

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al artículo 41 del Anteproyecto de Ley de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúpleme informarle lo siguiente:

## I

El presente informe es continuación del evacuado por esta Agencia Española de Protección de Datos en fecha 3 de abril de 2009, emitido en relación con el entonces denominado “Anteproyecto de Ley de Integridad del Sistema Financiero u de otros sectores de actividad económica”, tal y como se indica en la solicitud de informe remitida a la Agencia, concretándose en el análisis desde la perspectiva de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 al nuevo artículo 41 del Anteproyecto, que no aparecía recogido en la norma cometida al previo informe y que reviste especial trascendencias desde la perspectiva de la aplicación de la citada Ley Orgánica.

Mediante el mencionado precepto se viene a regular el denominado “fichero de titularidades financieras”, en el que, conforme a lo previsto en los apartados 1 y 2, se contendrán los datos relativos a “la apertura y cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo” constituidas en cualesquiera entidades de crédito, con inclusión de los “datos identificativos de sus titulares, representantes o autorizados, así como de cualesquiera otras personas con poderes de disposición”.

Dichos datos serán facilitados por las entidades al fichero, del que será responsable la Secretaría de Estado de Economía y al que accederán según el apartado 3, los Jueces y Tribunales, el Ministerio Fiscal y previa autorización, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Igualmente, se prevé la cesión de los datos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y al Servicio Ejecutivo de la Comisión para la prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias “para el ejercicio de sus competencias”.

El precepto analizado dispone que será de aplicación al fichero lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, haciendo referencia en su apartado 4 a las competencias de esta Agencia. No obstante, dicho apartado establece que “un miembro del Ministerio Fiscal designado por el Fiscal general del Estado (...) y que durante el ejercicio de esta actividad no se encuentre desarrollando su función en alguno de los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la persecución de los delitos de blanqueo de capitales o financiación del

terrorismo velará por el uso adecuado del fichero, a cuyos efectos podrá requerir justificación completa de los motivos de cualquier acceso”.

El análisis del precepto mencionado exige, en primer lugar, verificar 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 contenidos en el mismo, así como, en segundo lugar, analizar la posible incidencia que en el funcionamiento del fichero pudiera revestir la regla especial a la que se refiere el apartado 4 del precepto sometido a informe.

## II

Entrando ya en el estudio de la primera de las cuestiones, el precepto sometido a informe establece, en primer lugar, una obligación de las entidades de crédito de comunicar a la Secretaría de Estado de Economía los datos a los que la norma se refiere; en segundo término, el tratamiento de los datos por parte de la mencionada Secretaría de Estado y su incorporación al fichero, y finalmente una posible cesión de dichos datos en los términos previstos en su apartado 3.

El artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999 legitima el tratamiento de los datos cuando el mismo se encuentra previsto en una norma con rango de Ley. Del mismo modo, el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica establece idéntica legitimación para la cesión de los datos de carácter personal.

Esta Agencia Española de Protección de Datos ha venido poniendo reiteradamente de manifiesto con ocasión del ejercicio de la función consultiva derivada de los preceptos citados en el encabezamiento que la existencia de una previsión expresa en una norma con rango de Ley no resulta por sí misma suficiente para considerar que el tratamiento o cesión de datos previsto en dicha disposición resulta conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, y por tanto objeto de informe favorable de esta Agencia, sino que dicha previsión debe igualmente resultar respetuosa con los restantes principios contenidos en la citada Ley Orgánica y, particularmente, con los establecidos en su artículo 4.

De entre tales principios debe hacerse especial referencia al previsto en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “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”.

Este principio se traduce en la necesidad de que el tratamiento o cesión previstos en la norma resulte, por una parte, ajustado al sistema de competencias que el ordenamiento jurídico establezca y, por otra, que dicho tratamiento no exceda del principio de proporcionalidad al que el propio

precepto se refiere. En consecuencia, el tratamiento deberá ser el adecuado en relación con el sistema diseñado por el ordenamiento y habrá de ser llevado a cabo por el Órgano que tenga atribuida la competencia para ello. En todo caso, la finalidad que lo justifique deberá aparecer explícitamente en la norma o derivarse directamente de su contenido.

Esta última previsión aparece remarcada por el artículo 4.2 de la Ley Orgánica, cuyo inciso primero prevé que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”.

El juego de los dos principios citados exigirá, en primer lugar, una valoración de la proporcionalidad de la medida prevista en el precepto, habiéndose esta Agencia pronunciado sobre el alcance del mencionado principio, siguiendo la doctrina emanada del Tribunal Constitucional (en particular de la Sentencia 207/1996) en el Preámbulo de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, referida al tratamiento de datos de carácter personal con fines de videovigilancia, al indicar que “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Ciertamente, esta Agencia es consciente de la finalidad perseguida mediante la creación del fichero al que se refiere el precepto sometido a informe, tal y como se señalará más adelante. No obstante, sería preciso que la propia norma, a través de su Exposición de Motivos ponga de manifiesto la proporcionalidad de la medida adoptada en su articulado, teniendo en cuenta los deberes de información que el propio precepto establece.

Por otra parte, el precepto ahora analizado debería explicitar claramente la 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, a fin de garantizar en la norma legal habilitante de la cesión y del tratamiento de datos la finalidad fundada que legitima una y otro.

Por último, ya se ha puesto de manifiesto que en relación con el tratamiento de datos de carácter personal llevado a cabo por los poderes públicos, el cumplimiento del principio de finalidad va íntimamente ligado a la competencia del órgano que tenga la condición de responsable del fichero. De este modo, será necesario que el uso que vaya a darse al fichero encaje dentro

de las competencias de su responsable para que pueda entenderse plenamente cumplido el principio de finalidad.

En el presente caso, la responsabilidad del fichero se atribuye por el precepto objeto de informe a la Secretaría de Estado de Economía, debiendo tenerse en cuenta el reparto competencial llevado a cabo por el propio Anteproyecto de Ley, para lo que se tomará en consideración la versión del mismo que fue sometida a informe de esta Agencia y en particular su Capítulo VII.

Conforme al citado Anteproyecto, corresponde a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias la función de “colaborar con las fuerzas u cuerpos de seguridad, coordinando las actividades de investigación y prevención llevadas a cabo por los restantes órganos de las Administraciones Públicas que tengan atribuidas competencias” en las materias objeto de regulación.

La Comisión está presidida por el Secretario de Estado de Economía, ostentando su Secretaría “la unidad orgánica, con rango al menos de Subdirección General, que reglamentariamente se determine”. El Anteproyecto otorga a la citada Secretaría las competencias que se enumeraban en el artículo 43.2 del Anteproyecto en la versión previamente informada por la Agencia.

Asimismo, el Anteproyecto regula las competencias del Servicio Ejecutivo de la Comisión, entre las que se encuentra, en primer lugar, la de prestar el necesario auxilio a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos administrativos competentes.

Teniendo en cuenta este marco competencial, parece lógico entender que, en caso de procederse a su creación, el fichero se encuentre bajo la responsabilidad de los órganos competentes en materia de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. De este modo, debería existir una relación entre la Comisión, a la que la Ley otorga la competencia en lo referente al impulso y coordinación de la ejecución de la normativa en esta materia, directamente o a través de los órganos que la integran y el fichero de titularidades financieras, dada la finalidad de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo perseguida por el fichero.

Por ello, parece lógico concluir que el responsable del fichero habría de ser la propia Comisión o el Servicio Ejecutivo, dada su función de colaboración en la persecución del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

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.

Por este motivo, debería clarificarse la atribución de la condición de responsable del fichero, especificándose que la misma corresponderá a la Secretaría de Estado, “al ostentar la presidencia de la Comisión” o directamente a “la Unidad que ostente, conforme a lo previsto en esta Ley, la Secretaría de la Comisión”.

A la vista de todo ello, sería preciso que se justifique en el Anteproyecto sometido a informe la proporcionalidad de la creación del fichero citado, en los términos que se han expuesto, que se determine la finalidad del fichero y que, por último, se identifique al responsable, también en los términos que se han expuesto.

### III

Debe, a continuación, hacerse referencia a los accesos al fichero de titularidades financieras, diferenciando a tal efecto las previsiones referidas al encargado del tratamiento y las cesiones previstas en el precepto sometido a informe.

En relación con las primeras, el precepto objeto de informe dispone que “reglamentariamente se determinará el encargado del tratamiento que fijará las características técnicas del fichero, pudiendo aprobar las instrucciones adecuadas”.

La Ley Orgánica 15/1999 define al encargado del tratamiento en el artículo 3 g), indicando que el mismo será “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

Ello conlleva la primera consecuencia de que, sin perjuicio de la posible organización del tratamiento que sea llevada a cabo por el encargado del tratamiento, su poder de decisión acerca del mismo quedará limitado al tratamiento de datos por cuenta del responsable, sin que en ningún caso pueda adoptar decisiones que afecten a la naturaleza y finalidad del tratamiento.

La traducción de las funciones del encargado del tratamiento se derivará en la obligación del mismo de dar cumplimiento a los deberes de seguridad regulados por el Título VIII del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Esta norma será precisamente la que delimite las obligaciones y funcionamiento del tratamiento efectuado por el encargado, sin que las “características técnicas” que el encargado pueda diseñar ni las “instrucciones” que aquél pueda adoptar puedan en modo alguno exceder de los límites establecidos en la normativa de

protección de datos a la que queda sometido el fichero en los términos establecidos por el propio Reglamento.

Además, el régimen del encargado del tratamiento se encuentra expresamente regulado por el artículo 12 de la Ley Orgánica y su desarrollo por el Capítulo III del Título II del Reglamento que la desarrolla. En particular, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica prevé en su primer inciso que “La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido”.

Ciertamente es posible que la determinación del encargado del tratamiento pueda llevarse a cabo a través de una norma reglamentaria, como ha tenido esta Agencia la ocasión de manifestar en determinados supuestos. Sin embargo, dada la necesidad de que se arbitre el instrumento jurídico, por vía de contrato o convenio de colaboración, atendiendo a la naturaleza pública o privada del encargado, la remisión a un desarrollo reglamentario posterior para la determinación del mencionado responsable parece innecesaria.

En consecuencia, se 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 su supresión.

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, a fin de garantizar las adecuadas garantías en el tratamiento de los datos. Sin embargo, dichas instrucciones deberán tener un carácter técnico y organizativo, no pudiendo el encargado, en nombre propio, adoptar por sí solo medidas tales como las relativas al modo en que deberían ser comunicados los datos al fichero, dado que las mismas deberán ser adoptadas por el responsable (bien directamente o a través del mencionado encargado, pero actuando éste último única y exclusivamente en nombre del responsable).

#### IV

En cuanto a las cesiones de datos a las que se refiere el precepto sometido a informe, es preciso tener en consideración lo ya apuntado con anterioridad en relación con el necesario cumplimiento de los principios contenidos en la Ley Orgánica 15/1999 y, en particular, el de proporcionalidad.

Tomando en cuenta lo anterior, cabe considerar que la comunicación de los datos a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal, así como a las



Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando exista previa autorización judicial, con la finalidad de la investigación de los delitos relacionados con la prevención de capitales y la financiación del terrorismo ya se encontraría planamente amparada por el artículo 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999 que legitima la cesión de datos sin consentimiento del interesado a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal, habiendo señalado esta Agencia que en caso de existir autorización judicial debe entenderse incluida en este supuesto la cesión de datos a la policía judicial.

En cuanto al acceso a los datos por el Servicio Ejecutivo, y sin perjuicio de lo ya indicado en cuanto a la posible atribución a éste de la condición de responsable del fichero, debe señalarse que dicho acceso también se encontraría amparado por las funciones atribuidas al aquél por el Anteproyecto en que se incluye el precepto ahora sometido a informe. En particular, debe recordarse que corresponde al Servicio Ejecutivo prestar el necesario auxilio a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos administrativos competentes. Por tanto, la cesión se encontraría amparada por el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, siendo congruente y proporcional a las funciones que el ordenamiento atribuye al Servicio Ejecutivo.

Por último, el precepto prevé que los datos serán comunicados a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que tendrá acceso a los mismos en los términos previstos en la Ley General Tributaria.

El artículo 93.1 de la citada Ley dispone que “Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas”.

Asimismo, conforme al artículo 94.1 “Las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las mutualidades de previsión social; las demás entidades públicas, incluidas las gestoras de la Seguridad Social y quienes, en general, ejerzan funciones públicas, estarán obligados a suministrar a la Administración tributaria cuantos datos, informes y antecedentes con trascendencia tributaria recabe ésta mediante disposiciones de carácter general o a través de requerimientos concretos, y a prestarle, a ella y a sus agentes, apoyo, concurso, auxilio y protección para el ejercicio de sus funciones”.

Del tenor de ambos preceptos parece desprenderse la existencia de una habilitación legal para la comunicación de los datos a la Administración

Tributaria. Ahora bien, debe plantearse si dicha cesión resultaría congruente con la propia estructura y finalidad del fichero, teniendo en cuenta el hecho de que la obligación impuesta a las entidades de crédito por el artículo sometido a informe ya se deriva, en cuanto a las comunicaciones de datos destinadas a la Administración Tributaria de lo dispuesto en la citada Ley General Tributaria.

De este modo, nos encontraríamos ante dos cauces de comunicación de la citada información a un mismo destinatario: una directa y derivada directamente de la Ley general tributaria y otra indirecta, a través del fichero de titularidades financieras creado por el precepto sometido a informe, cuya finalidad no guarda relación con las competencias propias de la Administración Tributaria sino con las relacionadas con la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, sería preciso plantearse si es realmente necesaria la adopción de una medida como la prevista en el precepto ahora informado, que implica la utilización del fichero para fines distintos de los que justifican su existencia, dado que los mismos datos habrán de ser comunicados directamente a la Administración Tributaria por las entidades financieras. De este modo, únicamente si cabe apreciar el carácter complementario de las dos cesiones podría mantenerse la que se incluye en el apartado 3 del precepto.

## V

Resta por último hacer referencia a la previsión contenida en el apartado 4 del Proyecto sometido a informe, según el cual sin perjuicio de las competencias que correspondan a esta Agencia “un miembro del Ministerio Fiscal designado por el Fiscal general del Estado (...) y que durante el ejercicio de esta actividad no se encuentre desarrollando su función en alguno de los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la persecución de los delitos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo velará por el uso adecuado del fichero, a cuyos efectos podrá requerir justificación completa de los motivos de cualquier acceso”.

Dicho precepto, si bien plantea una medida adicional de control del tratamiento, plantea problemas desde diversos puntos de vista.

En primer lugar, el precepto no aclararía suficientemente el modo en que efectivamente sería llevado a cabo el control por parte del representante del Ministerio Fiscal, dado que la norma sólo se refiere a que el mismo velará por “el uso adecuado del fichero”, si bien posteriormente parece referirse realmente a las cesiones de datos que se realizarán del mismo, por cuanto se prevé el acceso a los motivos que justificaron los accesos realizados.

Al propio tiempo, esta medida plantearía una duda adicional acerca de la concurrencia de las actuaciones llevadas a cabo por el representante del Ministerio Fiscal y las de esta Agencia. En este sentido, si bien el precepto



señala que esta actuación se llevará a cabo “sin perjuicio” de las mencionadas competencias, sería preciso que se estableciesen igualmente los mecanismos a través de los cuales quien lleve a cabo el control del “uso adecuado” del fichero pondrán en conocimiento de la Agencia Española de Protección de Datos las posibles vulneraciones que pudieran detectarse en el ejercicio de dicha función, dado que las mismas podrían dar lugar a la apertura del correspondiente procedimiento de infracción en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999 y su Reglamento de desarrollo.

En este sentido, y en conexión con lo que ya se indicó con anterioridad, si bien el precepto prevé la existencia de un acceso por el representante del Ministerio Fiscal a los datos del fichero, dado que las competencias sancionadoras y correctoras en esta materia son competencia de esta Agencia, no es posible determinar cuáles sería las consecuencias de la detección de una posible vulneración de la normativa de protección de datos durante el ejercicio de la función a la que se refiere el precepto.

Además, debe tenerse en cuenta el hecho de que el acceso se llevaría a cabo por un representante del Ministerio Fiscal que no ejercería competencia alguna en las materias en que se funda la existencia de fichero y que justifican su existencia. En consecuencia, se produciría una cesión de los datos al Ministerio Fiscal en un ámbito distinto al de las competencias atribuidas al mismo por su Estatuto Orgánico y que tendría difícil encaje en los principios que se han venido analizando a lo largo del presente informe, no pudiendo tampoco ampararse la cesión en el artículo 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999.

Por último, el Proyecto además establecería una función de “control” del Ministerio Fiscal sobre los accesos efectuados por los órganos jurisdiccionales que dudosamente podría tener cabida en las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal y al Poder Judicial por la Constitución y en la independencia de éste último.

Si, por el contrario, lo que se pretende es que se lleve a cabo un adecuado control del cumplimiento de las exigencias establecidas por la legislación de protección de datos, la función del representante del Ministerio Fiscal podría ser llevada a cabo en el seno de la propia organización responsable del fichero mediante la designación de un responsable de seguridad, en los términos previstos en el artículo 95 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, no siendo preciso el establecimiento de la previsión contenida en el apartado 4 del precepto informado.

## VI

Debe, por último, indicarse que será necesario el cumplimiento de las restantes obligaciones previstas en la Ley Orgánica 15/1999.

En particular, será necesaria la aprobación de la correspondiente norma de creación del fichero y su notificación, previa al tratamiento de los datos, al Registro General de Protección de Datos.

## VII

A la vista de todo ello, esta Agencia considera necesaria la realización de las siguientes modificaciones en el precepto sometido a informe:

- En el apartado 1 debería indicarse ante quién habrá de procederse a la declaración a la que el mismo se refiere.
- Deberá especificarse en el primer párrafo del apartado 2 la finalidad que motiva la existencia del fichero de titularidades financieras, así como delimitar su responsable en los términos a los que se refiere el apartado II de este informe.
- Debería suprimirse el párrafo segundo del apartado 2 del precepto.
- Respecto de las cesiones, la que se efectúe a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria únicamente sería conforme a la Ley Orgánica 15/1999 si la misma no resulta redundante con la obligación general de comunicación de datos impuesta a las propias entidades de crédito por la Ley general Tributaria.
- Debería clarificarse o suprimirse el apartado 4 del precepto, conforme a lo apuntado en el apartado V de este informe.

Asimismo, deberá darse cumplimiento a las restantes obligaciones previstas en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.