



CONSEJO DE ESTADO

que se refieran a clientes que puedan presentar un mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. En esta línea, la excesiva generalidad con que está concebida la obligación de conservación en el artículo 25.1 del anteproyecto (respecto de toda "documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente ley") debería ajustarse según las diversas obligaciones que ésta impone; que afectan algunas a todos los clientes de los sujetos obligados (identificación), otras sólo a las operaciones que presenten mayor riesgo (examen especial) y con diferente intensidad según los casos.

E. El Fichero de Titularidades Financieras (artículo 41)

1. El artículo 41 establece que "las entidades de crédito deberán declarar la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo en la forma, plazo y condiciones que se determinen reglamentariamente", con los datos de sus titulares (apartado 1). El responsable del Fichero es la Secretaría de Estado de Economía y reglamentariamente se determinará el encargado de su gestión; le es de aplicación la Ley Orgánica de Protección de Datos (apartado 2). Pueden obtener datos "con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo" los jueces de instrucción y el Ministerio Fiscal y -con su previa autorización- las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; también el Servicio Ejecutivo de la Comisión para el ejercicio de sus competencias; y la Agencia Estatal de Administración Tributaria en los términos del artículo 95 de la Ley General Tributaria (apartado 3). Por último, su control -vear por el uso adecuado del Fichero y requerir justificación completa de los motivos de acceso- corresponde a un miembro del Ministerio Fiscal designado por el Fiscal General del Estado según ciertos trámites y condiciones, "sin perjuicio de las competencias que correspondan a la Agencia Española de Protección de Datos" (apartado 4).

Este precepto cierra el Capítulo VI, dedicado a "otras disposiciones". No figuraba en las dos primeras versiones del anteproyecto, sometidas a informe de los vocales de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y de diversos órganos y entes



CONSEJO DE ESTADO

- 42 -

administrativos, entre ellos la Agencia Española de Protección de Datos. Y aun cuando finalmente la Agencia emitió su informe, su presencia en un momento anterior del expediente hubiese sido deseable.

Además, no debe olvidarse que la creación de este Fichero de Titularidades Financieras no obedece a la transposición de ninguna regla prevista en la Directiva 2005/60/CE, sino que se trata de una exigencia impuesta por la legislación interna española.

2. Por lo demás, obran en el expediente los informes de fecha muy anterior a la versión del anteproyecto sometido a información pública, en que se introdujo esta disposición (3 de abril de 2009). En concreto, evacuó un dictamen específico sobre la materia la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado con fecha 28 de diciembre de 2006, cuyas conclusiones se han extractado en antecedentes y que se basaba, en parte, en la propuesta efectuada por un Grupo de Trabajo creado en el seno de la Comisión, que realizó una comparación entre los modelos francés y alemán y elevó una propuesta de artículo a introducir en el anteproyecto (sesión de la Comisión de 18 de julio de 2006).

El informe de la Abogacía General del Estado estudia la viabilidad jurídico-constitucional de la obligación de "suministro universal de datos" que impone este precepto, así llamada por sus características de ser "no sometida a requerimiento" y "no limitada a un grupo de datos o de personas". Tras recoger la jurisprudencia constitucional sobre el llamado derecho fundamental a la protección de datos (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre) y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del artículo 9 del Convenio del Consejo de Europa de 1981 sobre la protección de datos de carácter personal, afirma que la constitucionalidad del instrumento analizado "está en función de la proporcionalidad (...) con los fines que se pretenden, concretamente de su necesidad para la prevención y persecución de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo". Analiza a este respecto la legislación hoy vigente en la materia (Directivas 2005/60/CE y 2006/24/CE; Leyes 19/1993, 12/2003 y 19/2003, de 4 de julio, sobre el régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las



CONSEJO DE ESTADO

transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales) y considera que significan "una injerencia en el ámbito de la intimidad y del derecho a la protección de datos menor que el que la propuesta [sobre el Fichero] significa". Por último reconoce también la existencia de obligaciones de suministro general de información en las leyes (artículos 3.2 de la citada Ley 19/2003 y 93 de la Ley General Tributaria), pero en esos casos "la legitimidad de esta obligación se justifica en su vinculación directa al ámbito tributario" y no puede olvidarse que "el fundamento constitucional de esta habilitación –el deber de contribuir a las cargas públicas previsto en el artículo 31.3 de la Constitución– afecta a todos los ciudadanos (al menos potencialmente) que realizan actividades con trascendencia económica" y lo mismo puede decirse de las competencias de supervisión sobre las transacciones económicas con el exterior.

M

Partiendo de aquí, es indudable que la finalidad de persecución de los delitos vinculados con el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo es legítima y podría justificar la cesión de datos. A su vez, debería verse cumplido el requisito "de que sea la ley la que establezca el deber de cesión y de sus condiciones". La duda se plantea respecto al suministro general e indeterminado de datos relativos a personas (todos los ciudadanos titulares de activos financieros) no directamente vinculadas a las funciones de las autoridades que pueden acceder a ellos: "Así como, por ejemplo, todo titular de un activo financiero está llamado, al menos potencialmente, a contribuir a la Hacienda Pública a través de diversas figuras tributarias (...), no ocurre lo mismo en el caso que se plantea. En efecto, la lucha contra la financiación del terrorismo o contra el blanqueo de capitales no está directamente vinculada con el conocimiento de la información de todos los activos financieros de todos los ciudadanos". Respecto a los motivos esgrimidos por el Ministerio –luego se verán-, carece de elementos de contraste definitivo para formular un juicio técnico sobre la necesidad de la figura, sin que el Derecho de la Unión Europea haya ido más allá por el momento del uso del requerimiento de información y la conservación de ésta a disponibilidad de la autoridad competente en cada caso.

Por lo demás, aparte de mostrar su duda sobre la proporcionalidad e idoneidad de la propuesta", realizó ciertas observaciones a



CONSEJO DE ESTADO

los términos en que aquélla quedó formulada: debería referirse a titularidad de activos financieros, sin incluir saldos ni movimientos de cuentas (como así sucede en el anteproyecto); la finalidad de la utilización de los datos suministrados ha de establecerse por ley y también las modalidades de acceso y la posible declaración de otros activos financieros que en la propuesta original se remitían al reglamento); el control debe reservarse a la AEPD.

3. El informe de la Agencia Española de Protección de Datos examina el artículo 41 del anteproyecto en una doble perspectiva: la de verificar, en primer lugar, "si dicha norma resulta ajustada a los principios de la Ley Orgánica 15/1999, tanto en lo referente a la creación del fichero como al acceso que se produciría a los datos"; así como, en segundo lugar, la de "analizar la posible incidencia que en el funcionamiento del fichero pudiera revestir la regla especial a que se refiere el apartado 4 del precepto sometido a informe".

El estudio de la primera cuestión se ha de girar a su vez, en resumen, sobre dos puntos: proporcionalidad del Fichero (finalidad de éste y responsable del tratamiento) y acceso a los datos (encarado del tratamiento y cesiones de datos). Respecto de la proporcionalidad, expone la doctrina general relativa a que, si bien la previsión expresa en una norma con rango de ley de un determinado tratamiento o cesión de datos basta en principio para entenderlos conformes a la Ley Orgánica 15/1999 [artículos 6.1 y 17.2.a) de ésta], "dicha previsión debe resultar igualmente respetuosa con los restantes principios contenidos en la citada Ley Orgánica y, particularmente, con los contenidos en su artículo 4" (cuyo primer apartado precisa que "los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido").

Tras explicar después los distintos matices de este principio -juicios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto-, considera que ello debería llevar a dos conclusiones respecto del artículo 41 del anteproyecto: (i) "el precepto ahora analizado debería explicitar claramente la



CONSEJO DE ESTADO

finalidad que justificaría, en su caso, la existencia del fichero de titularidades financieras, cual será la de colaborar en la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo"; y (ii) "el cumplimiento del principio de finalidad va íntimamente ligado a la competencia del órgano que tenga la condición de *responsable del fichero*". En este punto, el artículo 41 atribuye la responsabilidad del Fichero a la Secretaría de Estado de Economía. Opina la AEPD que, atendido el reparto competencial del anteproyecto, "parece lógico concluir que el responsable del fichero habría de ser la propia Comisión [de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias] o el Servicio Ejecutivo" o, "en caso de persistir la atribución contenida en el anteproyecto de la responsabilidad del fichero a la Secretaría de Estado de Economía, dicha atribución debería justificarse en la presidencia que la Ley atribuye al Secretario de Estado o en el hecho de que una unidad de la Secretaría de Estado ostenta a su vez la secretaría de la Comisión".

m

Por lo que hace al encargado del tratamiento, subraya que a éste compete el tratamiento de datos siempre "por cuenta del responsable del tratamiento" [artículo 3.g) de la Ley Orgánica 15/1999], que las instrucciones técnicas que pueda adoptar no deben exceder de los límites de protección de datos fijados en la normativa de creación del Fichero (Título VIII del Reglamento de desarrollo de dicha ley orgánica, aprobado por Real Decreto 1720/2007) y que, en definitiva, el régimen de tratamientos por cuenta de terceros debe estar regulado en un contrato (artículos 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y concordantes de su Reglamento de desarrollo). Por todo ello, "considera que el inciso ahora analizado no aporta ningún valor al contenido del anteproyecto, planteando por contra dudas en su aplicación posterior, al poder considerarse que otorga al encargado del tratamiento potestades que la legislación de protección de datos no le atribuye, por lo que procedería a su supresión". Precisa que, "en todo caso, "una vez determinado el encargado del tratamiento, éste, dentro de los límites a los que se ha venido haciendo referencia, podrá adoptar las medidas que sean necesarias, siempre con respeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y sin que ello pueda afectar a su condición de mero prestador de servicios al responsable del fichero".



CONSEJO DE ESTADO

En cuanto a las cesiones de datos (apartado 3 del artículo 41), considera amparadas por el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 las que el proyectado precepto prevé que pueden hacerse a los órganos jurisdiccionales, Ministerio Fiscal y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –en este último caso, previa autorización judicial- e igualmente el acceso de los datos por parte del Servicio Ejecutivo. En cambio, pone algún reparo al acceso a los datos por parte de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, pues podría resultar redundante con lo ya previsto por los artículos 93.1 y 94.1 de la Ley General Tributaria, de modo que “únicamente si cabe [si cupiese] apreciar el carácter complementario de las dos cesiones –dice- podría mantenerse la que se incluye en el apartado 3 del precepto”.

Por último, cuestiona la previsión del apartado 4 del precepto que encomienda el control del Fichero a un miembro del Ministerio Fiscal “desde diversos puntos de vista”: (i) no aclara el contenido de esta función, al referirse a “relar por su uso adecuado”, pero también al control de los motivos que justifican el acceso; (ii) plantea dudas su solapamiento con las competencias de la Agencia: deberían precisarse los mecanismos por los que el órgano de control puede poner en conocimiento de aquélla las vulneraciones detectadas; (iii) además, el acceso se llevaría a cabo por un representante del Ministerio Fiscal sin competencias en la materia –lo que no podría ampararse en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y la función de control sobre accesos efectuados por órganos jurisdiccionales “dudosamente podría tener cabida en las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal y al Poder Judicial por la Constitución y en la independencia de este último”. Apunta finalmente que la competencia de control del cumplimiento de las exigencias de protección de datos puede ser cumplida “mediante la designación de un responsable de seguridad, en los términos previstos en el artículo 9 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999”.

4. El Derecho comparado ofrece fundamentalmente dos modelos de ficheros de titularidad pública para prevención del blanqueo de capitales.

Uno es el previsto en el artículo 24c de la Ley Bancaria alemana de 1 de abril de 2003 (*Kreditwesengesetz*), que establece un sistema de



CONSEJO DE ESTADO

consulta electrónica de activos financieros a cargo del supervisor federal en materia financiera (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen, BaFin*). Las entidades de crédito tienen la obligación de crear un fichero con los datos del número de la cuenta, el nombre del cliente y los detalles de su identificación, que deben guardarse mientras exista la cuenta o el depósito y, una vez cancelados éstos, por plazo de tres años. El supervisor financiero accede de forma automática a los datos y puede cederlos a solicitud de otras instancias previstas en el apartado tres del citado precepto: autoridades policiales y judiciales en el marco de investigaciones sobre bloqueo de capitales; unidad de inteligencia financiera; autoridades administrativas sobre transacciones de residentes y no residentes y autoridades de terceros Estados competentes para desarrollar investigaciones en el ámbito del blanqueo de capitales.

El segundo modelo es el del fichero previsto en el Derecho francés: el *Fichier national des comptes bancaires e assimilés* (FICOBA), gestionado de forma automatizada desde 1982 previa autorización de la Comisión Nacional de Informática y Libertades. El deber de declarar la apertura, modificación o cierre de cuentas de cualquier naturaleza a la Administración tributaria se introdujo por la Ley 89-935, de 29 de diciembre de 1989 y actualmente se recoge en el artículo 1649A del Código General de los Impuestos en estos términos: "Las Administraciones Públicas, los establecimientos u organismos sujetos a control de la autoridad administrativa y todas las personas que reciban habitualmente en depósito valores mobiliarios, títulos o cosas en especie deben declarar a la Administración Tributaria la apertura o cierre de cuentas de cualquier naturaleza".

En el anexo 4 del mismo Código (artículos 134 FB y siguientes) se recogen las normas reglamentarias (*arrêté* de 14 de junio de 1982 modificado por el de 7 de abril de 2009) que prevén, entre otros extremos, los siguientes: "Las declaraciones de apertura, modificación y cierre de cuentas declaradas por las entidades financieras son objeto de un tratamiento informatizado (denominado gestión del Fichero de cuentas bancarias y asimiladas) que recoge en soporte magnético la existencia de las cuentas y pone en conocimiento de los servicios autorizados para consultar el Fichero la lista de los titulares que corresponda a una o varias personas físicas o jurídicas. Las



CONSEJO DE ESTADO

informaciones sólo pueden ser comunicadas a las personas u organismos señalados mediante una habilitación legislativa y dentro de los límites establecidos por ley. Los interesados (o sus herederos) pueden acceder al fichero con sus datos a través de la Comisión Nacional de Informática y de Libertades o a través de la Administración Tributaria y tienen derecho, en su caso, a la rectificación a través de las entidades financieras correspondientes" (artículo 164 FC).

5. El Grupo de Trabajo de la Comisión se decantó por proponer un modelo similar al francés, estimando que éste presentaría "mayores analogías con las bases de datos actualmente mantenidas por la AEAT (institución que será responsable del tratamiento en los términos de la "LOPD)" [en la versión del anteproyecto sometida a información pública]. Sin embargo, se consideraba que los datos que hoy se encuentran en el sistema de la AEAT presentaban ciertas limitaciones en cuanto a su acceso: la información de un ejercicio no está disponible hasta el ejercicio siguiente; los datos sobre activos de residentes en territorios forales son muy escasos; resulta técnicamente complicada la realización de consultas.

A todo ello añade la memoria justificativa la existencia de una situación claramente disfuncional porque el alcance real de confiscaciones de activos financieros en procesos penales es muy reducido; el bloqueo de fondos basado en peticiones internacionales requiere el envío de correos oficiales a todas las entidades de crédito y las numerosas investigaciones patrimoniales se ven seriamente limitadas como consecuencia de la imposibilidad de disponer de forma rápida y fiable de esta información.

6. A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado objeta diversos aspectos de la configuración proyectada del Fichero de Titularidades Financieras.

Ante todo, considera que deberían quedar regulados en la ley los dos relevantes extremos que los apartados 1, primer párrafo, y 2, segundo párrafo, remiten al reglamento, esto es: los plazos, formas y en especial las *condiciones* en que deba declararse la apertura de cuentas o depósitos a plazo



CONSEJO DE ESTADO

(así como ante quién deba procederse a tal declaración); y de otro lado la concreción del encargado del tratamiento del fichero, competencia que en las primeras versiones se otorgaba a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (rasgo que lo acercaría al sistema francés) y que en todo caso debería precisarse por ley. Como después se dirá, ello es así —a pesar de que exista la posibilidad de configurar ficheros de titularidad pública incluso mediante disposición general [artículo 20.1.a) de la Ley Orgánica 15/1999]- por el entendimiento del juego de proporcionalidad en esta materia y la precisa habilitación mediante ley que la AEPD exige para que los datos sometidos a tratamiento “sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido” (artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999). Además, habría de precisarse que el encargado del tratamiento determinará las características técnicas con respeto a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999. El tratamiento de los datos será siempre por cuenta del responsable del Fichero (responsabilidad que puede residenciarse en la Secretaría de Estado de Economía en cuanto le corresponde la presidencia de la Comisión de Prevención).

Más allá de estas exigencias de rango, considera el Consejo de Estado que debería replantearse en profundidad el carácter de este instrumento, previsto como de suministro universal de información (“de todos los activos financieros de todos los ciudadanos”, como gráficamente dice el informe de la Abogacía General del Estado). Los problemas detectados en la operatividad de las bases de datos tributarias y otros de tipo práctico, relevantes sin duda para la persecución de las conductas preparatorias o posteriores a las actividades delictivas de blanqueo o de financiación de terrorismo, deben ser solucionados mediante la previsión de un instrumento que se dirija específicamente a tales finalidades y que, en consecuencia, pueda ser consultado únicamente por las autoridades competentes que se establezcan por ley, a esos precisos efectos. En esta línea, el mecanismo automático de declaración universal en que consiste el Fichero podría incluso ser sustituido por la exigencia de tener disponible la información por parte de las entidades de crédito, que deberían remitirla a solicitud de las autoridades competentes en los casos previstos en la ley. En cualquier caso, ha de determinarse claramente en



CONSEJO DE ESTADO

la ley y la finalidad específica del Fichero, haciendo alusión en la exposición de motivos a la atención del principio de proporcionalidad en el tratamiento de datos de carácter personal.

En fin, por lo que hace al control del Fichero de Activos o Titularidades Financieras, en primer lugar la "justificación completa de los motivos de acceso" debe ser reglada previamente, en cierto modo, según lo que se acaba de decir: esto es, según que tales motivos de acceso queden justificados en la finalidad de prevención o persecución de las conductas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. En cuanto al órgano competente, debería potenciarse el papel de la Agencia Española de Protección de Datos en un fichero al que resulta de aplicación o previsto en la Ley Orgánica 15/1999 (último párrafo del apartado 2). En esta línea, se comparte el parecer de la Abogacía del Estado en la Secretaría de Estado de Economía, para quien "llama la atención la atribución a un miembro del Ministerio Fiscal de la función de velar por un uso adecuado del Fichero, quedando de este modo alterada la regla general de la normativa sobre protección de datos de carácter personal, que atribuye la responsabilidad del buen uso de los datos al responsable del Fichero, siendo su actuación revisable por la Agencia Española de Protección de Datos".

7. En recapitulación de todo lo señalado, el Consejo de Estado muestra serias reservas sobre el modo en que queda configurado el Fichero de Titularidades Financieras en el anteproyecto. Aconseja el replanteamiento en profundidad de este instrumento o su supresión en la ley proyectada, a la espera de una regulación específica, de elaboración previa más detenida, en norma con rango de ley. Las razones que llevan a esta conclusión son, resumidamente, de dos tipos:

- Ante todo, se trata de una figura no exigida por el Derecho comunitario y con la que no se pretende transponer norma alguna de la Directiva 2005/60/CE. No existe, por este motivo, urgencia en dotar a la legislación administrativa de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo de una herramienta de alcance potencialmente tan expansivo.



CONSEJO DE ESTADO

- En segundo lugar, respecto de las reglas concretas que establece el anteproyecto, se considera que todos los extremos relevantes del Fichero debieran quedar regulados en norma con rango de ley (sin habilitaciones reglamentarias en punto a las condiciones de declaración de las cuentas ni al órgano encargado de su tratamiento); que deberían establecerse clara y expresamente las finalidades para las que las autoridades reconocidas legalmente pudieran solicitar datos, en los casos en que se estime necesario por existir indicios o sospechas de blanqueo o financiación terrorista, de la información obligatoriamente disponible a estos efectos por los sujetos obligados (sin llegar a establecer la exigencia de declaración universal previa por parte de éstos); y que el régimen de control quedaría mejor servido siguiendo la regla general de atribuirlo al responsable del Fichero, bajo la supervisión de la Agencia Española de Protección de Datos (cf. artículos 3.d) y 37.1.f) de la Ley Orgánica de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal].

F. Régimen sancionador (artículos 48 a f))

• Algunas de las objeciones más reiteradas al anteproyecto se han hecho, por último, en relación con el régimen de las infracciones y sanciones, crucial en esta materia. Ante todo, se han realizado numerosas correcciones y sugerencias —la mayor parte de las cuales se han incorporado ya al anteproyecto— en lo que se ha dado en llamar el “grado de precisión tipificante” del catálogo de infracciones.

En este sentido, en el artículo 49.1.a), el adjetivo relativo al “incumplimiento injustificado” del deber de comunicación en cuanto carece de sentido tipificador, debería suprimirse.

Otro problema se detecta, en esta línea, en el artículo 49.2 en relación con el 50.4, preceptos que tipifican las infracciones muy graves y graves, respectivamente, por remisión a los Reglamentos comunitarios “que establezcan medidas restrictivas específicas de conformidad con los artículos 60, 301 o 308 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”



CONSEJO DE ESTADO

- 69 -

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

1º) Que debe replantearse la regulación del Fichero de Titularidades Financieras del artículo 41 del antiproyecto, según las observaciones que se formulan en el apartado V, letra E, del dictamen.

2º) Que, una vez consideradas las restantes observaciones que se formulan en el presente dictamen, puede V. E. someter al Consejo de Ministros, para su posterior elevación a las Cortes Generales como proyecto de Ley, el antiproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 19 de noviembre de 2009

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA SEGUNDA DEL GOBIERNO Y
MINISTRA DE ECONOMÍA Y HACIENDA