



Examinada su solicitud de informe remitida a este Gabinete Jurídico, con fecha de entrada la Agencia el día 16 de septiembre de 2014, referente al Anteproyecto de Ley modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, 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

Dentro de las modificaciones introducidas en la Ley 58/2003 a través del Anteproyecto sometido a informe revisten fundamental trascendencia en relación con la aplicación de la normativa reguladora del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal las incorporadas a los apartados trece y catorce del artículo único, por las que respectivamente se procede a la modificación del artículo 95 de la Ley, regulador del carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria, y se introduce un nuevo artículo 95 bis, referido a la publicidad de situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias.

En relación con el primero de los preceptos mencionados, por razones de sistemática se hará una referencia inicial a lo establecido en el apartado a) del artículo 95.3 de la Ley, en la redacción incorporada al Anteproyecto, así como al nuevo apartado 4 que el Proyecto incluye en este precepto, para referirnos posteriormente al apartado b) del artículo 95.3, dado que el mismo simplemente se remite al régimen establecido en el nuevo artículo 95 bis, por lo que su conformidad con las normas de protección de datos quedará necesariamente vinculada a lo que se diga en relación con esta última norma.

II

Hecha la anterior precisión, el apartado trece del artículo único del Anteproyecto procede, en primer lugar, a modificar el párrafo tercero del apartado 3 del artículo 95 de la Ley General Tributaria, fundamentalmente mediante la introducción de un nuevo supuesto en que podrá proceder la publicación de datos de trascendencia tributaria por razones de interés público y que se remite, precisamente al supuesto enumerado en el artículo 95 bis.



Así, el artículo 95.3 de la Ley, en su actual redacción dispone que “cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. También podrá iniciarse directamente el oportuno procedimiento mediante querrela a través del Servicio Jurídico competente”.

En la redacción establecida en el Anteproyecto, la redacción resultante, en lo que se refiere a estos supuestos establecería que “la información tributaria también podrá revelarse o publicarse por razones de interés público. Se entiende que concurre una razón de interés público (...) cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de la persona agraviada. La Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delitos. También podrá iniciarse directamente el oportuno procedimiento mediante querrela a través del Servicio Jurídico competente”.

En relación con este punto, cabe tener en cuenta el régimen establecido en el nuevo Título VI de la Ley, que introduciría el apartado cincuenta y tres del proyecto sometido a informe, referido a las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública y, particularmente a lo establecido en el artículo 251 de la Ley, en su nueva redacción, en cuanto a la comunicación del tanto de culpa al Ministerio Fiscal y sus consecuencias.

En este punto, no obstante, sería conveniente que se clarificase si el tenor de la letra a) del artículo 95.3 de la Ley General Tributaria, en su redacción prevista en el Anteproyecto va a suponer una comunicación concreta de los datos al Ministerio fiscal o al correspondiente Servicio Jurídico, en este caso para el ejercicio de las correspondientes acciones, tal y como aparecía recogido en el artículo 95.3 en su redacción actualmente vigente o si dicha comunicación iría acompañada de una difusión pública de los datos ajena a la meramente relacionada con el ejercicio de la acción penal, lo que podría afectar al principio de proporcionalidad en la divulgación pública de esos datos.

Por otra parte, en relación con el apartado 4 del artículo 95, en la redacción contenida en el Anteproyecto, se establece que “el carácter reservado de los datos establecido en este artículo no impedirá la publicidad de los mismos cuando ésta venga impuesta por la normativa de la Unión Europea”.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que será posible la comunicación de datos sin consentimiento del interesado en los supuestos en que la misma aparezca



ampara por una norma con rango de Ley, habiendo clarificado el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica en su artículo 10.2 a) que dentro en dicho precepto deben igualmente considerarse comprendidas las normas procedentes del derecho de la Unión Europea.

Por este motivo no cabe efectuar comentario adicional alguno acerca de la conformidad con la normativa de protección de datos del mencionado artículo 95.4 de la Ley General Tributaria en la redacción incorporada al Anteproyecto.

III

Dicho lo anterior, y como se ha anticipado, el segundo supuesto contemplado en el artículo 95.3 de la Ley General Tributaria, en la redacción contenida en el apartado trece del artículo único del Anteproyecto sometido a informe, recogido en la letra b), se refiere a los supuestos de publicación de la información” por razones de interés público” en los supuestos establecidos por el artículo 95 bis, introducido por el apartado catorce del artículo único del Anteproyecto. Ello exige centrar nuestro análisis en el contenido del citado precepto en la redacción propuesta.

El citado precepto prevé, con carácter general, en su apartado 1 la publicación periódica de listados comprensivos de deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias, cuando concurren las siguientes circunstancias:

i) Que el importe total de las deudas y sanciones tributarias pendientes de ingreso supere el importe de 1.000.000 de euros.

ii) Que respecto de dichas deudas o sanciones tributarias haya transcurrido el plazo de ingreso establecido en el apartado 5 del artículo 62 de esta ley.

iii) Que para las deudas y sanciones, cuyo importe represente al menos el 25% por ciento de la cuantía total pendiente de ingreso a tener en consideración, haya transcurrido al menos un año desde la finalización del plazo de ingreso señalado en el párrafo anterior.

En todo caso, se establece que dichas cantidades no comprenderán en ningún caso, al quedar excluidas de la aplicación de la norma “deudas y sanciones tributarias que se encuentren aplazadas o suspendidas”.

Los datos objeto de publicación, según el apartado 2 serán los meramente identificativos del deudor, refiriéndose en el caso de personas físicas únicamente a su nombre apellidos y NIF, así como “el importe conjunto



de las deudas y sanciones pendientes de pago tenidas en cuenta a efectos de la publicación”.

El apartado 4 establece el régimen de la publicación, a través de un sistema de “publicación inicial” que será seguida de la publicación de un “listado definitivo”, al que se incorporarán las rectificaciones que hayan debido realizarse en la publicación inicial. Así se prevé que “la Administración, de oficio o a solicitud del interesado formulada dentro del mes siguiente a la publicación inicial del listado, podrá acordar la rectificación cuando se acredite fehacientemente que no concurren los requisitos legales o que los datos publicados son inexactos. Practicadas las rectificaciones oportunas se publicará el listado definitivo, al que se acompañará una relación de las rectificaciones realizadas”. En todo caso, “la determinación de la concurrencia de los requisitos exigidos para la publicación del acuerdo tomará como fecha de referencia el 31 de diciembre del año anterior al de dicho acuerdo”.

El Anteproyecto remite a un desarrollo reglamentario posterior el establecimiento de distintas cuestiones relacionadas con esta publicación, tales como “la fecha de publicación, los medios de publicación, los correspondientes ficheros y registros, así como el momento en que deberá procederse a la cancelación de los datos”. No obstante, dispone en todo caso que “si la publicación se efectuara por medios electrónicos, deberán adoptarse las medidas necesarias para impedir la indexación de su contenido y los listados dejarán de ser accesibles un vez transcurridos tres meses desde la fecha de publicación”.

Por último, en lo que afecta a la normativa cuya aplicación es competencia de esta Agencia, el texto concluye que “el tratamiento de datos necesarios para la publicación se sujetará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter general, y en su Reglamento aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre”.

IV

La publicación de datos a los que se refiere el precepto al que ahora se está haciendo referencia constituirá, cuando se trate de información referida a personas físicas identificadas o identificables, una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

En relación con las cesiones, el artículo 11.1 de la Ley indica que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento



del interesado”. No obstante, este consentimiento no será preciso, según el artículo 11.2 a) en caso de que la cesión se encuentre prevista en una norma con rango de Ley.

Ciertamente, el Anteproyecto sometido a informe puede establecer supuestos en los que se exceptúa el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal, ostentando rango suficiente, pero dichas limitaciones del derecho fundamental deberán ser respetuosas con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, tal y como impone el artículo 53.1 de la Constitución, sin que su mera inclusión en el Anteproyecto pueda dar cobertura y legitimación por sí sola a los tratamientos y cesiones de datos. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/2013, de 31 de enero, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala lo siguiente:

“En conclusión, tal como establece nuestra doctrina, es claro que la LOPD no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están, en principio, afectos a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento. Por tanto, la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del afectado, cuando se cedan para el ejercicio de competencias distintas o que versen sobre materias distintas de aquellas que motivaron su recogida, únicamente será posible, fuera de los supuestos expresamente previstos por la propia LOPD, si existe previsión legal expresa para ello [art. 11.2. a) en relación con el 6.1 LOPD] ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, los límites al derecho a consentir la cesión de los datos a fines distintos para los que fueron recabados están sometidos a reserva de ley. Reserva legal que, como es obvio, habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina- esencialmente, basarse en bienes de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad- para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para autorizar la cesión de datos.”

De este modo deberá verificarse si dicha habilitación resulta coherente con los principios de protección de datos y, particularmente, con los consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. En este sentido, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone 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”, añadiendo el artículo 4.2 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”. Del



mismo modo, conforme al artículo 4.3 de la Ley Orgánica “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”. Finalmente, conforme al artículo 4.5 “los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados”.

V

Entrando así en el modo en que la norma sometida a informe resulta congruente con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, la primera cuestión a analizar es la referente a cuál es la finalidad que justifica la publicación de los datos incluidos en el artículo 97 bis, a fin de así poder igualmente establecer si los datos a los que se refiere el apartado 1 del precepto resulta adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad perseguida con dicha publicación.

El Anteproyecto únicamente señala en su articulado que la finalidad que justifica la publicación serán las “razones de interés público” mencionadas en el artículo 95.3 en su nueva redacción, dado que el artículo 95 bis no establece referencia alguna al efecto.

Como se ha reproducido con anterioridad, la finalidad que justifica el tratamiento debe ser, no obstante, conforme exige el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, “determinada, explícita y legítima”. De este modo, una mera referencia al interés público, que lógicamente debe regir toda la actuación de las Administraciones Públicas, podría no considerarse ajustada al triple requisito establecido en el precepto.

La exposición de motivos, no obstante, establece ciertas clarificaciones en relación con la cuestión que en este momento estamos valorando. Así, en primer lugar, se pone de manifiesto en la misma que “es necesario un reforzamiento de los mecanismos de la Hacienda Pública de fomento del deber general de contribuir del artículo 31 de la Constitución y de lucha contra el fraude fiscal, no solo mediante medidas dirigidas directa y exclusivamente a la mera represión del mismo”, a cuyo efecto añade que “en este sentido, la medida consistente en la publicación de listados de deudores que se incorpora en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, hay que enmarcarla en la orientación de la lucha contra el fraude fiscal a través del fomento de todo tipo de instrumentos preventivos y educativos que coadyuven al cumplimiento voluntario de los deberes tributarios y la promoción del desarrollo de una auténtica conciencia cívica tributaria”.

Del mismo modo, se hace referencia en la exposición de motivos al derecho “del cuerpo social a exigir el cumplimiento de las obligaciones



tributarias”, lo que es trasunto del deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio, consagrado por el artículo 31 de la Constitución.

En este punto se hace preciso efectuar en el presente informe una acotación respecto al párrafo de la exposición de motivos en el que se hace la referencia señalada, por cuanto en el mismo se indica literalmente lo siguiente:

“En la búsqueda del equilibrio entre los derechos que se integran en la norma, el del cuerpo social a exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el de los obligados tributarios en cuanto a la preservación de su intimidad, y habida cuenta de la declarada primacía constitucional del primero, se introducen reglas tasadas para formar los listados que habrán de hacerse públicos.”

De este tenor parecería desprenderse que el derecho del cuerpo social a exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias prevalece sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los obligados tributarios cuando los mismos son personas físicas, lo que parece incluso contradictorio con el tenor del párrafo reproducido, amén de la ubicación sistemática en el texto constitucional de ambos derechos, encontrándose el derecho a la protección de datos recogido en el artículo 18.4 y, en consecuencia, configurándose como uno de los derechos fundamentales y de las libertades públicas consagrados por la Sección Primera del Capítulo II del Título I del Texto Constitucional, en la que no se incluye, por el contrario el artículo 31.

En consecuencia, y sin que parezca necesario efectuar ninguna consideración adicional, **sería preciso corregir el tenor del párrafo indicado, a fin de clarificar la primacía del derecho fundamental a la protección de datos.**

Hecha la citada acotación, parece que la finalidad perseguida con la publicación a la que se refiere el artículo 95 bis será la de coadyuvar al cumplimiento de la obligación prevista en el meritado artículo 31.1 de la Constitución mediante la adopción de una medida que generará en aquéllos cuyos datos sean objeto de publicación una situación reproche social, convirtiéndose así en una medida de prevención que impulse al interesado a evitar que concurran las circunstancias que impliquen su inclusión en los listados. En definitiva, la finalidad de la medida será la prevención de situaciones de incumplimiento grave de las obligaciones tributarias, adoptada por la Administración Tributarias dentro de las competencias que le corresponden para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 31.1 de la Constitución.



Pues bien, a juicio de esta Agencia sería conveniente que la determinación de dicha finalidad apareciera explícitamente recogida en el artículo 95 bis de la Ley, dado que la misma permitirá acotar la naturaleza de las informaciones objeto de publicidad y, al propio tiempo, permitirá también clarificar los límites de dicha publicación, especialmente en cuanto al uso que por parte de terceros pudiera pretender darse a la información publicada.

Por todo ello, se considera que **debería incluirse al comienzo del apartado 1 del artículo 95 bis una fórmula que clarificase la finalidad de la publicación de los listados mencionados, referida a lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Constitución y a la función preventiva de la medida para coadyuvar a su cumplimiento.**

VI

La indicación de la finalidad que acaba de mencionarse permite asimismo efectuar ahora una valoración del cumplimiento por el precepto que se viene analizando del principio de proporcionalidad establecido por el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999. Ello exigirá valorar el cumplimiento del principio tanto desde el punto de vista de la delimitación del colectivo afectado como en lo que atañe a los datos que serán publicados en cada caso.

En relación con el primer punto, la Exposición de motivos señala que “la medida es totalmente respetuosa con la reserva de datos tributarios y, por tanto, con los principios en los que ésta se fundamenta, no debiendo olvidar la influencia que en esta materia tiene el de protección del derecho a la intimidad y la necesidad de potenciar el de eficacia del sistema tributario, todos ellos conjugados en la medida en que sólo serán objeto de publicidad aquellas conductas tributarias socialmente reprobables desde una óptica cuantitativa relevante, permitiendo el legislador solo la difusión de aquellas conductas que generan un mayor perjuicio económico para la Hacienda Pública”.

A tal efecto, el texto sometido a informe limita la publicación de los datos únicamente a los referidos a deudas con la administración tributaria que cumplan con una serie de requisitos:

Así, en primer lugar, deberá tratarse de deudas ejecutivas, al haberse cumplido los plazos de ingreso en período voluntario establecidos en el artículo 62.5 de la propia Ley General Tributaria, no habiendo sido objeto de fraccionamiento o aplazamiento; además, a fin de reforzar la naturaleza del incumplimiento en período voluntario, deberá haber transcurrido al menos un año desde dicho vencimiento en relación, al menos con una cuarta parte del total adeudado.



Además, la medida se limita a supuestos en los que la deuda excede en su importe total de un millón de euros, lo que supone una situación de incumplimiento grave del deber de contribuir y una conducta especialmente reprochable por parte del deudor tributario, en los términos que señala la exposición de motivos y que acaban de ser reproducidos. Debe particularmente tenerse que la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999 se extiende únicamente a las personas físicas, sin referirse a las jurídicas ni a los empresarios individuales en el ejercicio de su actividad mercantil. De este modo, el establecimiento de este umbral mínimo, tratándose de datos relacionados con personas físicas, quedará limitado a supuestos en que el incumplimiento de las obligaciones tributarias resulta particularmente relevante, sin que pueda entenderse que la medida implica una excepción del principio general del secreto de los datos tributarios salvo en casos particularmente graves.

En cuanto a los concretos datos objeto de publicación respecto de cada uno de los afectados, ya se ha indicado que conforme al apartado 2 del artículo 95 bis serán, en lo que a las personas físicas titulares del derecho fundamental a la protección de datos se refiere, los de nombre y apellidos, NIF e importe conjunto de las deudas y sanciones pendientes de pago.

Siendo el nombre, apellidos y NIF los datos mínimos imprescindibles para la identificación del deudor la única cuestión a analizar es la de si la indicación del importe total de las deudas y sanciones pendientes de pago cumpliría los requisitos de proporcionalidad exigidos por la normativa de protección de datos, toda vez que dicha cantidad puede no corresponderse con una deuda concreta, sino con la suma de varias de ellas, lo que podría afectar al principio de exactitud.

En este punto debe traerse a colación la finalidad que justifica el tratamiento, a la que hemos venido haciendo referencia que, como puede comprobarse, resulta esencial para valorar si la norma propuesta da cumplimiento a la exigencia de respeto del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos exigida por el artículo 53.1 de la Constitución.

Como se ha señalado la finalidad de la publicación será la de garantizar el debido respeto del deber de contribución a los gastos públicos, tratándose de una medida preventiva que busca la evitación por el contribuyente de las situaciones de reproche social que genera la publicidad de su condición de incumplidor.

Teniendo en cuenta esta circunstancia no resulta relevante para tal finalidad el concreto conocimiento de los conceptos en cuya virtud el afectado se encuentra en esa situación de incumplimiento, sino el hecho de que la



misma se produce y, dada la naturaleza de la medida y sus umbrales, la cantidad efectivamente adeudada a la Hacienda Pública.

Por ello, el principio de proporcionalidad en el tratamiento se garantiza en mayor medida si la publicación únicamente pone de manifiesto esa situación incumplidora mediante la indicación agregada del total adeudado, no siendo relevante para la finalidad del tratamiento en que la publicación consiste el desglose de la información, no siquiera diferenciando el importe de deudas y sanciones.

A la vista de todo ello, cabe considerar que la limitación de los datos objeto de publicación, tanto en lo referente a la restricción de la misma a los deudores cuya conducta es, en términos de la exposición de motivos, de una excepcional reprobabilidad social, como en cuanto a la mera indicación de los mínimos datos identificativos con el importe agregado de las deudas y sanciones pendientes de pago, podría cumplir el juicio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio del necesario cumplimiento de los restantes principios en los términos que se expondrán a continuación.

VII

Como se ha venido indicando, para efectuar una adecuada ponderación de la medida planteada a través del nuevo artículo 95 bis de la Ley General Tributaria y el derecho fundamental a la protección de datos, y una vez analizada la aplicación a la medida del principio de proporcionalidad al que se refiere el artículo 4.1 de la Ley Orgánica, es preciso valorar el cumplimiento por la medida de los principios de exactitud y conservación de los datos, consagrados por los apartados 3 y 5 del artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999.

De este modo, no sólo será preciso que la publicación quede limitada a los deudores cuyos incumplimientos sean sustancialmente relevantes y a los datos mínimos referidos a las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública, sino que además, deberán existir medidas que garanticen, por una parte, la exactitud y certeza de la información publicada y, por otra, que esa información no sea objeto de publicidad por un tiempo superior al necesario para el cumplimiento de la finalidad perseguida por la medida.

Como se ha indicado con anterioridad, el cumplimiento de dichos principios debe confrontarse, en particular, con lo establecido en el apartado 4 del artículo objeto de estudio en este lugar del informe.

Así, el precepto prevé un sistema según el cual, según parece desprenderse del párrafo segundo, se procederá a una suerte de publicación inicial de los datos, que podrá ser objeto de rectificación “de oficio o a solicitud



del interesado” dentro del mes siguiente a la publicación “cuando se acredite fehacientemente que no concurren los requisitos legales o que los datos publicados son inexactos”, procediéndose en dicho plazo a la publicación de un listado definitivo “al que se acompañará una relación de las correcciones realizadas”.

El precepto planteado podría plantear ciertas cuestiones en relación con la publicación inicial de los datos que se refieran a los afectados cuyos datos no debían haber figurado en aquélla, tanto en el supuesto de incumplimiento de los requisitos legales como, lo que resulta más relevante, porque quede acreditada su inexactitud. Asimismo, la publicación definitiva del listado plantea problemas en cuanto que incorporará la información referida a las correcciones llevadas a cabo, lo que parece implicar en la práctica el mantenimiento en dicha publicación de los datos de la inicialmente llevada a cabo, aun cuando la misma se complete con la información de esas correcciones, que pueden referirse no sólo a los supuestos en que deba modificarse la cantidad adeudada, sino también a aquéllos relacionados con datos de carácter personal de quienes no deberían haber aparecido en la publicación inicial por no reunir los requisitos exigidos por la norma. Esta circunstancia podría incluso afectar a quienes no adeudasen cantidad alguna a la administración tributaria pero apareciesen en el listado, por ejemplo, como consecuencia de la existencia de un error en su NIF o a quienes se haya atribuido una cantidad distinta de la que debería figurar en el listado como consecuencia, por ejemplo, de un error aritmético que hubiera multiplicado la cuantía.

Como se ha indicado, el problema se encuentra entonces en el hecho de que el Anteproyecto prevé el establecimiento de un período de rectificación de los datos que, no obstante, tendrá lugar una vez los mismos hayan sido ya objeto de publicación, de modo que se reconoce expresamente la posibilidad de que los datos publicados puedan no ser conformes al principio de exactitud consagrado por el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999. Además, esta circunstancia se agrava por el hecho de que el listado definitivo seguiría incorporando los datos del listado inicial, toda vez que se incluirán las correcciones llevadas a cabo en los datos contenidos en el primer listado.

Esta última circunstancia podría incluso implicar la publicación de información que contravendría la finalidad perseguida por el tratamiento que se viene analizando, toda vez que no es posible conocer cuál sería el contenido de las correcciones que se mencionan en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 95 bis. Así, si dichas correcciones incluyeran el importe adeudado por quienes hubieran sido indebidamente incluidos se estaría incorporando información que no cumpliría los requisitos del apartado 1, siendo así contraria al principio de proporcionalidad. Pero además, este principio quedaría incluso violentado si se diferenciase en las “correcciones” efectuadas entre quienes no adeuden cantidad alguna o quienes hubieran de no ser incluidos en el listado



definitivo por no adeudar una cantidad que cumpla los umbrales cuantitativos del apartado 1 del precepto.

Quiere todo ello decir que la garantía de los principios consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999, y particularmente los de proporcionalidad y exactitud de los datos no se lleva adecuadamente a cabo a través del procedimiento establecido en el párrafo segundo del apartado 4 del precepto ahora analizado.

Por otra parte, cabría también plantearse una cuestión relacionada con las causas que pueden fundamentar la corrección de los datos que no deberían haber figurado en el listado inicial. En este punto el Anteproyecto se refiere tanto a los supuestos en los que no concurrían los requisitos legales para la publicación de la información como a aquellos otros en los que existiera una inexactitud en los datos contenidos en la lista inicialmente publicada.

A nuestro juicio, ambos supuestos deberían ser analizados de forma separada e igualmente diferenciada debería ser la reacción en cada uno de los casos, por cuanto en el primero de los supuestos se estaría apreciando la existencia de una irregularidad sustantiva en la publicación inicial, mientras que en el segundo únicamente existiría un error materia, de hecho o aritmético, en los términos establecidos por el artículo 105.2 de la Ley 30/1992.

Del mismo modo, la aplicabilidad en cada uno de los casos de la normativa de protección de datos sería diversa, por cuanto mientras que en el primero de los supuestos las normas de protección de datos no podrían ser empleadas con la finalidad de suplantar el régimen de recursos legalmente establecido en la normativa tributaria, en el segundo de los supuestos nos encontraríamos simplemente ante un supuesto de error en la consignación del importe adeudado, respecto del que sí podría ejercerse el derecho de rectificación consagrado por la Ley Orgánica 15/1999. Dicho en otros términos, la normativa de protección de datos no ampararía en ningún caso la "rectificación" de una liquidación o de una providencia de apremio en que se consignase una determinada deuda o sanción, pero sí justificaría el que en el listado la cantidad se ajuste al acto tributario que la hubiera establecido.

De lo que se ha venido indicando hasta este lugar se desprende, como primera consecuencia, que la existencia de una publicación inicial del listado, previa a su posible corrección, de oficio o a instancia de los obligados tributarios incluidos en ese primer listado, podría violentar los principios de proporcionalidad y exactitud de los datos, al poderse incluir en el listado datos respecto de los que, cuando menos, los interesados pueden instar su rectificación en el plazo de un mes desde la publicación.

Del mismo modo, y como consecuencia de lo anterior, la inclusión en el listado definitivo de las correcciones efectuadas en el provisional podría resultar



contraria a los mencionados principios, dado que se incluiría información que excedería los límites previstos en el apartado 1 y, en su caso en el apartado 2, del precepto.

Además, sería conveniente establecer un procedimiento que limitase las correcciones a efectuar en el plazo entre ambos momentos a los supuestos en que se apreciase que objetivamente no concurren los requisitos establecidos en el apartado 1, bien por no ser la cuantía total la exigida por el punto i), bien por no cumplirse los requisitos establecidos en los apartados ii) y iii) respecto a que se haya cumplido el período voluntario de pago. De este modo, cualquier reclamación se refiriese realmente los actos de aplicación o sanción tributaria debería quedar fuera de lo establecido en el artículo 95 bis, debiendo llevarse a cabo la impugnación a través de los recursos legalmente establecido en las normas tributarias.

Por todo ello, sería preciso que se modificase el procedimiento establecido en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 95 bis, en el sentido de que no se produciría una primera publicación “inicial” del listado de situaciones de incumplimiento, sino que en los términos que se fijasen reglamentariamente, se advirtiese a los afectados de dicha circunstancia a fin de que pudieran, en el período que también se estableciese reglamentariamente, solicitar la rectificación de los datos, si bien dicha solicitud únicamente podrá fundarse en que no se cumplen, aritméticamente, los tres requisitos establecidos en el artículo 95 bis.1; es decir, que el total de las deudas y sanciones no supera el límite mínimo de un millón de euros, que dicho límite no es superado por el montante total respecto del que se haya cumplido el plazo de pago en período voluntario o respecto de las que no se cumpla el transcurso del plazo de un año en una cuarta parte del total. De este modo, la publicación “definitiva” sería la única publicación real del listado, no conteniendo, lógicamente las correcciones introducidas respecto a la publicación “inicial”.

Esta modificación podría llevarse a cabo bien estableciendo un procedimiento mínimamente detallado en el Anteproyecto, en términos similares a los ahora incluidos en aquél, bien estableciendo en el mismo los principios básicos de la publicación, señalando que la misma se efectuará previa notificación a los interesados a los que se concederá un plazo determinado para invocar esos errores aritméticos. Igualmente podría ponerse de manifiesto que este régimen no afecta en modo alguno al régimen de impugnación establecido en la Ley general Tributaria en relación con los actos de los que proceda la determinación de las deudas y sanciones tributarias o la apertura del período ejecutivo de pago.

Sin perjuicio de que haya de ser el legislador quien adopte la decisión que resulte más ajustada desde el punto de vista técnico normativo, esta Agencia considera que dada la sede legal en que nos encontramos, podría



resultar suficiente la segunda de las opciones planteadas, pudiendo resultar el tenor de la norma a incorporar en el texto la siguiente:

“Dentro del plazo que se establezca reglamentariamente la Administración notificará al interesado la concurrencia de los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo y los datos que serían objeto de publicación, concediéndole un plazo de (...) días dentro de los que podrá invocar la existencia de errores materiales, de hecho o aritméticos. Trascurrido dicho plazo, y efectuadas las rectificaciones que procedieran, la Administración podrá proceder a la publicación del listado.”

En relación con este mismo punto, deben tenerse en cuenta las consecuencias que podrían derivarse en los supuestos en los que, habiéndose instado por el obligado la corrección de los datos contenidos en la lista, dicha solicitud no hubiera sido atendida procediéndose a la publicación de los datos.

Como ya se ha indicado, esta Agencia considera conveniente que el sistema establecido en el párrafo segundo del apartado 4 sea modificado en el sentido de limitar los supuestos en que el interesado pueda instar la supresión o rectificación de sus datos del listado de deudores a aquéllos en los que se aprecie la concurrencia de un error material, de hecho o aritmético, dado que sólo en esos casos podría entenderse que lo instado por el obligado resulta coherente con el régimen establecido en la Ley Orgánica 15/1999 para el derecho de cancelación.

La Ley Orgánica prevé en su artículo 16 que el derecho deberá ejercitarse directamente ante el responsable del fichero, que en este caso sería la Administración tributaria. En este supuesto, cabría considerar que la aparición final de los datos en el listado implica una denegación del derecho ejercitado, al no haberse considerado por dicha Administración que procede la rectificación o cancelación solicitada.

Siguiendo la lógica de la Ley Orgánica 15/1999, y partiendo del hecho de que el tratamiento ha de quedar íntegramente sometido a la misma, cuestión ésta que prevé expresamente el Anteproyecto sometido a informe, la publicación podría generar en el afectado la convicción de que, denegado su derecho, podría recabar la tutela de la Agencia Española de Protección de Datos, en los términos establecidos por el artículo 18 de la Ley Orgánica y desarrollados en su Reglamento.

No obstante, el Reglamento establece claramente en su artículo 25.8 que “cuando las leyes aplicables a determinados ficheros concretos establezcan un procedimiento especial para la rectificación o cancelación de los datos contenidos en los mismos, se estará a lo dispuesto en aquéllas”.



La aplicación de esta previsión, siempre que el Anteproyecto estableciese el “procedimiento especial” al que el mismo se refiere evitaría la existencia de un doble cauce de impugnación de los listados a los que se refiere el Anteproyecto.

En este sentido, la Exposición de Motivos señala que “habida cuenta de la novedad que supone el texto en este punto, y de la trascendencia de las consecuencias que del mismo se derivan, la norma opta por establecer el acceso, directo, a la jurisdicción contencioso-administrativa por parte de los interesados que consideren no ajustada a derecho la publicación”.

Esta previsión se recoge en el último inciso del apartado 5 del precepto, que igualmente se refiere a la determinación de la competencia en el ámbito de la Administración General del Estado.

Si bien no corresponde a esta Agencia valorar el inciso que se refiere a dicha competencia, sí entiende que sería conveniente que la previsión expresa de que el acuerdo de publicación (que, desde la perspectiva de protección de datos implicará, en su caso, la no atención del derecho de rectificación o cancelación ejercitado) ponga fin a la vía administrativa, siendo susceptible de recurso contencioso-administrativo se hiciese constar expresamente en un apartado específico del precepto, garantizándose, por una parte, el conocimiento claro y terminante de cuál es la vía de recurso aplicable (que excluirá, por mor del artículo 25.8 del Reglamento, que la Agencia entre a conocer las reclamaciones que pudieran presentarse al amparo del artículo 18 de la Ley Orgánica) y que esta previsión será aplicable cualquiera que sea la Administración Tributaria que publique el listado.

Por ello, **se propone que el último inciso del apartado 5 se convierta en un apartado 6, clarificándose** (aunque ello pudiera aparentemente parecer una redundancia) **que el acuerdo de publicación sólo será impugnable en vía contencioso-administrativa.**

VIII

También relacionado con el principio de exactitud de los datos deben ahora analizarse los efectos que pudieran derivarse del pago de la deuda una vez haya sido publicado el listado.

A tal efecto, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que el primer párrafo del artículo 95 bis.4 del Anteproyecto establece que “la determinación de la concurrencia de los requisitos exigidos para la publicación del acuerdo tomará como fecha de referencia el 31 de diciembre del año anterior al de dicho acuerdo”. A su vez, el párrafo cuarto establece en su inciso segundo que



Si la publicación se efectuara por medios electrónicos (...) los listados dejarán de ser accesibles un vez transcurridos tres meses desde la fecha de publicación.

Finalmente, se prevé que el desarrollo reglamentario del Anteproyecto establecerá “el momento en que deberá procederse a la cancelación de los datos”.

El problema se plantea en aquellos supuestos en los que el interesado proceda al pago de las deudas y sanciones durante el período de tres meses establecido en el párrafo cuarto, dado que en caso de efectuarse el abono o cuando una vez llevado a cabo la cantidad resultante no cumpliera los requisitos exigidos en el apartado 1, debería analizarse si procedería la cancelación de los datos.

En definitiva, se trata de plantear si resultaría aplicable al caso lo establecido, respecto de los ficheros relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias en el párrafo segundo del artículo 41.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “el pago o cumplimiento de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo dato relativo a la misma”.

Para ello ha de tenerse en cuenta la especial naturaleza del supuesto planteado, toda vez que del tenor del artículo 85 bis parece desprenderse que la publicación no tendrá un carácter permanente en el tiempo, no siendo su objeto establecer un listado continuado de situaciones de incumplimiento relevantes sino de las que ostenten esta consideración al término de cada ejercicio, siendo así que el acto de publicación se referiría a esta circunstancia concreta, no produciéndose actualizaciones continuas del fichero ni respondiendo éste más que a un “foto fija” de la situación al término de cada ejercicio.

De este modo, el dato objeto del tratamiento no se referirá a la situación actual del obligado tributario, sino a su situación en la fecha a la que se refiere el listado, lo que permitiría considerar que, siempre que concurren esas circunstancias y se establezca claramente en la publicación del listado que el mismo se refiere a un momento determinado y no prejuzga la situación actual de la deuda no fuera necesaria la aplicación de las previsiones contenidas en las normas de protección de datos para otros supuestos de constancia de la existencia de deudas, como la que se ha mencionado con anterioridad.

Del mismo modo, la constancia específica de la circunstancia que acaba de indicarse será imprescindible en caso de que se prevea, como lo hace el Anteproyecto, que la información se mantendrá durante un período de tiempo determinado, en este caso tres meses, en el medio en que se incluya aquél.



IX

Debe ahora hacerse una última referencia a lo establecido en el párrafo cuarto del apartado 4 del artículo 95 bis en la redacción propuesta por el Anteproyecto, que prevé la posibilidad de que el listado sea objeto de publicación a través de medios telemáticos, en cuyo caso “deberán adoptarse las medidas necesarias para impedir la indexación de su contenido”. No obstante, el párrafo tercero señala que los medios de publicación se determinarán reglamentariamente.

La referencia efectuada por el párrafo cuarto parece tomar en consideración la doctrina que ha venido sustentándose por esta Agencia en relación con las diversas normas de creación de tablones edictales electrónicos y guarda relación con la necesaria evitación del efecto multiplicador que en los supuestos de publicación de actos administrativos produce el hecho de que la información pueda ser objeto de indexación y publicación a través de motores de búsqueda en Internet. En cuanto al efecto pernicioso para los derechos del afectado derivados de esta circunstancia debe tenerse en cuenta lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 13 de mayo de 2014 (asunto Google vs. AEPD y Mario Costeja), toda vez que la reproducción de los datos derivado del hecho de poder ser accedidos mediante motores de búsqueda produciría un perjuicio a los afectados que excedería de la finalidad propia del fichero a la que nos hemos referido en un lugar anterior de este informe.

A tal efecto, sería conveniente que **se clarificase que la prohibición a la que se está haciendo referencia afectará a los mencionados motores de búsqueda en Internet**, siendo necesaria la implantación en el sitio en que se produzca la publicación de protocolos de exclusión a tal efecto.

X

A la vista de lo antedicho, se efectúan las siguientes propuestas en relación con las previsiones del artículo 95 bis de la Ley General Tributaria, objeto de introducción a través del Anteproyecto ahora informa:

- La indicación de la finalidad que justifica la publicación, vinculada a lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Constitución.
- La modificación del “procedimiento” previsto para la publicación en el párrafo segundo del apartado 4, reemplazando la “publicación inicial” por una previa notificación a quienes fuesen a aparecer en el listado, concediendo a los mismos un plazo de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos que pudieran existir.



- La indicación expresa de los únicos recursos admisibles contra el acto de publicación –en la redacción objeto de informe únicamente el contencioso-administrativo-.
- La constancia de que el acuerdo de publicación aclarará la fecha de referencia a la que se refiera, no quedando afectada por las actuaciones posteriores de del obligado tributario en orden al pago de las deudas y sanciones.
- La referencia expresa a los motores de búsqueda en Internet en el párrafo cuarto del apartado 4.