidad de daño irreparable o conculcación del derecho a la libertad sindical.

En definitiva, como primera conclusión al debate planteado parece claro que, despedido disciplinariamente un representante legal de los trabajadores, su relación laboral queda extinguida y, por tanto, no puede seguir ejerciendo su cargo. Si con posterioridad se dicta sentencia que declare la nulidad o la improcedencia del despido, aun recurriendo dicha sentencia la Empresa, el art 284 c) de la LRJS obligaría a ésta a reconocer al trabajador *“a que continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo”*, en tanto no recaiga sentencia en suplicación.

En segundo lugar, la libertad sindical como derecho fundamental que goza de la máxima protección junto con el art. 18o del LRJS parecen aconsejar una postura flexible en cuanto al ejercicio de los derechos de elección y a ser elegibles de estos representantes, en tanto no haya sentencia judicial que confirme la decisión extintiva empresarial.

Marta González Sánchez

Grado en Derecho y Estudios Legales de la empresa por CUNEF, Máster de Acceso a la Abogacía y Derecho de Empresa por la Universidad de Navarra, es miembro de la división Laboral y de la Seguridad Social de Bufete Barrilero y Asociados.

m.gonzalezsanchez@barrilero.es
LinkedIn

Nuevo registro de Titularidades Reales

El 12 de julio de 2023 se publicó en Boletín Oficial del Estado (“BOE”) el Real Decreto 609/2023, de 11 de julio, por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento, (en lo sucesivo, “**Real Decreto 609/2023**”), que entrará en vigor el próximo 19 de septiembre de 2023.

El Registro Central de Titularidades Reales se crea con el objetivo de reunir en un único registro la información de titularidad real de las entidades jurídicas, que actualmente consta en diversas fuentes y registros, a fin de que puedan acceder fácilmente a dicha información autoridades, sujetos obligados y particulares, en este último caso, cuando puedan acreditar un interés legítimo.

La obligación de identificar a los titulares reales de las personas jurídicas nació con la entrada en vigor de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en lo sucesivo, “**Ley de Prevención de Blanqueo**”) como una obligación o medida de diligencia debida para la prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

Recordemos que, como titular real de una entidad jurídica se entiende a aquella persona o personas físicas que en último término poseen o controlan, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto, o que por otros medios ejercen el control, directa o indirectamente de la entidad en cuestión.

En la actualidad, la información sobre la titularidad real de las distintas entidades es recabada por distintas vías como consecuencia de la obligación de identificación de los sujetos obligados por la Ley de Prevención de Blanqueo de todas las personas físicas o jurídicas con las que pretendan establecer relaciones de negocio. Además, las personas jurídicas deben incorporar en su escritura de constitución el acta de titularidad real, y deben actualizar dicha información anualmente al depositar las cuentas anuales. Asimismo, la ley exige a los administradores comunicar cualquier cambio o actualización que se produzca en la titularidad real.

Sin embargo, con la creación del Registro de Titularidades Reales se garantiza que la información sobre la titularidad real de las sociedades y

otras entidades jurídicas esté a disposición de cualquier miembro del público en general fácilmente.

Tal y como se recoge en el Real Decreto 609/2023, será un registro electrónico, central y único en todo el territorio nacional que recogerá y dará publicidad a la información sobre titularidad real relativa a todas las personas jurídicas españolas y las entidades o estructuras sin personalidad jurídica que tengan la sede de su dirección efectiva o su principal actividad en España, o que estén administradas o gestionadas por personas físicas o jurídicas residentes o establecidas en España. Asimismo, se recogerán también los datos de las entidades o estructuras sin personalidad jurídica que, no estando gestionadas o administradas desde España u otro Estado de la Unión Europea, y no estando registradas por otro Estado de la Unión Europea, pretendan establecer relaciones de negocio, realizar operaciones ocasionales o adquirir bienes inmuebles en España.

El Registro Central de Titularidades Reales, será gestionado por el Ministerio de Justicia y tendrá su sede en la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que será el órgano encargado de su gestión.

El Ministerio de Justicia incorporará al Registro Central de Titularidades Reales los datos de carácter histórico existentes sobre las entidades a medida que se obtenga la información de las otras bases de datos. En el Real Decreto 609/2023 se ha establecido un plazo máximo de nueve meses a contar de su entrada en vigor para realizar el envío de todos los datos, en cuya tarea participarán el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Registro de Fundaciones de competencia estatal, y al Consejo General del Notariado entre otros.

La información incorporada al Registro Central de Titularidades Reales se conservará y actualizará durante la vida de las personas jurídicas o entidades o estructuras sin personalidad jurídica, y se mantendrá por un periodo de diez años tras su extinción. El acceso a la información contenida en el Registro Central de Titularidades Reales será siempre por medios electrónicos previa autenticación mediante su identificación.

Sandra Pérez Sobrino

Graduada en doble grado de derecho y administración y dirección de empresas por la Universidad Francisco de Vitoria, doble máster de acceso a la abogacía y derecho de empresa en la Universidad de Navarra, es miembro de la división de administrativo de Bufete Barrilero y Asociados

s.perez@barrilero.es
LinkedIn

El delito de descubrimiento y revelación de secretos. Vulneración de la privacidad de otra persona sin su consentimiento

Analizamos en este artículo las cuestiones más relevantes relativas a este tipo penal del que se conocen casos prácticamente a diario y que siempre suscita alguna duda respecto de su interpretación.

El delito de descubrimiento y revelación de secretos, regulado en los artículos 197 y siguientes del Código Penal, protege, en palabras de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo “*la libertad o privacidad informática de los individuos proyectada sobre los datos personales*” (STS 1153/2021, de 22 de marzo). En este sentido, considera la Sala Segunda, que el bien jurídico objeto de protección no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el artículo 18.1 de la Constitución Española, sino la autodeterminación informática a que se refiere el artículo 18.4 del texto constitucional. Lo que se protege es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido.

Así, el artículo 197.2 del Código Penal, sanciona con la pena de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Por datos de carácter personal ha entendido el Tribunal Supremo que se trata de toda aquella información sobre una persona física identificada o identificable, tal como se desprende del artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El considerando primero de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, reconoce que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal es un derecho fundamental, citando el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 16 del TJUE. Y en su artículo 2 dispone que los Estados miembros deberán proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales.

Por otro lado, datos de carácter reservado son aquellos que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera (STS n.º 1328/2009, de 30 de diciembre). Como fue objeto de análisis en la STS n.º 532/2015, de 23 de setiembre, reservados son “secretos” o “no públicos”, parificándose de este modo el concepto con el artículo 197.1 CP. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca. No es relevante, por tanto, el contenido concreto de los datos, pues la protección se extiende a todos los que se encuentren en los ficheros o archivos a los que se hace referencia, siempre que sean de carácter personal o familiar.

Traemos a colación uno de los casos más recientes en los que se ha impuesto una condena por este delito, como es la Sentencia núm. 225/2023 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5ª), de fecha 24 de julio de 2023, que ha condenado a tres años y diez meses de prisión a una enfermera que accedió más de 300 veces al historial clínico de su exnovio y de su actual pareja, como autora y criminalmente

responsable de dos delitos continuados de revelación de secretos, concurriendo en relación con ambos delitos la atenuante de reparación del daño como muy cualificada y respecto del cometido en relación con su expareja además la circunstancia agravante de parentesco.

La Sala considera probado que la acusada carecía, en todas las ocasiones, del consentimiento “expreso o tácito” de los denunciantes, así como de “una justificación asistencial”. Así, destacan en la sentencia que se guio, “en todos y cada uno de los accesos”, por el ánimo “de invadir la esfera más personal e íntima” de los perjudicados, así como “de tomar conocimiento de hechos o circunstancias relativas a su estado de salud, tratamientos médicos, prescripciones farmacológicas, asistencias facultativas, pruebas diagnósticas y demás datos relacionados con su salud, que nunca le habían sido comunicados ni por su expareja o la pareja de este con anterioridad y sin que tuvieran conocimiento alguno de ello”.

Álvaro de la Rica Lizarraga

Graduado en derecho por la Universidad de Navarra, máster de acceso a la abogacía por la Universidad Autónoma de Madrid, es miembro de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.rica@barrilero.es
LinkedIn

