



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía
**Protección de datos y listados de deudores
tributarios**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Valentina Palermo
Tipo de trabajo:	Investigación teórica
Área jurídica:	Protección de datos
Director/a:	Joaquín David Rodríguez Álvarez
Fecha:	22/06/2022

Resumen

La actual situación de crisis económica, política y social encuentra en la evasión fiscal uno de sus factores desencadenantes. Desde la perspectiva del legislador se intenta dar una solución a dicho problema a través de una modificación de la Ley General Tributaria aportada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, la cual introduce el art. 95 bis. Dicha norma prevé la posibilidad de difusión por parte de la Hacienda Pública Española de un listado anual en el cual se incluyen personas físicas y jurídicas que incumplen de manera relevante la normativa aplicable. Se investiga, por tanto, sobre la posible colisión entre dicho precepto legal y los derechos a la intimidad, honor y protección de datos personales. Se valora el respeto del principio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la administración pública y la tutela de derechos fundamentales de los deudores tributarios, así como la eficacia real de la medida adoptada. Se hace hincapié en las nuevas técnicas de investigación tributarias, como el *Big Data*, y los efectos de estas en la vida privada de las personas.

Palabras clave: deudores tributarios, fraude fiscal, listado, protección de datos, *Big Data*.

Abstract

The current situation of economic, political and social crisis finds in economic corruption and tax fraud one of its triggering factors. From the legal perspective, an attempt is made to provide a solution to this problem through an amendment to the Ley General Tributaria through the Law 34/2015, of September 21, which introduces the art. 95 bis. This regulation provides for the possibility of dissemination by the Spanish Tax Authorities of an annual list in which individuals and legal entities relevant -no compliance with applicable regulation are included. Therefore, the possible collision between such regulatory precept and the rights to privacy, honour and protection of personal data is investigated. The respect of the principle of proportionality between the purpose pursued by the public administration and the protection of the fundamental rights of tax debtors is assessed, as well as the real effectiveness of the measure adopted. Emphasis is placed on new tax research techniques, such as *Big Data*, and the effects of these on people's privacy.

Keywords: tax debtors, tax evasion, list, protection of personal data, *Big Data*.

Índice de contenidos

1. Introducción.....	7
1.1. Justificación del tema elegido	8
1.2. Problema y finalidad del trabajo	9
1.3. Objetivos	10
2. La tensión entre la protección de datos y la lucha contra el fraude fiscal	12
2.1. Normativa aplicable y sustento Constitucional de la misma.....	13
2.1.1. Art. 95 bis de la Ley General Tributaria	15
2.1.2. Finalidad y eficacia de la medida.....	16
2.1.3. El respeto del principio de proporcionalidad	20
2.1.4. El derecho al olvido	24
2.2. Análisis jurisprudencial y tendencia evolutiva de la materia	26
2.2.1. Art. 95 bis e interés casacional.....	28
2.3. Perspectiva internacional.....	30
2.3.1. El <i>naming and shaming</i> en el Derecho comparado.....	32
3. El <i>Big Data</i> y su utilizo en la Administración Tributaria	36
3.1. El principio de explicabilidad algorítmica	37
3.1.1. Marco normativo español	39
3.1.2. Perspectiva internacional	41
3.2. El papel de las redes sociales en los procedimientos tributarios	43
3.2.1. Derecho a la intimidad, <i>Big Data</i> y Redes Sociales.....	45
4. Conclusiones	47
Referencias bibliográficas	50
Listado de abreviaturas	56
Anexo A. Eficacia del listado de deudores tributarios	57

Índice de figuras

Figura 1. Numero de ediciones que necesitan los deudores para dejar de serlo.....	61
Figura 2. Numero de deudores por tramo de deuda y probabilidad de pago asociada.....	61

Índice de tablas

Tabla 1. Evolución del listado de deudores relevantes entre 2015 y 2019	57
Tabla 2. Evolución del mantenimiento, incremento, reducción y liquidación de deudas.....	58
Tabla 3. Evolución de la reducción de la deuda.....	59
Tabla 4. Deudores por rango de la cuantía de la deuda y evolución del abandono del listado..	60

1. Introducción

Todas personas físicas y jurídicas tienen reconocidos hoy en día en la sociedad una vasta gama de derechos y deberes, los cuales son sinónimos también de una fuerte responsabilidad social. Esto implica la necesidad de seguir conductas y pautas marcadas por las leyes nacionales e internacionales con el fin de contribuir de forma activa a la mejora social y económica.

Uno de los sectores donde es fundamental que todos los ciudadanos y los agentes sociales actúen para el conseguimiento del bien común es el ámbito tributario. En este sector el legislador suele buscar continuamente una mayor seguridad jurídica y un incremento de la cooperación entre personas (físicas o jurídicas) y Administración Tributaria, basada en la buena fe y en la confianza legítima¹. Por ello en los últimos años se han ido implantando nuevas medidas investigativas, basadas en nuevas tecnologías, y nuevos sistemas, que según el legislador, tienen naturaleza preventiva y educativa. La pregunta que surge es ¿dónde está el límite entre el deber de cumplir con las obligaciones tributarias y el respeto de los derechos a la intimidad, honor y protección de datos de los contribuyentes?

Para responder a dicha cuestión se abarcarán varios temas siguiendo un *iter* específico. Concretamente, en la primera sección se realizará una presentación de las motivaciones que nos han llevado a la elección del argumento en estudio. Así mismo se indicará la problemática conexas con el y la finalidad de la investigación. Se terminará dicha primera parte con el desarrollo de los objetivos que se persiguen con el presente trabajo de investigación. En la segunda se analizará la posible tensión existente entre las medidas adoptadas por el legislador con el fin de luchar al fraude fiscal y el derecho a la protección de datos personales. Para ello se estudiará la normativa nacional e internacional, presentando el asunto, también, desde una perspectiva de derecho comparado. Se valorarán el respeto del principio de proporcionalidad así como la eficacia de las medidas previstas y los paliativos a los cuales recurre el legislador. En la tercera sesión se indagará la utilización del *Big Data* por parte de la Administración Tributaria, como nueva herramienta a la cual se recurre en los procedimientos investigativos con el fin de identificar los sujetos que incumplen con sus obligaciones tributarias. En la cuarta

¹ Véase el Código de Buenas Prácticas Tributarias, cuyo objetivo es <<promover una relación recíprocamente cooperativa entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las empresas que los suscriban>>.

y última sesión se procederá a presentar las conclusiones a las cuales hemos llegado con nuestra investigación así como las posibles soluciones al problema planteado. Por tanto se terminará el trabajo respondiendo a las varias cuestiones planteadas, con el fin de alcanzar una valoración sobre la posibilidad de un conflicto entre lucha al fraude fiscal y derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos de los contribuyentes. Las hipótesis de mejoras al sistema jurídico nacional se plantearán, también, mirando a los demás Países que han implantado medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

1.1. Justificación del tema elegido

El sistema nacional e internacional fiscal se expone continuamente, y desde siempre, a peligros de fraudes e intentos de evasión por parte de los sujetos obligados al pago de tributos estatales, autonómicos y locales. El legislador, por tanto, está incesantemente buscando soluciones orientadas a la reducción de dichos peligros a través de reformas legislativas. Las previsiones en ellas contenidas se someten constantemente a críticas o aprobaciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, como adelante se verá. Esto se verifica sobre todo cuando, como en el caso en estudio, el objetivo de un cumplimiento fiscal pueda suponer un sacrificio de derechos fundamentales reconocidos a nivel nacional e internacional. Dicha realidad es la que podría plantearse a raíz de las últimas reformas de la Ley General Tributaria (en adelante LGT), con la introducción del nuevo art. 95 bis en el 2015 y su sucesiva modificación en el 2021. El contenido de esta norma prevé, de hecho, la publicación de un listado de deudores tributario en internet², siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos. Así mismo, el legislador prevé la adopción de nuevas medidas de investigación tributaria para complementar las antiguas herramientas y crear un sistema más eficaz. A través del uso de los macrodatos desestructurados se persigue identificar aquellos sujetos que trasladan su residencia fiscal fuera del País con el fin de no someterse a los tributos españoles. El tema elegido es, por tanto, asunto de interés general y en continua evolución, cuya investigación nos permite valorar la relación existente entre ciudadanos y Administración

² Dicho listado puede consultarse en la página web de la Agencia Tributaria: https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/todas-noticias/diciembre/Publicacion_del_listado_de_deudores_a_la_Hacienda_Publica.html

Publica en una visión ponderada entre los derechos en juego de ambas partes, valorando el respeto del principio de proporcionalidad.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

La introducción del art. 95 bis en la Ley General Tributaria 58/2003 a través de la Ley 34/2015 produce amplias discusiones y reflexiones sobre el problema de una posible colisión de derechos. La realidad a la cual nos enfrentamos es la previsión de una norma que habilita a la Administración Tributaria a difundir en línea un listado de incumplidores por deudas o sanciones a la Hacienda Pública española. Efectivamente, a causa de la aplicación de la nueva ley podrían peligrar los derechos a la intimidad, honor y protección de datos amparados por la Constitución Española (en adelante CE) y por los Tratados Internacionales como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el Convenio 108. La colisión entre derechos colectivos (art. 31 CE) y derechos de carácter individual (art. 18.4 CE) es el problema central que se plantea frente a la medida introducida en el 2015. Se debate, entonces, sobre una eventual tensión entre derechos fundamentales y deberes tributarios digna de estudio y merecedora de posibles soluciones. Estaríamos ante lo que la profesora Soler Roch define como << una autentica encrucijada >> (Soler Roch 1995). Al igual, el posible conflicto se plantea a la hora de adoptar en el 2021, a través de Plan Anual de Control Tributario, medidas investigativas basadas en el *Big Data*. La intromisión de la Agencia Tributaria en la vida privada de los contribuyentes, investigando no solo datos tributarios sino también su entorno social y familiar, se identifica como una importante cuestión a tratar.

La finalidad del presente trabajo es, por tanto, valorar la existencia de dicha lucha entre interés público y derechos fundamentales en cuestión, a través de un estudio de la normativa interna y externa, de la doctrina y de la jurisprudencia. Se pretende averiguar, también, la investigación, el tratamiento y la difusión de datos personales en una visión de derecho comparado. Por ello se deberán analizar los sistemas jurídicos tributarios de varios Países europeos, como Portugal, Reino Unido, Finlandia o Alemania. Con el presente estudio, entonces, aspiramos a afirmar si se realiza entre derechos constitucionalmente reconocidos la supremacía de unos sobre los otros; si el perseguimiento de la lucha al fraude fiscal implica

el sacrificio de los derechos a la intimidad, al honor y a la protección de datos de los contribuyentes. En el caso de llegar a una respuesta positiva a través de esta investigación, se pretende indicar la posible solución al problema planteado.

1.3. Objetivos

El presente trabajo persigue varios objetivos conexos entre ellos y proyectados a la aclaración de una posible vulneración de los derechos a la intimidad, honor y protección de datos de los ciudadanos como consecuencia de la aplicación de las nuevas normativas en materia tributaria. Nos referimos en concreto a la introducción en el 2015 del art. 95 bis en la Ley General Tributaria, así como a la previsión de nuevos instrumentos investigativos basados en macrodatos.

El objetivo principal de la investigación es el estudio de la normativa tributaria en cuestión, y sus evoluciones a lo largo del tiempo, así como de la legislación en materia de protección de datos. Todo esto no solo en una visión interna sino también a nivel internacional.

Objetivos secundarios y claves para llegar a dar una respuesta a la problemática planteada serán:

- a) La identificación de los posibles derechos afectados por las disposiciones de la Ley General Tributaria, indicando y analizando las fuentes del derecho en las cuales se encuentran amparados;
- b) Poner en conexión los derechos de interés general con los derechos de carácter individual;
- c) La determinación de la naturaleza jurídica de la normativa en cuestión, así como de los fines perseguidos y de su eficacia en la sociedad. Nos tenemos que preguntar si el legislador a través de las nuevas disposiciones legales consigue incidir en la conducta de los contribuyentes terminando con el fraude fiscal;
- d) El planteamiento del respeto del principio de proporcionalidad por parte de la Administración Tributaria a la hora de hacer públicos datos privados de los deudores, o sea si la media es conforme a derecho. Solo si existe un real equilibrio entre los derechos en juego, se podrá hablar de una correcta aplicación del art. 95bis de la Ley 58/2003;

- e) La valoración del derecho al olvido como posible solución a la lesión del derecho al honor, en su aspecto social y profesional, de los sujetos afectados;
- f) El estudio de la jurisprudencia en materia desde la previsión del art. 95bis en el 2015 hasta la última declaración de interés casacional del asunto por parte del Tribunal Supremo;
- g) La presentación de cómo, desde una perspectiva comparada, se pretende luchar al fraude fiscal en otros Estados. En concreto estudiaremos los ordenamientos jurídicos de Alemania y Finlandia, tomados de ejemplo por parte del legislador español, así como de Reino Unido y Portugal.
- h) La última parte de este *iter* investigativo, tendrá como objetivo la presentación de una de las más interesantes novedades en materia tributaria, o sea la utilización del *Big Data* para averiguar e identificar a los posibles deudores en conexión con el límite al derecho a la intimidad de estos. En este sentido se explicará el funcionamiento de los sistemas de macrodatos así como la función desarrollada por las Redes Sociales. Se aportarán ejemplos concretos de los últimos años.

Un estudio desde la perspectiva comparada ayudará a entender si la actuación de la Agencia Tributaria Española es en línea con los demás Países Europeos y Extra Europeos. Así como las mejoras que se podría aportar al ordenamiento jurídico interno.

El objetivo final será, visto lo anterior, la determinación de una afectación o no de los derechos fundamentales causado por las nuevas reformas en materia tributaria así como la previsión de posibles soluciones.

2. La tensión entre la protección de datos y la lucha contra el fraude fiscal

En el 2015 la Ley General Tributaria 58/2003 se modifica por la Ley 34/2015 la cual introduce, entre otros cambios y novedades, la posibilidad de hacer públicos los nombres de los que tengan deudas con la Hacienda Publica estatal a través de la publicación de un listado. A partir de esa fecha la Agencia Tributaria publica de manera interrumpida un listado de morosos y facilita su difusión. Esta actividad genera dudas sobre la posibilidad de atentar a tres derechos fundamentales cuales el honor³, la intimidad⁴ y la protección de datos. La medida contenida en dicho art. 95 bis de la Ley 58/2003 sería una de las soluciones previstas por parte de la Administración Tributaria con el fin de acabar con el fraude fiscal que tanto aflige a nuestra época. Sin embargo parece no tenerse en cuenta por parte del legislador el perjuicio personal y social que este mecanismo causaría a los deudores tributario referidos. Si es verdad que a través de la divulgación del listado se quiere potenciar la eficacia del sistema tributario, es igualmente importante no olvidarse del derecho a la protección de datos personales⁵ reconocido no solo a nivel constitucional sino también a nivel europeo. ¿Se puede afirmar, por tanto, la necesidad de llegar a un equilibrio entre las que son exigencias de carácter general, como el pago de tributos, y la protección de los derechos fundamentales individuales? Por ello es fundamental valorar el respeto de la proporcionalidad entre medios empleados y fines perseguidos. Los intereses en juego que el art. 95 bis quiere proteger⁶

³ El derecho al honor, además de estar amparado por el art. 18 CE, se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También en el sistema penal se tutela dicho derecho, tipificando el Código Penal en sus artículos 205 y 208 dos delitos contra el honor, cuales son el delito de calumnia y el delito de injuria. A nivel europeo el honor se encuentra protegido bajo el paragua del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerándolo el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos como una manifestación de la protección a la vida privada.

⁴ El derecho a la intimidad conlleva la exclusión de la intromisión de sujetos terceros en la vida privada de las personas. Así como el derecho al honor su regulación se encuentra en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, además que en el art. 18 de la Constitución Española. El derecho en cuestión se encuentra tutelado también a nivel europeo, concretamente en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵ Los datos publicados, que mas adelante se especificarán tienen la consideración de personales por lo cual se entienden afectados por el contenido del nuevo art. 95 bis.

⁶ Nos estamos refiriendo a la prevención de comportamientos fraudulentos, a la sensibilización de la ciudadanía a la hora de cumplir con las obligaciones frente a la Hacienda Publica y a la transparencia de la Administración Publica.

parecerían tener, según las nuevas previsiones normativas, una especial relevancia hasta el punto de justificar un sacrificio encubierto del derecho a la protección de datos personales. Dicha circunstancia representa, además, un cambio histórico notable en la evolución del derecho tributario español, si se tiene en cuenta que toda información personal, sea de persona física o jurídica, siempre ha sido objeto de una especial tutela normativa⁷.

2.1. Normativa aplicable y sustento Constitucional de la misma

Una vez indicada la posibilidad de puntos de tensión entre la reforma de la Ley General Tributaria y el derecho a la protección de datos personales de los sujetos obligados al pago de impuestos tributarios es necesario identificar las bases legales que amparan dicho derecho fundamental, poniéndolas en conexión con la normativa tributaria misma.

Si nos centramos en el tratamiento del derecho a la protección de datos personales, esto es un derecho de configuración legal que ha ido evolucionando a lo largo de los últimos años. Hasta el 2018 dicho derecho estaba garantizado y protegido por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), que tutelaba también los derechos fundamentales de la personas físicas tales como el honor, la intimidad, la privacidad personal y familiar. La LOPD reflejaba y desarrollaba el art. 18 CE⁸, en sus apartados primero y cuarto, cuyo contenido, objeto y función han sido delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que lo reconoce como autónomo respecto a otros derechos constitucionales; de aquí el carácter fundamental e inviolable de dicho derecho. Sin embargo, con el fin de adaptar la legislación interna al Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) de la Unión Europea 2016/679, la LOPD fue derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales(en adelante

⁷ Hasta la reforma del 2015 el debate sobre la gestión de datos personales por parte de la Administración Tributaria y la protección de datos personales se había centrado en la importancia de salvaguardar la confidencialidad de la información de carácter personal. Actualmente se cambia el enfoque de la discusión y la pregunta no es ya como proteger la información tributaria, sino como publicarla para cumplir con el principio de transparencia de la pública administración.

⁸ El objeto del art. 18.4 de la Constitución Española es cualquier tipo de dato personal, sea este íntimo o no. Según la opinión del Tribunal Supremo en su Sentencia del 24 de noviembre de 2014, elemento clave es que el conocimiento o la utilización de dicho dato personal por parte de terceros pueda causar un perjuicio a su titular, afectándole en el derecho tutelado.

LOPDGDD); el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Ley se identifica en la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD)⁹.

Aunque podemos afirmar que en general, los derechos reconocidos a las personas en el RGPD existían ya en la normativa anterior (LOPD), en el 2018 se aportan mejoras significativas. Sin más dilaciones sobre todas las novedades introducidas por la LOPDGDD, podemos afirmar que el objetivo es tutelar el tratamiento de datos estrictamente personales¹⁰ conexos con intimidad, privacidad e integridad del individuo¹¹, así como la transferencia de dichos datos, en un mundo digitalizado y en red. Aquí el punto que más nos interesa, o sea la protección de datos en internet, de momento que el art. 95 bis LGT prevé que la difusión del listado de deudores tributarios se realice a través de una plataforma web como la de la Agencia Tributaria. La previsión del derecho al olvido, o sea la posibilidad que tiene el usuario de reclamar los datos presentes en internet o en buscadores donde aparezcan sus propios datos sensibles, es clave en el sistema del art. 95 bis y en nuestra investigación, sobre todo a la hora de resolver sobre el respeto del principio de proporcionalidad y buscar soluciones ante una posible violación de derechos.

Si a nivel nacional las novedades aportadas se deben, también, a la transposición del Reglamento Europeo arriba indicado, es verdad que esta no es la única fuente de derecho internacional que se ocupa de la protección y tratamiento de los datos personales¹². Efectivamente el Parlamento Europeo siempre se ha encargado de garantizar la relación entre seguridad jurídica y derechos humanos, incluyendo en estos la protección de datos. Se pueden destacar como bases jurídicas fundamentales en este sentido el art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto estos dos últimos artículos reconocen el respeto de la protección de los datos de carácter personal así como de la vida privada como derechos fundamentales entre si estrechamente relacionados, pero

⁹ La Agencia Española de Protección de Datos tiene carácter general, aunque existan Agencias de Protección de Datos de carácter autonómico, como en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña o el País Vasco.

¹⁰ Con datos personales se entienden todas las informaciones en texto, imagen o audio que permitan identificar una persona.

¹¹ Recuérdense el art. 18.4 CE

¹² El tratamiento de datos personales coincide con cualquier tipo de operación o conjunto de operaciones que se realicen sobre los datos de carácter personal, con indiferencia del carácter automatizados o no de estas.

independientes (Maciejewski 2021). El derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar se encuentra amparado, además, en el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH). Por ultimo, es importante citar el primer instrumento internacional vinculante en materia de protección de datos, es decir el Convenio núm. 108 (en adelante CEPD) dictado en 1981 por el Consejo de Europa. Lo que dicho Convenio quiere tutelar es la vida privada de la persona física << con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona>> (art.1 CEPD). Se tiene en cuenta por parte del Consejo de Europa un aumento de la circulación de datos personales¹³ a través de los cuales la persona pueda ser identificada o identificable y por tanto la necesidad de una mayor tutela¹⁴. Con el Protocolo adicional al Convenio 108¹⁵ se da un paso más previendo la obligación para los Estados firmantes de crear autoridades independientes de control.

2.1.1. Art. 95 bis de la Ley General Tributaria

Una vez aclarado, donde se encuentra amparado el derecho a la protección de datos personales , incluyéndose también el derecho al honor y a la intimidad, es importante desglosar el contenido del art. 95 bis LGT, para identificar los posibles puntos de tensión con estos derechos fundamentales. Como ya anteriormente mencionado la nueva norma introducida en la Ley General Tributaria en 2015 y modificada en el 2021, prevé la posibilidad por parte de la Administración Tributaria de la difusión de un listado donde se indiquen los nombres de los deudores con la Hacienda Publica, siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos.

Respeto a la normativa del 2015, la reforma del 2021 prevé dos novedades. La primera es la reducción del montante total de deudas y sanciones necesarias para entrar en el listado que actualmente se establece en 600.000,00 euros¹⁶; la segunda hace referencia a la posibilidad

¹³ Se hace referencia no solo al ámbito privado sino también al sector publico, objeto de nuestro estudio.

¹⁴ Con el fin de garantizar la tutela de los datos personales que sean objeto de un tratamiento automatizado se indica el respeto de un estándar de calidad y una obtención de ellos solo con finalidades determinadas y legítimas. Al igual se prevé que la conservación de los datos no podrá sobrepasar el tiempo estrictamente necesario para el conseguimiento de dichas finalidades.

¹⁵ El Protocolo adicional al Convenio 108 se abre a la firma el 8 de noviembre 2001 en Estrasburgo.

¹⁶ El anterior dictado del texto normativo requería que la cantidad mínima de deudas o sanciones de las personas físicas y jurídicas fuera superior a 1 000 000 euros.

de incluir en el listado también aquellos sujetos que tengan la condición de responsable solidarios, por deudas o sanciones tributarias. Es importante destacar, entonces, que no todos deudores entraran en el listado, sino solamente los que la misma ley define como << deudores relevantes >>. Las deudas o sanciones deberán no haber sido abonadas trascurrido el plazo original de ingreso en periodo voluntario y tendrán exclusivamente carácter estatal¹⁷, aunque se incluyen las que deriven de impago por deudas aduaneras. En el caso de estar las deudas aplazadas o suspendidas no se procederá a su inclusión, de momento que es necesario que las deudas estén incluidas en un acuerdo de declaración de responsabilidad y para ello tiene que haber trascurrido el plazo de pago voluntario tras la notificación del acuerdo de declaración de responsabilidad y, en su caso, del acuerdo de exigencia de pago. A nivel temporal se tomará de referencia el 31 de diciembre del año anterior para la difusión de la identidad de los deudores a la Hacienda Publica.

Efectivamente, hablamos de identidad, porque los datos que se harán públicos pueden entrar en la categoría de datos sensibles de momento que permiten la identificación de la persona física o jurídica en cuestión. Analizando más detenidamente el contenido del listado, se detallaran nombre, apellidos y NIF de las Personas Físicas y razón o denominación social completa y NIF en el caso de Personas Jurídicas o entidades del art. 35.4 de la Ley 58/2003. A raíz de dichas indicaciones y revelación de identidad junto al importe de la deuda con la Hacienda Publica Estatal nace, por tanto, el conflicto entre protección de datos y exigencia de transparencia y publicidad de la Administración Publica, en este caso Tributaria. No obstante los listados se podrán consultar durante un periodo de solos tres meses, esto podría causar igualmente un perjuicio grave al honor de la persona y por tanto es fundamental investigar las finalidades de la medida y sus efectos, valorando si es necesario sacrificar los derechos fundamentales de un individuo, y esto a la luz del principio de proporcionalidad.

2.1.2. Finalidad y eficacia de la medida

Una vez analizado el contenido del art. 95 bis de la Ley 58/2003 e identificados a los sujetos afectados, es fundamental valorar los fines que el legislador español quiere perseguir con la

¹⁷ En materia de potestad sancionadora y facultades de revisión queda excluida la posibilidad de deroga a favor de las Comunidades Autónomas o Entes Locales.

norma jurídica en cuestión. Para ello, es importante la referencia al Preámbulo de la Ley 34/2015. En su Apartado II se indica que << 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>>. De la lectura de esta previsión normativa se entiende una estricta conexión entre la lucha al fraude fiscal y el deber de todos, constitucionalmente garantito, de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31 CE). El objetivo¹⁸ que la Ley pretende alcanzar se conseguiría con medidas que estimulen al contribuyente a cumplir voluntariamente con sus obligaciones tributarias, aunque la posible afectación negativa a sus derechos fundamentales podría acercarla a un castigo. Teniendo en cuenta las palabras claves del Apartado II del Preámbulo citado, <<instrumentos preventivos y educativos>>, podemos entender que el listado, concretamente, persigue una series de finalidades de carácter pedagógico. Se promueve, por tanto, una <<conciencia cívica tributaria>>, siendo este el aspecto educativo de la medida, cuyo objetivo sería fomentar el cumplimiento voluntario, por parte de los ciudadanos, de sus obligaciones tributarias. Todo esto se obtendría, según el legislador, a través de la transparencia de las conductas de los deudores relevantes.

Aunque según el dictado del Preámbulo la correcta contribución de los ciudadanos se conseguiría a través de medidas preventivas y educativas, surge la duda de estar frente a una posible medida sancionatoria. En la Exposición de Motivos de la Ley que introduce la publicación del listado de deudores tributarios nunca se utiliza el termino sanción o finalidad represiva. No obstante lo dicho, en este sentido se han pronunciado varias veces doctrina y jurisprudencia, como por ejemplo el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en el 2014 en el Informe al Anteproyecto de reforma de la Ley General Tributaria hablando de la publicación como de una sanción. En el misma línea se han declarado el Consejo Fiscal, la Agencia Vasca de Protección de Datos y la Agencia Catalana de Protección de Datos. La

¹⁸ En el sistema Español, el art. 31.1 CE (deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos) incluiría otros intereses que del mismo son manifestación. Nos referimos a: la garantía de la recaudación, la reducción del fraude y la elusión tributaria, el aumento de la eficacia de la actividad administrativa junto a su transparencia y la creación de una << conciencia cívico- tributaria >> en los ciudadanos.

naturaleza jurídica de la nueva medida deja abierta, por tanto, una gran discusión. Según la postura del Tribunal Supremo, para hablar de sanción es necesario ir más allá del criterio formal y centrarse también en un concepto material¹⁹. Si efectivamente consideramos que la publicación de una lista de deudores tributarios afecta negativamente a los derechos fundamentales de las personas en ella incluidas, tales como el honor, la intimidad y la protección de datos, la finalidad podría ser sancionatoria y no solo preventiva o educativa. No debemos olvidar que una sanción puede cumplir igualmente con una función preventiva en su vertiente especial (evitando que el sujeto vuelva a incumplir las disposiciones normativas) y en su vertiente general (como ejemplo para la sociedad). Afirmar, así, el carácter preventivo del art. 95 bis no excluye a priori su finalidad represiva, ya que hablamos de elementos complementarios en las sanciones administrativas.

Una vez identificadas las finalidades de la nueva norma tributaria, hay que valorar la eficacia de la medida en ella contenida. De acuerdo con los objetivos arriba indicados parece estar Murphy, el cual en el 2008 afirma que para un cumplimiento eficaz de las obligaciones tributarias es necesaria una combinación de instrumentos normativos que se dirijan al castigo y a la disuasión a la vez (Murphy 2008). Siguiendo este pensamiento, Van Erp en el 2011 sostiene que estos tipos de castigos, basado en la publicidad de los deudores, funcionarían en conexión con las emociones y el sentimiento al respeto y al no ser humillado. Es gracias a los temores de las personas que se perseguiría el objetivo al cumplimiento de las obligaciones tributarias (Van Erp 2011). Así como dice Alm en el 2012, los deudores estarían motivados más por las normas del contexto social y por las nociones de culpa o vergüenza, que por sus propios intereses (Alm 2012).

Por tanto, si se tiene en cuenta lo anteriormente dicho, podría existir una adecuación de la medida con el fin: a través del reproche de la publicación del listado, los ciudadanos cumplirían con sus obligaciones tributarias. Esta afirmación, en todo caso, se debe probar y por ello resultan interesantes los estudios realizados por el Profesor Olivares durante 5 años (2015-2019). Concretamente, la investigación llevada a cabo por el Profesor Olivares, que parte de datos empíricos, estudia el comportamiento de aquellos sujetos incluidos en el

¹⁹ Según esta perspectiva se tiene que mirar a las características concretas de la medida adoptada y no solo al *nomen iuris*.

listado de deudores relevantes, y consecuentemente la eficacia de la medida prevista en el art. 95 bis de la Ley 58/2003. La eficacia de la previsión normativa se valora, así, partiendo de una pregunta, o sea ¿Incide en el comportamiento del contribuyente la publicación de su nombre en un listado de deudores tributarios? Para llegar a una respuesta el Profesor Olivares recurre a principios de psicología juntos al estudio del Derecho Tributario²⁰ y toma como muestra 22.442 registros que contienen los listados de deudores con la Hacienda Publica de los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019. Aunque esta no sea la sede para explicar detenidamente la investigación en cuestión, nos limitamos a citar sus momentos principales y las conclusiones a las cuales llega el Profesor Olivares. La investigación de esta eminencia en materia, se realiza a través un diseño *ex post facto* y se basa en la relación entre tres variables:

- Las personas consideradas deudores relevantes y que se incluyen en los listados de referencia;
- El importe de la deuda o sanción;
- La tendencia de pago a lo largo de los 5 años analizados.

El Profesor Olivares plantea una serie de hipótesis y a través del utilizo de tablas (ANEXO A) nos indica los resultados. En las primeras de ellas se especifica el numero de deudores que salen, permanecen o entran por primera vez en el listado del art. 95 bis., pudiendo valorarse como el 81,58% de los incumplidores relevantes continúa cumpliendo con los requisitos necesarios para la inclusión en este (OLIVARES 2019, página 92). El reproche social y la vergüenza no parecen ser motivos eficaces para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y cuando los son, el pago es tardío sin producción de efectos inmediatos desde el momento de la publicación del nombre²¹. Otro dato relevante es el incremento anual de deudores incluidos en el listado, sin realizarse de este modo la reducción deseada. La medida resulta, según esta investigación, de escasa eficacia y solo el 37% de las personas incluidas en el listado modifica su conducta ante la Administración Tributaria. El Profesor Olivares identifica, además, un efecto contraproducente, sobre todo en el caso de deudas de gran importe. En estas situaciones se verifica un << apalancamiento >> (Olivares 2020, página 114)

²⁰ Hasta este momento, todos los estudios habían sido ideológicos o jurídicos. A partir de ahora se investiga sobre el impacto de la medida en el comportamiento humano para valorar la eficacia de la norma.

²¹ La mayoría de los deudores aparece dos años seguidos en el listado, sin desaparecer completamente.

y resulta más complicada la reintegración de estos sujetos cuyo nombre se hace publico junto a su deuda, estando su reputación fuertemente comprometida.

Puesto que, según este interesante estudio en materia, el listado de deudores tributario no cumple completamente con los fines perseguidos, es oportuno pasar al estudio de la medida desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

2.1.3. El respeto del principio de proporcionalidad

Un análisis del respeto del principio de proporcionalidad de la nueva medida prevista en la Ley General Tributaria, es fundamental para valorar si esta es acorde a derecho. Aunque exista un deber de los ciudadanos a la contribución estatal, es necesario encontrar un equilibrio entre las potestades Administrativas y el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Toda actividad administrativa debe llevarse a cabo en el respeto de dicho principio, consiguiéndose una armonización entre deberes tributarios y derechos humanos. No es suficiente el simple respeto de la legalidad en las actuaciones administrativas si esta no se acompaña de una correcta ponderación de los intereses en juego. El principio de proporcionalidad se configuraría, por tanto, como el limite a la actividad tributaria de las administraciones publicas²². Solo con una aplicación eficaz de dicho criterio se puede conseguir un perfecto balance entre el deber de contribución publica y el respeto del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos.

El peligro que se presentaba en los borradores anteriores al texto definitivo de modificación de la Ley era la afirmación de una primacía del art. 31 del Constitución Española frente a los derechos que se tratan. Esta previsión conllevaba una clara anulación del principio de proporcionalidad e imposibilitaba cualquier intento de llegar a un equilibrio entre los intereses en juego, partiendo de la preponderancia de uno sobre los otros. Por suerte, el principio de proporcionalidad se recogió en el texto definitivo, indicando una voluntad de equilibrio entre derechos. El art. 3.2 de la Ley 58/2003 prevé que << la aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos

²² En este sentido se han pronunciado el TEDH y el TJUE, defendiendo la posición de los contribuyentes frente a la Administración tributaria, la cual debe actuar siempre en el respeto de un equilibrio y del principio de proporcionalidad.

derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantía de los obligados tributarios >> . Al mismo tiempo el legislador dispone en el art. 34 de la citada Ley que los contribuyentes tienen << el derecho a que las actuaciones de la Administración tributaria que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que resulten menos gravosa siempre que ello no perjudique el cumplimiento de sus obligaciones tributarias >>.

Aun así, estamos frente la exigencia de determinar la idoneidad de la publicación del listado de deudores tributarios para conseguir el fin indicado, su necesidad y su equilibrio. No es suficiente, de hecho, la previsión legal de la medida (art. 95 bis LGT) y su conexión con un derecho constitucionalmente protegido (ex art. 31 CE) para indicar el respeto del juicio de proporcionalidad. En esta línea se pronuncia en el 2020 el mismo Tribunal Constitucional , afirmando, en relación al derecho al honor, que

<< en el sistema constitucional de 1978 no hay derechos fundamentales absolutos. Con tal que se respete el núcleo esencial que actúa como el límite de los límites legales, el legislador puede definir el contenido de los derechos fundamentales y en especial establecer restricciones. Estas, sin embargo, necesariamente han de (i) preverse en normas de rango legal; (ii) orientarse a la realización de un fin constitucionalmente legítimo, y (iii) perseguirlo de un modo necesario y proporcionado, esto es, que la restricción legal, además de no ser sustituible por otra menos restrictiva, no genere más perjuicios al derecho al honor que beneficios para los fines constitucionales a que sirve >>. (STC 28/2020).

Para llegar a una conclusión sobre el tema, se tiene que hacer referencia a tres tipos de juicios exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, o sea juicio de idoneidad²³; juicio de necesidad²⁴; juicio de equilibrio²⁵. (FJ 9 STC 14/2003).

- a) Juicio de idoneidad. Como punto de partida se tiene que poner la atención sobre la utilidad de la publicación de un listado de deudores relevantes con la Hacienda Pública para conseguir el fin perseguido, o sea la lucha al fraude fiscal. No cabe duda que la previsión de una amenaza hacia los sujetos indicados en el art. 95 bis

²³ Se valora si a través de la medida se puede conseguir el fin perseguido.

²⁴ Se estudia si no existe otra medida menos gravosa para conseguir la finalidad indicada y si esta es necesaria por tanto.

²⁵ Se investiga si la medida es ponderada, no presentándose un perjuicio excesivo para los derechos en juego.

pueda tener efectos en sentido positivo y negativo. El sentido positivo podría individuarse en el estímulo al pago de la deuda; el sentido negativo coincidiría con el efecto de su impago. Sin embargo, el objetivo perseguido por la norma en cuestión no es el cumplimiento puntual de las obligaciones tributarias, cuanto la lucha al fraude fiscal así como se indica en el Preámbulo de la Ley, Apartado II. El término deudor no necesariamente coincide con el término defraudador, entendiéndose con este quien voluntariamente elude o burla el pago de un tributo. No todos los deudores se pueden considerar defraudadores frente a la Hacienda Pública. De hecho para luchar contra al fraude fiscal sería conveniente identificar públicamente solo aquellos sujetos sancionados, administrativamente o penalmente, mediante una resolución firme. El simple hecho de un impago puntual antes del periodo de pago voluntario no justificaría un sacrificio del derecho al honor lesionando la reputación del deudor. Lo que se obtiene es una estigmatización de la persona sin haber sido previamente declarada culpable por la vía administrativa o penal. Al mismo tiempo parece no subsistir un interés público al conocimiento de los datos personales del deudor. La simple publicación de datos personales conllevaría nada más que un atentado a su reputación personal, social y profesional.

La medida adoptada en el 2015 no resulta, por tanto, idónea a perseguir el fin de luchar contra al fraude fiscal: no por el simple hecho de incluir el nombre de un deudor en un listado público este dejará de serlo. Al igual no se tiene en cuenta la problemática de aquellos que incumplen con sus deberes tributarios por no poder hacer frente a los mismos. En este caso el sujeto seguirá manteniendo sus deudas con la Hacienda Pública, con independencia de su inclusión o no en el listado de referencia. Se debe considerar injusto un sistema tributario que pone en peligro la intimidad personal con el solo fin de obtener el pago de unas deudas. En línea con esta afirmación se pronuncia el Tribunal Constitucional confirmando en el 2003 que

<< Si, como hemos dicho, conforme a la previsión constitucional del art. 31.1 CE el sistema tributario debe ser justo, no podría calificarse como justo un sistema tributario que hiciese recaer sobre los contribuyentes la alternativa a sacrificar, de forma irrazonable y desproporcionada, su intimidad personal y familiar en orden a alcanzar un mayor ajuste de su tributación a su verdadera capacidad económica>> (FJ 4 ATC 212/2003).

b) Juicio de necesidad. En relación a este juicio es importante valorar si es necesario imponer un gravamen al ciudadano para lograr un cumplimiento de la obligación a tributar ex. 31 de la constitución Española. En este sentido la medida es criticable por tener en consideración simplemente un criterio cuantitativo y no cualitativo como la culpabilidad del deudor.

Además la inclusión en el listado de deudores tributarios depende de la deuda pendiente de pago el primer día del periodo ejecutivo del año corriente, independientemente de la posibilidad de eventuales variaciones en el momento de la publicación del acuerdo. De hecho podríamos encontrarnos antes deudores que a la fecha de publicación ya no sean tales, desvaneciéndose la necesidad de la publicación y materializándose un tratamiento ilícito de datos. En el caso de haber variado, dichos datos en el momento de la publicación ya no responderían a realidad en el momento de hacer públicos los nombres de los interesados. Si por ejemplo un sujeto deudor el día 31 de diciembre del año corriente, deja de serlo posteriormente, la medida dejaría de ser necesaria y así mismo idónea. En este sentido se pronuncia el TJUE en el asunto C-131/12, afirmando que aunque el tratamiento de datos sea inicialmente lícito, podría convertirse en ilícito cuando estos datos ya no sean necesarios por el transcurso del tiempo o por ser inadecuados. Con base en esta jurisprudencia podríamos confirmar que el único resultado que se obtendría sería una mera vergüenza pública y tardía. Se perseguiría simplemente el fin de avisar a los demás eventuales deudores sobre las consecuencias de un impago tributario. La medida se convertiría, de esta forma, en un castigo desproporcionado para el sujeto incluido en el listado. Estaríamos nuevamente frente a un sacrificio del derecho al honor de la persona afectada.

Así mismo no se llega a comprender como una la publicación de un listado de deudores con la Hacienda Pública pueda ser necesario para lograr la lucha contra el fraude fiscal, puesto que los sujetos incluidos son simples deudores y no culpables acreditados, como anteriormente indicado. Faltaría una necesidad social imperiosa para declarar la medida necesaria la consecución del fin previsto. Resulta conveniente encontrar medidas menos gravosas conseguir el fin de la lucha al fraude fiscal, teniendo en consideración también las diferentes herramientas en poder de la Administración Pública como por ejemplo la auto tutela ejecutiva.

c) Juicio de equilibrio. La medida adoptada a través del art. 95 bis de la Ley General Tributaria puede considerarse claramente desproporcionada y arbitraria. A falta de un motivo imperioso, la supresión del derecho constitucionalmente garantito en el art. 18.1 , a través de la divulgación de los datos personales y tributarios en cuestión puede solo conllevar consecuencias negativas para el contribuyente. La finalidad perseguida por el legislador no se enfocaría así solo en una perspectiva educativa sino también de gravamen así como confirmado por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo de Estado en la jurisprudencia que adelante analizaremos de manera más detenida. Por todo lo anteriormente dicho, el sacrificio que se provoca es claramente superior al beneficio que se pretende obtener. La comprobación de un equilibrio entre deber de colaboración y derechos al honor, intimidad y protección de datos llevaría a una respuesta negativa.

El principio de proporcionalidad no parece respetarse a la luz de los tres juicios examinados, con el único resultado de una injusta limitación de los derechos fundamentales en juego (honor, intimidad y protección de datos). Al igual la publicación del listado no persigue las finalidades que la Ley indica, no se consiguen de manera directa y concluyente.

2.1.4. El derecho al olvido

Conexo con el criterio de equilibrio anteriormente analizado se encuentra el derecho al olvido, presentado por el legislador del 2015 como un paliativo para los deudores relevantes incluidos en el listado. Este derecho se identificaría, así, como una garantía para el obligado tributario. Antes de pasar a valorar si efectivamente este criterio puede considerarse como una solución a lesión de la reputación del interesado, vamos a realizar un *excursus* sobre el concepto de derecho al olvido. Este derecho se introduce por el art. 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, aunque anteriormente ya estaba disciplinado por la jurisprudencia. Así mismo se garantiza el derecho al olvido en los artículos 93 y 94 LOPD. En el primero de estos dos artículos citados se indica que

<< Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen

inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información >>.

La finalidad del derecho al olvido puede encontrarse en la desaparición de determinados datos del lugar en el que se hallen, concretamente en el mundo virtual. Se configura, por tanto, en una potestad del interesado a que estos datos dejen de estar disponibles en las páginas webs. El derecho al olvido es, concretamente, una posibilidad de limitar la circulación de los datos personales en los motores de búsqueda cuando no se cumplan los requisitos de adecuación, pertenencia y necesidad legalmente previstos, así como cuando la información publicada sea obsoleta o ya no tenga relevancia ni interés público. En estos casos, en conexión con el derecho al olvido, se podría plantear el ejercicio del personalísimo derecho de supresión ex art. 17 del Reglamento (UE) 2016/679, invitando a la Administración tributaria a suprimir los datos que indique el sujeto afectado²⁶.

Aplicando el concepto en análisis a la medida del art. 95 bis de la Ley 58/2003, la solución presentada no parece ser eficaz desde un punto de vista práctico para evitar una lesión a los derechos fundamentales del interesado. La finalidad perseguida con dicho recurso por el legislador tributario sería evitar que se puedan encontrar datos de carácter personal en los motores de búsqueda con la simple indicación de un nombre. Se pretende evitar que las personas incluidas en el listado puedan sufrir perjuicios futuros, facilitando a través del derecho al olvido una reinserción o resocialización del deudor. El respeto del olvido se realizaría por parte de la Administración tributaria a través de varios instrumentos a su disposición, como la no publicación de la información en el BOE, sino en la página de la Agencia Tributaria. Así mismo, la publicación se realizaría a través de herramientas que limiten la posibilidad de rastrear y por ello se acude al sistema robots.txt²⁷, aunque este sistema no

²⁶ Con referencia al derecho de supresión, que valoramos como posible paliativo a la publicación del listado tributario más allá de la indexación, podemos afirmar que se trata de una versión reforzada del derecho de cancelación. En las pretensiones este derecho no se limita a una congelación de los datos para su posterior tratamiento, sino conlleva la eliminación de estos. Los datos, además, podrán ser suprimidos por simple voluntad del interesado, con independencia de la inexactitud o impertinencia de estos, como ocurre con la cancelación.

²⁷ El sistema robots.txt consiste en un archivo que indica cuáles son las partes que, en una página web, se excluyen a los rastreadores de los motores de búsqueda, así mismo les indica a qué URLs de un sitio pueden

resulta completamente eficaz para la desindexación²⁸. Como última garantía del olvido digna de mención, la normativa tributaria establece un plazo de tres meses para poder acceder al listado, pasados los cuales esto no será disponible públicamente.

Las medidas indicadas resultarían de eficacia limitada, no obstante el intento del legislador de evitar el perjuicio social y profesional al deudor. De hecho una vez que el listado se hace público, este se reproducirá en varias páginas web y sobre todo en los medios de comunicación. Las listas republicadas, además, no cumplen con los requisitos oficiales que se imponen a la Agencia Tributaria, pudiéndose encontrar estas con el empleo de cualquier criterio de búsqueda. Los listados podrían resultar accesible a cualquiera durante un plazo de tiempo superior a los tres meses indicados en la normativa tributaria. El recurso al olvido no representa, entonces, un elemento de equilibrio entre la lucha al fraude fiscal y los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos. Borrando el listado ex art. 95 bis en el plazo legalmente establecido no se consigue un restablecimiento de deudor en las circunstancias personales anteriores a la publicación, quedando fuertemente perjudicado su honor en el tiempo. La medida del olvido no resulta idónea para sanar los daños sufridos por el interesado ni para su reinserción social y profesional.

2.2. Análisis jurisprudencial y tendencia evolutiva de la materia

Cuando en el 2015 se introdujo en la Ley General Tributaria la medida del art. 95 bis, fueron varios los organismos que se pronunciaron de manera negativa sobre ella. Es interesante por tanto citar sus posturas.

Empezando por el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe de 30 de septiembre de 2014 esto hizo varias reflexiones sobre la publicación de un listado de deudores tributarios, la cuales de manera resumida vamos a indicar:

- a) Primariamente afirmó que la medida en estudio no cumple con el principio de proporcionalidad (así como valorado anteriormente en nuestra análisis);

acceder y como hacerlo de manera correcta. Sin embargo esta modalidad no impide que una página web aparezca en Google.

²⁸ Con este término en el sector de la informática se entiende la ruptura del vínculo entre la búsqueda de un nombre y las noticias en las que aparece.

- b) Haciendo referencia a los sujetos que se incluirían en la lista, indicó el carácter demasiado abierto de la redacción de la norma puesto que no se encuentra una correspondencia en ella con unas conductas defraudatorias;
- c) Así mismo, hizo hincapié a la necesidad de una resolución firme en el ámbito penal o de una sanción administrativa para proceder a la inclusión en el listado;
- d) Seguidamente indicó que la medida del art. 95 bis resultaría incompatible con la legislación en materia de protección de datos así como con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (FJ 4 STC 120/2005) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE C-92/09), en virtud del fin perseguido. En las palabras del Consejo General del poder Judicial el objetivo de la reforma no serían la eficacia y la transparencia de la Administración Pública, cuanto la imposición de una sanción a aquellos contribuyentes que no puedan hacer frente en el periodo de pago voluntario a una deuda tributaria reconocida. Este Órgano se pronunció, por tanto, a favor de una naturaleza sancionatoria de la medida en estudio;
- e) Por último se refirió a la diferencia de trato de la que gozan las Administraciones Públicas morosas que ven excluidas del ámbito de aplicación del art. 95 bis, no obstante en varias ocasiones no hayan pagado sus propias deudas.

Por todo esto, el Consejo General del Poder Judicial propone una supresión de la nueva norma porque, aunque sea loable el fin perseguido,

<< se echa de menos, en fin, una ponderación reposada y sosegada entre los derechos afectados y el fin perseguido por la norma. Y en tal medida, los perjuicios previsibles parecen superiores al beneficio a obtener, por lo que no cabe sino proponer la supresión de este artículo >>.

El Consejo de Estado en su Dictamen n. 130/2015, también, expresó su opinión sobre el art. 95 bis, en consonancia con la visión del Consejo General del Poder Judicial. Citando la Sentencia del 29 de julio de 2009 del Tribunal Supremo, afirmó el Consejo de Estado el carácter de gravamen de la medida prevista con la reforma del 2015. Este aspecto resulta importante a la hora de identificar el régimen jurídico aplicable. Así mismo, se hizo referencia a la necesidad de una coordinación entre el listado de deudores tributarios y el derecho a la protección de datos personales, consagrado en el art. 18.4 de la Constitución Española.

Aunque desde un punto de vista objetivo²⁹ se podría identificar un respeto del principio de proporcionalidad, esto peligraría desde en su punto de vista subjetivo³⁰.

Si estas son las posturas de quien critica la medida, sobre todo en relación al respeto del principio de proporcionalidad, vamos a indicar la opinión de la Agencia Española de Protección de Datos, en sentido totalmente contrario a las anteriores opiniones. En su informe 2014-0372 de 2014 enunciaba la inexistencia de problemas conexos con el art. 95 bis. Sin embargo, refería la necesidad de vincular la medida con el cumplimiento del deber constitucionalmente reconocido en el art. 31 de la Constitución Española, así como de clarificar en el acuerdo de publicación del listado que los datos tratados no quedarían afectados en caso de actuaciones posteriores del deudor. La Agencia Española de Protección de Datos, al contrario que los organismos indicados arriba, valoraba un respecto del principio de proporcionalidad establecido en el art. 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999. Su opinión se basaba en el hecho de que se estarían tratando datos limitados³¹ de sujetos cuya conducta es reprochable socialmente. De manera precisa se consideraba 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. >> (AEPD 2014, página 10).

2.2.1. Art. 95 bis e interés casacional

Las posturas anteriormente indicadas son las adoptadas por partes de varios organismos en el momento de introducir en el sistema español un listado de deudores tributarios. Desde aquel momento, el año 2015, han pasado varios años y la cuestión ha llegado hasta la mesa

²⁹ Las deudas que son objeto de publicación.

³⁰ En referencia a los sujetos incluidos en el listado de deudores tributarios.

³¹ La Agencia Española de Protección de Datos indicaba que estaríamos frente a una mera indicación de datos identificativos, de un importe de deuda y de las sanciones previstas.

del Tribunal Supremo, el cual deberá pronunciarse sobre un eventual conflicto entre el objetivo perseguido con la medida tributaria y la protección de datos.

Resumiendo el asunto, el Alto Tribunal ha admitido los recursos de apelación de dos hermanos³², deudores relevantes con la Hacienda Pública estatal, valorando el interés casacional de estos. Los recursos presentados son contra sentencias de mayo y de septiembre 2020 de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En dichas sentencias se desestimaban las demandas de los dos empresarios en las cuales se solicitaba la cancelación de sus datos identificativos del listado de deudores tributarios ex art. 95 bis. La Audiencia Nacional, en la sentencia recurrida, afirmaba la importancia de los principios de transparencia y publicidad y como estos debían regir las actuaciones de las Administraciones Públicas a la hora de hacer efectivos sus objetivos, como en este caso la lucha al fraude fiscal. Se hacía referencia al carácter preventivo y educativo de la medida adoptada. La premisa de la Audiencia Nacional ha sido que con la aplicación del art. 95 bis, solo se difundirán los datos personales de aquellos deudores que generan un perjuicio importante para el sistema tributario. Sin embargo, se hacía referencia a la importancia de una ponderación de los intereses en juego.

El Tribunal Supremo, admitiendo los recursos y declarando el interés casacional, se compromete a solucionar el posible conflicto, a través de la interpretación de las normas de la Ley General Tributaria, entre la lucha al fraude fiscal y derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos. El Alto Tribunal justifica en los autos el interés casacional, puesto que hasta ahora no existe jurisprudencia firme sobre el tema. Afirma además que deberá:

<< 1. Discernir la adecuación al derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, que ampara el art 18 de la Constitución Española, de la publicidad que contempla el artículo 95 bis LGT.

2. Determinar si las deudas derivadas de liquidaciones vinculadas a delito cumplen o no los requisitos del artículo 95 bis. 3 LGT para que proceda la inclusión del deudor en el correspondiente listado de morosos, al limitar el citado precepto la referida publicidad exclusivamente a los tributos de titularidad estatal para los que la aplicación de los tributos,

³² El auto de admisión del primer recurso es de fecha 27 de mayo de 2021. El segundo recurso se admite con auto de fecha 30 de septiembre de 2021.

el ejercicio de la potestad sancionadora y las facultades de revisión estén atribuidas en exclusiva a los órganos de la Administración tributaria del Estado >>.

El Supremo reconoce que la intimidad económica es parte de la intimidad personal³³ y la información que la Administración Tributaria publica puede poner a disposición de terceros datos sobre el nivel económico del deudor.

A la luz de lo expuesto y vista la importancia del asunto, no nos queda que esperar que el Tribunal Supremo se pronuncie, creando nueva jurisprudencia en materia y teniendo en cuenta que esta podría conllevar el final del art. 95 bis de la Ley 58/2003 o una eventual modificación del este.

2.3. Perspectiva internacional

Una vez analizado el art. 95 bis de la Ley 58/2003 en todos sus aspectos más relevantes, resulta interesante realizar un estudio comparado de dicha excepción a la reserva tributaria. La curiosidad a investigar la situación nacional nace sobre todo al leer la Exposición de Motivos de la Ley 34/2015 a la hora de introducir en la Ley General Tributaria las novedades anteriormente indicadas. Efectivamente en el Preámbulo II de la ley del 2015, se prevé que:

<< En definitiva, si bien los principios de transparencia y publicidad pueden colisionar en ocasiones con otros derechos constitucionalmente protegidos, como son los de intimidad y protección de datos, deben ponderarse adecuadamente los distintos intereses que se pretenden salvaguardar, y ello teniendo en cuenta especialmente los principios de proporcionalidad, exactitud y conservación de los datos contenidos en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Así se hace también en otros países de nuestro entorno donde se recogen distintos supuestos de excepción al principio general de confidencialidad de los datos tributarios, como Alemania o Finlandia >>.

³³ El Tribunal Supremo adopta la visión que expresa sobre el tema del Tribunal Constitucional en la Sentencia 142/1993, de 22 de abril.

A la luz de dicho dictado normativo, parece ser que el legislador intente justificar la posibilidad de una colisión entre derechos, causada por la medida adoptada en la Ley 34/2015, a través de la referencia a otros Estados cercanos a España que parecen recoger varios supuestos de excepción al secreto tributario. En el presente trabajo la investigación va más allá de los que son los sistemas de Alemania y Finlandia, estudiando, también, la situación tributaria de países como el vecino Portugal o Reino Unido. Por tanto, la pregunta que nos ponemos es si el ejemplo aportado por el Legislador en la Exposición de Motivos es congruente a la situación internacional actual.

En el momento que España publica en el 2015 su primer listado de deudores tributarios, en el resto del Mundo este tipo de medida para contrastar el fraude fiscal ya estaba presente en Países como Bulgaria, Reino Unido, Rumanía, Irlanda, Grecia, Estonia, Finlandia, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría y Portugal. Aunque en todos estos Estados la publicación de un listado de deudores tributarios³⁴ supone una excepción a la reserva tributaria, es necesario en Derecho comparado el reconocimiento a un estándar mínimo de respeto de la confidencialidad de los datos tratados. Efectivamente la totalidad de los sistemas tributarios reconocen una protección para el derecho al secreto tributario³⁵, cuyo contenido mínimo es coincidente en todas las jurisdicciones.

Si en materia de excepción al secreto tributario³⁶, una de las excepciones clásicas coincide con el consentimiento al tratamiento de los datos en poder de la Administración Pública por parte de su titular, nuestra atención ahora se centra en una nueva tendencia a nivel internacional, es decir el *namings and shaming*. Esta técnica consiste en la relevación de la identidad de ciertos obligados tributarios y de sus deudas, con la finalidad de garantizar el cumplimiento

³⁴ Al estilo de lo que ocurre en España con la previsión del art. 95 bis a través de la Ley 34/2015.

³⁵ A nivel internacional se pueden configurar dos tendencias a la hora de prever una protección de la información obtenida por la Administración Tributaria. De manera resumida podemos indicar por un lado la postura de aquellos Países que han establecido dicha protección a través de un especial deber de sigilo a las personas que tienen un contacto directo con la información; por el otro el reconocimiento del secreto tributario a través de una previsión expresa de ley, en virtud de su propia naturaleza fiscal, obligando al respeto de la reserva tributaria no solo a los que trabajan a contrato estrecho con los datos en cuestión sino a nivel general.

Además de estas tutelas directas, se puede identificar una protección de la confidencialidad indirecta, o sea a través de la imposición de sanción en el caso de revelación de los datos personales.

³⁶ Las excepciones previstas, a nivel general, responden a la necesidad de proteger valores superiores del ordenamiento jurídico. Esto permitiría la revelación de informaciones que están en poder de la Agencia Tributaria a terceros ajenos a la Administración en cuestión. Todo esto, siempre y cuando, estemos ante supuestos absolutamente tasados.

de sus obligaciones fiscales. Concretamente, el *naming and shaming* persigue dicho objetivo con la amenaza, para aquellos ciudadanos que tengan deudas tributarias, de aparecer identificados en un listado público. No obstante muchos Estados se hayan expresado a favor de esta medida, otros, como Canadá o la misma Alemania citada por el legislador español han rechazado dicha posibilidad.

2.3.1. El *naming and shaming* en el Derecho comparado

Vista la importancia adquirida por la técnica del *naming and shaming* en los últimos años a nivel internacional, resulta interesante estudiar, en una perspectiva comparada con el sistema jurídico español, las previsiones normativas de Países cercanos. En concreto vamos a profundizar los ordenamientos jurídicos de Alemania, Finlandia, Portugal y Reino Unido en materia de excepción al secreto tributario. Empezamos el estudio con los Países nombrados y tomados de ejemplo por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 34/2015.

a) Alemania

Con el fin de valorar una coincidencia entre las medidas adoptadas en ámbito tributario en España y Alemania, es necesario tener en cuenta el Abgabenordnung (en adelante AO), Ley General Tributaria Alemana. No obstante Alemania haya sido siempre un País con predisposición a conservar el secreto tributario, el legislador español indica similitudes entre los dos sistemas jurídicos en la materia tratada en este trabajo.

Efectivamente puede identificarse una sincronía entre los artículos 30 AO y el art. 95 de la ley tributaria española. Ambas normas se encargan de regular la conservación de los datos cedidos a la Administración Tributaria y la posibilidad de que esta cesión sea a favor de órganos judiciales o a otros órganos de la Administración. Igual es el fin que ambos Estados quieren perseguir: luchar contra el blanqueo de capitales o la financiación al terrorismo.

Aunque se denoten estas coincidencias, Alemania no adopta el sistema de *naming and shaming* en su ordenamiento jurídico, a diferencia de lo ocurrido en España. La doctrina alemana se pronuncia de forma desfavorable sobre la posibilidad de la publicación de un listado de deudores con la Hacienda Pública, en el respecto de la actual regulación del secreto tributario.

Dicho lo anterior, sorprende la referencia al país germánico por parte de nuestro legislador, no encontrándose signo alguno de la posible publicación de un listado de deudores con el fisco como excepción tributaria en su ordenamiento jurídico. Se puede concluir, por tanto, que la mención realizada en la Exposición de Motivos de 2015, no refleja la realidad jurídica actual, no encontrándose en el sistema alemán ninguna norma parecida a nuestro art. 95 bis LGT.

b) Finlandia

En la Exposición de Motivos de la Ley 34/2015, además de Alemania, se cita expresamente Finlandia. El ordenamiento finés se caracteriza por su transparencia en el sector público con una consagración del derecho al acceso a la información³⁷. Todos ciudadanos pueden acceder, con unos matices, a los datos en poder de la Administración, examinando su actividad³⁸. No obstante este rasgo típico de transparencia del Estado finlandés, se reconoce el respeto mínimo del secreto tributario y la protección de los datos personales, contando con sus excepciones. La normativa finlandesa siempre prima, en todo caso, la transparencia difundiendo una gran cantidad de datos tributarios a terceros. Sin embargo lo que no se encuentra en la normativa finés es la publicación de un listado donde aparezcan nombres e importe de las deudas de los obligados tributarios; no parece existir, por tanto, una coincidencia con el art. 95 bis, no obstante la referencia realizada por parte del legislador español. Esta no parece ser la única diferencia entre los dos ordenamientos jurídicos. Si nos centramos en los fines perseguidos tampoco se puede afirmar una coincidencia. El art. 95 bis tiene como objetivo la lucha contra el fraude y el cumplimiento de las obligaciones tributarias reconocidas en el art. 31 de la Constitución española; de contra la normativa finlandesa persigue concretar el principio de transparencia consagrado en su Constitución.

En conclusión, se puede afirmar una no coincidencia entre los dos ordenamientos jurídicos, la falta en el sistema escandinavo de una norma que se parezca al art. 95 bis y por tanto una incongruencia de la referencia efectuada por parte del legislador español en la Exposición de

³⁷ El principio de transparencia tiene rango Principio General del Derecho en el sistema jurídico finés, hasta el punto de estar reconocido en la Constitución finlandesa.

³⁸ La importancia del principio de transparencia se refleja en la Ley sobre la publicidad de las Actividades de la Administración que en su art. 9 prevé la posibilidad para cualquier ciudadano de acceder a los documentos públicos.

Motivos de la Ley 34/2015. Finlandia no puede entenderse una guía, ni un modelo para la previsión de un listado de deudores tributarios en nuestro País.

c) Portugal

Como visto anteriormente, los dos sistemas analizados hasta ahora y considerados de ejemplo por el legislador español, en realidad no coinciden con nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, puntos de conexión parecen encontrarse con la legislación portuguesa en materia tributaria. Este País parece acogerse, efectivamente, a la práctica jurídica del *namimg and shaming*. La Lei Geral Tributaria portuguesa identifica la reserva de los datos tributarios en su art. 64, siempre con la previsión de algunas excepciones. Además de prever un deber de sigilo de los datos tratados, la normativa que se analiza (en su art. 64.5) prevé desde el 2005 la publicación de un listado de deudores tributarios con la Hacienda estatal con el mismo fin del art. 95 bis: la lucha al fraude fiscal y el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Según el ordenamiento jurídico portugués la publicación del listado³⁹ no supondría una violación del secreto tributario. No obstante las similitudes entre las dos normas tributarias, existe una diferencia en el ámbito temporal que resulta interesante analizar. Mientras en la previsions del legislador español se publica un listado cerrado de las deudas contraídas a 31 de diciembre del año impositivo de finalización del pago voluntario de la deuda, en el sistema portugués se indica que el listado será en continua actualización. Esto comporta que los deudores entrarán y saldrán de la lista conforme vayan abonando o no sus deudas, lo cual se debe considerar como una ventaja importante. Sin duda el deudor, estando al corriente de la posibilidad inmediata de salir de la lista, estará más motivado a pagar su deuda cuanto antes, para evitar un perjuicio a su propio honor. En España, al contrario, aunque el deudor lleve a cabo el pago su deuda, no verá borrado su nombre de la lista, una vez incluido en ella. Para ello deberá esperar la publicación del listado del año siguiente. Por el otro lado, a favor de la normativa española encontramos la indicación de un montante mínimo de deudas para la inclusión en la lista publica, elemento faltante en el ordenamiento jurídico portugués.

³⁹ La lista se publica en la página web de la DGCI- Direção General dos Impostos. En ella se indica de manera detallada la identidad de las personas que no hayan satisfecho la deuda en el plazo voluntario indicado por la ley.

Concluyendo podemos indicar que, no obstante las varias similitudes entre los dos ordenamientos, el sistema portugués resulta más efectivo frente al cumplimiento de la deuda tributaria, mientras el español sería más garantista desde el punto de vista de la protección de datos.

d) Reino Unido

El último sistema que se analiza en una perspectiva comparada es el de Reino Unido, que recurre al *namings and shaming* desde el 2010. Este País, así como los anteriormente indicados, impone un deber de sigilo⁴⁰ a los sujetos en contacto directos con los datos tributarios así como un respeto de la confidencialidad de estos. Aunque exista la adhesión de Reino Unido a la práctica de publicación del listado, a diferencia de España o Portugal, la inclusión del contribuyente dependerá de su conducta infractora. Es necesaria la existencia de una sanción relevante para que la persona vea aparecer su nombre en la lista en cuestión. Se fijan, así, los dos requisitos fundamentales para que una conducta se considere infractora y digna de difusión pública. El primero es la existencia de un procedimiento tributario por parte de la Administración tributaria británica y que esto se haya concluido con la imposición de una sanción. El segundo elemento es que la deuda sea superior a 25.000 libras. Ambos requisitos diferencian la normativa británica de la española. Podemos entender como el legislador de Reino Unido, hablado de conducta infractora, haga referencia al carácter voluntario de la actividad llevada a cabo y no a la simple deuda contraída, como al revés ocurre en España, consiguiendo con más probabilidades el fin educativo perseguido. Si esto es el aspecto positivo de la normativa británica, existe la otra cara de la medalla. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de publicar « cualquier otro dato necesario para la identificación del contribuyente », aumentando el número de datos personales de los cuales se permite la difusión. Este mecanismo causaría una mayor incertidumbre en relación al respecto del secreto tributario. Terminando el sistema de Reino Unido parecería estar mejor estructurado para alcanzar el objetivo que persigue la ley mientras que el sistema español, fijando taxativamente los datos a tratar, tutelaría más los derechos fundamentales en juego.

⁴⁰ El secreto tributario se tutela en el art. 18 del Commissioners for Revenue and Customs Act de 2005.

3. El *Big Data* y su utilizo en la Administración Tributaria

Hasta ahora hemos visto como la previsión del art. 95 bis de la Ley 58/2003 responde a exigencias de garantía del pago de los impuestos por parte de los contribuyentes, con el fin de luchar al fraude fiscal. Sin embargo esta no es la única medida adoptada en los últimos años por el legislador español para lograr la misma finalidad. La lucha al fraude fiscal, así como su prevención, han sido desde siempre objetivos estratégicos y fundamentales de la Agencia Tributaria Española y por tanto estamos frente a una continúa búsqueda de herramientas que puedan mejorar sus actuaciones. Si la publicación de un listado de deudores relevantes con la Hacienda Publica cumple, según la Administración Tributaria, con una finalidad preventiva y educativa que le permitiría sacrificar los derechos amparados en el art. 18.4 de la Constitución Española, se prevén nuevas técnicas de actuación, también, en el ámbito investigativo y comprobatorio. Especialmente las nuevas herramientas se dirigen a investigar aquellos sujetos con un perfil de riesgo.

La realidad social de los últimos años está a la base de las recientes decisiones de control tributario. Efectivamente la crisis sanitaria⁴¹ vivida desde el 2020 tuvo impacto sobre la actividad de inspección de la Administración Tributaria, sobre todo en el momento de impedirse las visitas presenciales. Así, en el 2021, el Plan Anual de Control Tributario prevé importantes novedades impulsando el utilizo de nuevas tecnologías para luchar contra al fraude fiscal. Concretamente se trata de recurrir en ámbito investigativo tributario a la inteligencia artificial, a la minería de datos y al *Big Data*⁴² (una herramienta de análisis masivos de datos). A través de estos medios la Administración Tributaria pretende investigar aquellas personas físicas que aparentan ser residentes fiscales fuera del territorio español. El *Big Data* reforzaría, así, el control de los patrimonios deslocalizados.

⁴¹ El comercio electrónico puede considerarse otra motivación a la base de las decisiones del Plan Anual de Control Tributario del 2021. En este sector lo que se pretende es un acceso a las plataformas de comercio electrónico para la identificación de los contribuyentes que, no estando domiciliados en España, realicen el hecho imponible del IVA a consumidores finales en nuestro territorio.

⁴² El objetivo del *Big Data* es crear valor recabando información y poniéndola en relación entre ella. De esta manera se puede entender que es lo que sucede, el porque y lo que va a suceder. Las técnicas utilizadas por ello son la Analítica Descriptiva, la Analítica Predictiva y la Analítica Prescriptiva.

Nuestro estudio pretende explicar el funcionamiento de esta nueva estrategia tributaria e investigar si el uso de datos masivos y no estructurados puede conllevar un conflicto entre el deber de contribución ex art. 31 de la Constitución Española y el derecho a la intimidad de los sujetos afectados. Valoraremos el impacto que pueda tener el uso de los datos presentes en las redes sociales sobre los obligados tributarios⁴³.

3.1. El principio de explicabilidad algorítmica

La inteligencia artificial resulta cada vez más importante para la Administración Tributaria en su lucha al fraude fiscal, aunque no cuenta con un marco normativo adecuado. Dichos sistemas tecnológicos se basan en algoritmos de Machine Learning, que en seguida vamos a explicar.

El principio de explicabilidad al cual nos referimos se define también principio de transparencia y nace en el ámbito de la ética algorítmica⁴⁴. Según este principio todas las actuaciones en las cuales interviene la inteligencia artificial deben ser transparentes y las decisiones tomadas deberán poderse explicar a los sujetos afectados. Se considera, así, elemento *sine qua non* para la toma de decisiones sobre la base de un algoritmo. El mismo Parlamento Europeo en el 2017 se refiere a la necesidad del empleo del principio de transparencia cada vez que se decida sobre una cuestión a través de estos medios. Es fundamental que la persona pueda entender los algoritmos utilizados. Al mismo tiempo la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial prevista por el Gobierno español habla en el 2020 de una << regulación ética y social >> cuyo fin sería poder explicar los sistemas en cuestión a las personas afectadas. En la Carta de Derechos Digital, también, se indica la necesidad de asegurar transparencia y explicabilidad cada vez que se recurra a sistemas de inteligencia artificial.

⁴³ A través de estos instrumentos tecnológicos, la Administración Tributaria puede llegar a tomar decisiones automatizadas que lesionarían la posición jurídico-sustantiva de los contribuyentes.

⁴⁴ Esta disciplina estudia los efectos positivos y negativos de la utilización de la inteligencia artificial en la vida de las personas físicas. Efectivamente la ética de la inteligencia artificial analiza los problemas éticos derivados del desarrollo, despliegue y utilización de la inteligencia artificial misma.

Los principios éticos, que se fijan en los derechos fundamentales son cuatro: respeto de la autonomía humana; prevención del daño; equidad; explicabilidad. Consecuentemente el respeto de la ética es fundamental para la creación de una inteligencia artificial fiable.

De especial importancia en relación a la inteligencia artificial, además de los documentos anteriormente indicados, son las Directrices Éticas para una inteligencia artificial fiable, redactadas por un Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre inteligencia artificial, el cual es creado en junio 2018 por la Comisión Europea. En este texto, el principio de explicabilidad se identifica como uno de los cuatro principios éticos básicos para un uso fiable de la inteligencia artificial. Por tanto, solo en un contexto en el cual funcione la explicabilidad los ciudadanos podrán confiar en el recurso a los sistemas informáticos por parte de las Administraciones Públicas. Se incide, así, sobre la conexión entre explicabilidad y transparencia y la necesidad de una comunicación eficaz de las decisiones automatizadas y de los procedimientos que a ellas han llevado. Solo de esta forma, el sujeto afectado se encuentra en la posibilidad de impugnar adecuadamente un de las decisiones en cuestión. Sin embargo, en las Directrices se afirma que a veces estamos frente a la imposibilidad de explicar como se llegó a una determinada decisión o porque se generó un determinado resultado a través de la inteligencia artificial. En estos casos estaríamos en presencia de los que se llaman algoritmos de caja negra⁴⁵, naciendo así la necesidad de adopción de otras medidas conexas con la explicabilidad⁴⁶ y en el respeto de los derechos fundamentales, como por ejemplo la trazabilidad, la auditabilidad y la comunicación transparente. Con la intención de aportar ejemplos de algoritmos de caja negra, podemos citar Google y su motor de búsqueda⁴⁷, Instagram⁴⁸ o Netflix⁴⁹. Estamos refiriéndonos a páginas webs utilizadas diariamente por millones de usuarios a nivel mundial.

Tenemos que hacer una rápida especificación en relación a los conceptos de transparencia algorítmica y explicabilidad algorítmica. Aunque se utilicen a veces de manera indistinta, en la

⁴⁵ Con algoritmo de caja negra se entiende, por tanto, un sistema donde el usuario no se encuentra en la posibilidad de conocer el funcionamiento interno de un algoritmo. Este sistema genera polémicas sobretudo por la falta de transparencia que lo caracteriza, no obstante sus creadores hablan de un sistema basado en la seguridad y en la privacidad. Se evitarían, así, filtraciones de datos y competencia desleal. El aspecto positivo del algoritmo de caja negra residiría en su continua adaptabilidad a la rapidez de la evolución tecnológica.

⁴⁶ El grado de necesidad de explicabilidad depende del contexto y la gravedad de las consecuencias que de un determinado resultado deriven.

⁴⁷ Los usuarios pueden saber que algunos factores inciden en el posicionamiento web, sin embargo nadie conoce todos los factores que influyen así como el funcionamiento concreto de los algoritmos.

⁴⁸ Su algoritmo incide sobre las publicaciones que se muestran a sus usuarios así como la frecuencia de las mismas.

⁴⁹ Es una importante plataforma de películas y series que se ha puesto de moda en los últimos años y que se basa en unos algoritmos desconocidos que recogen los comportamientos de los usuarios, analizándolos y transformándolos en recomendaciones para ellos.

ciencia computacional no coinciden. La transparencia algorítmica se refiere únicamente al funcionamiento técnico del algoritmo y a las reglas de esto, prescindiendo de los datos utilizados por el algoritmo durante su proceso de aprendizaje. Al mismo tiempo se obvia del modelo de aprendizaje seguido. La publicidad de la transparencia algorítmica se refiere, por tanto, solo al conjunto de reglas en que consiste el algoritmo, sin aplicarse a los datos utilizados en su entrenamiento o al modelo aprendido. El concepto de explicabilidad algorítmica es más amplio. En este sentido se pretende conocer no solo el funcionamiento técnico del algoritmo, así como ocurre con la transparencia algorítmica, sino también aquellos datos que se utilizan en el proceso de entrenamiento y el modelo de aprendizaje seguido⁵⁰. Con la explicabilidad se persigue una comprensión de la toma de decisiones automatizadas, o sea como el modelo ha llegado a ellas, a través de la identificación de cada una de las componentes que le caracterizan. Este concepto resulta, por tanto, complejo y necesita la concurrencia de dos elementos, cuales la completitud (*completeness*) y la interpretabilidad. El primero se refiere a una explicación del modelo suficientemente profunda mientras que el segundo atiende a la capacidad de presentar el modelo con términos que sean comprensibles para el ser humano, hasta el punto de poder predecir el resultado de un algoritmo concreto. En función al grado de interpretabilidad, podremos distinguir entre modelos de alta interpretabilidad y modelos de baja interpretabilidad, también denominados de caja negra.

3.1.1. Marco normativo español

En la normativa tributaria española, artículo de referencia es el art. 96 de la Ley 58/2003 que en su apartado 4 habla de << programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades >> (Art. 96.4 LGT). Aunque no se nombren expresamente técnicas algorítmicas, esta es la norma más próxima a ellas. Así mismo en los artículos 84 y 85 del Real Decreto 1065/2007 se trata de las actuaciones automatizadas pero de forma restringida, o sea cuando

⁵⁰ La fase de aprendizaje es fundamental en los procedimientos de inteligencia artificial y en ella se realiza un entrenamiento del algoritmo con un cierto número de ejemplos, con el fin de ir reconociendo y almacenando patrones asociados a estos ejemplos concretos. Este mecanismo sirve para que el algoritmo reconozca en futuro patrones distintos a los que detectó en los ejemplos anteriores. De aquí deriva la importancia de conocer los datos utilizados durante el entrenamiento, de momento que el algoritmo funcionará de manera diferente según los datos con los que se entrenó.

<<no hay intervención humana>>. Efectivamente en el apartado 2 de dicho art. 85 se podría encontrar la previsión de una necesidad de publicidad algorítmica, aunque parezca limitada. Primariamente la publicidad concedida haría referencia solo y exclusivamente a las consultas en la pagina web de la Administración tributaria. En segundo lugar la publicidad no se prevería para cualquier aplicación informática⁵¹, sino para los sistemas algorítmicos de decisión⁵² dejando al margen los de soporte a la decisión⁵³. La normativa tributaria, por tanto, acogería un concepto limitado de decisiones automatizadas, refiriéndose solo a las que se toman exclusivamente a través de medios tecnológicos sin la intervención del ser humano en ninguna fase del procedimiento. Esta idea encuentra respaldo jurídico, además, en el art. 41.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Publico, que dando una definición de actuación administrativa automatizada, indica que

<< Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público >> (Art. 41.1 Ley 40/2015).

Si nos paramos a analizar el texto del art. 170.7 del Reglamento General 1065/2007 encontramos otro limite, puesto que dicha norma excluye del ámbito de obligatoriedad de la publicidad a las aplicaciones informáticas de tratamiento de información y de selección de contribuyentes utilizadas en procedimientos investigativos. Se identificaría, por tanto, un carácter reservado de los sistemas de selección de los obligados tributarios, excluyéndose cualquier comunicación en relación al mismo. Concluyendo, del análisis conjunto de las normas arriba indicadas se entiende que la obligación de publicidad de los algoritmos es limitada en ámbito tributario. En el marco normativo interno se excluye, entonces, la publicidad de aquellas decisiones automatizadas⁵⁴ dedicadas al tratamientos de datos en el

⁵¹ Resultaría aplicable exclusivamente al tratamiento de datos cuyo resultado sea utilizado por la Administración tributaria en ejercicio de sus potestades, determinado de manera directa el contenido de las actuaciones administrativas.

⁵² Automated decision systems

⁵³ Support decision systems

⁵⁴ Con decisión automatizada entendemos cualquier decisión tomada a través del utilizo de medios tecnológicos sin la intervención del ser humano en ninguna de las fases del procedimiento. Efectivamente en la Ley de Régimen Jurídico del Sector publico (Ley 40/2015)

ámbito de una inspección tributaria, sea de información o de selección de los contribuyentes sometidos al procedimiento de inspección. Se puede deducir, así, que en la normativa tributaria no se encuentra una fuerte base normativa que fundamente la publicidad de las características técnicas de los sistemas de inteligencia artificial utilizado. Si en ámbito tributario estamos frente a un vacío legal en materia, tampoco en el derecho administrativo, como derecho supletorio, se encuentran normas de interés para la publicidad de los algoritmos utilizados en fase investigativa. La aplicación del principio de explicabilidad algorítmica encuentra, por tanto, en el sistema español su mayor obstáculo en la falta de una base jurídica apropiada⁵⁵ dejando sin garantías a los obligados tributarios. Sin embargo hay que tener en cuenta las palabras de Gamero Casado que afirma que << el hecho de que no exista un régimen especialmente centrado en regular esta forma de tomar las decisiones administrativas no supone, en absoluto, que queden al margen del Derecho >> (Gamero 2021). Según este autor todas decisiones automatizadas basadas en algoritmos deben motivarse como obligación del proceso debido, en referencia al art. 35 de la Ley 39/2015.

3.1.2. Perspectiva internacional

Si en la normativa interna el principal problema es la falta de una legislación de respaldo a la publicidad de los algoritmos, a nivel internacional tampoco nos encontramos una base jurídica fuerte que sustente el principio de explicabilidad. Sin embargo, interesante para nuestra investigación es el Convenio 108+ del Consejo de Europa⁵⁶, que actualizando el anterior Convenio 108 regula la protección de datos de carácter personal. Aunque no regule expresamente el utilizo de la inteligencia artificial por parte de las Administraciones Publicas, se recoge el principio de publicidad aplicado a las decisiones automatizadas.

Mirando al ámbito europeo, varios son los Estados que han previsto una explicabilidad de las decisiones automatizadas, con diferencia respecto a lo que ocurre en España. Destacan en este sentido Francia y Hungría.

⁵⁵ Justificación jurídica de la publicidad de los sistemas algorítmicos en la toma de decisiones se encuentra en la normativa laboral más reciente.

⁵⁶ Este Convenio es jurídicamente vinculante para España puesto que se ratificó por nuestro País.

a) Francia

La Ley por una república digital (LOI n. 2016- 1321) , también conocida como Loi Lemair, regulando la relación entre los particulares y la Administración, introduce en el sistema jurídico francés el principio de explicabilidad de las decisiones automatizadas. En primer lugar, se obliga a los organismos públicos a avisar explícitamente a los usuarios que la decisión se está adoptando a través de la inteligencia artificial. Secundariamente la Administración deberá informar al sujeto interesado del grado y modo de los algoritmos utilizados así como de los datos tratados. La normativa francesa se refiere, por tanto, no solo a la transparencia de los algoritmos sino también a su explicabilidad. Por último destaca la previsión de un deber de publicar en línea las reglas generales y las normas que regulan el recurso a la inteligencia digital en el tratamiento de datos personales. El ordenamiento jurídico francés resulta, entonces, completo en materia garantizando la inteligibilidad de las decisiones totalmente automatizadas⁵⁷ al igual que de las que constituyen un apoyo a la decisión final⁵⁸. En el sistema francés las reglas del algoritmo además de ser explicables, deberán ser conocidas en todo momento.

b) Hungría

En el caso de Hungría no estamos frente a una normativa expresamente emanada para la regulación del uso de la inteligencia artificial. Sin embargo en la norma que traspone el RGDP en este País, se prevé la posibilidad para la persona afectada de pedir explicaciones sobre la metodología de adopción de la decisión. Esta deberá adoptarse sobre la base de una ponderación y deberá contener la indicación de los métodos y criterios utilizado para llegar a la decisión automatizada.

Fuera de la Unión Europea ejemplos interesantes se encuentran en los sistemas jurídicos de Reino Unido, Nueva Zelanda o Canadá. La Data Protection Act de Reino Unido, normativa en materia de protección de datos, regula el derecho a no ser objeto de decisiones totalmente automatizadas así como el derecho a una explicación de estas. Los ciudadanos británicos,

⁵⁷ Automated Decision System

⁵⁸ Decision Support Systems

además, ven reconocido su derecho a conocer la lógica subyacente a la decisión automatizada que se tome. En Nueva Zelanda la Algorithm Charter for New Zealand del 2020, aprueba una regulación del uso de algoritmos por parte de la Administración Pública. En virtud del principio de transparencia se deberá explicar de manera clara el funcionamiento del algoritmo utilizado, en inglés sencillo, y se pondrá a disposición del interesado la información sobre los datos y los procesos. Así mismo se indicará como se recogen, protegen y almacenan los datos utilizados. Terminando, se cita el caso de Canadá que regula las decisiones automatizadas en la Directive on Automated Decision- Making del 2019. En ella se prevé la indicación de una clasificación sobre los métodos de inteligencia artificial utilizados en función del riesgo que suponen para los derechos fundamentales de las personas.

A la luz de lo que se prevé en los sistemas jurídicos de los Países analizados, que podrían tomarse de ejemplo, sería conveniente implantar también en España un sistema basado en la publicidad y explicabilidad de los algoritmos, informando a los usuarios sobre los procedimientos adoptados para llegar a las decisiones automatizadas. El trámite de información a los ciudadanos es necesario para el respeto de sus derechos fundamentales, así como indicó en el 2020 el Tribunal del Haya. En un asunto contra el Gobierno holandés, dicho Tribunal le condenó por ser el sistema algorítmico utilizado contrario al art. 8.2 CEDH alegando como motivos la falta de indicación de los algoritmos utilizados en el modelo de riesgo así como la no información sobre el método de análisis de riesgo⁵⁹.

3.2. El papel de las redes sociales en los procedimientos tributarios

Hemos visto como la Administración Tributaria está invirtiendo en las nuevas tecnologías y en programas informáticos con el fin de luchar al fraude fiscal y conseguir el pago de las obligaciones con el Fisco. La intención es de trabajar con datos masivos y no estructurados. En este sentido vamos a investigar el uso de los datos presentes en las Redes Sociales y el impacto que esto puede tener sobre los derechos reconocidos en el art. 18.4 de la Constitución Española. Es la misma Agencia Tributaria que, a través de informes y contratos públicos de

⁵⁹ El Gobierno holandés se excusó que los ciudadanos hubieran cambiado su actitud al ser informados sobre los métodos y los algoritmos utilizados.

licitación de sistemas informáticos, afirma el recurso al *Big Data* para el desarrollo de su actividad.

Debemos indicar que el recurso a macrodatos no es nuevo en el sistema fiscal, así como indica la doctrina. Efectivamente ya en el art. 93 de la Ley 58/2003 se regula el suministro de ingentes cantidades de datos a favor de la Administración Tributaria, y esto con carácter previo a la llegada de Internet. La diferencia estaría en que anteriormente se trataban datos estructurados⁶⁰, mientras que ahora con el *Big Data* estamos en presencia de datos semiestructurados o no estructurados. Ejemplos serían la economía digital o las Redes Sociales. En su Resolución del 2018, la Agencia Estatal de Administración Tributaria indicó el desarrollo de << nuevos modelos de detección de fraude basados tanto en técnicas analíticas como en el análisis de redes mediante técnicas de *Big Data* >> (Sección I, Prevención del fraude. Información y asistencia). El recurso al *Big Data* aumentaría, por tanto, la calidad de las informaciones y de los procedimientos de investigación⁶¹. A través de este sistema la Agencia Tributaria llega estudiar el entorno familiar y societario del ciudadano para perseguir el fin del art. 31 de la Constitución Española. Todo esto serviría a la Agencia Tributaria de base justificativa para la imposición de sanciones a aquellos contribuyentes que estarían incumpliendo con sus obligaciones.

Si nos interrogamos sobre la limitación, legitimidad y transparencia del uso de los macrodatos, la misma Administración Tributaria indica que el tratamiento de ellos deberá realizarse conforme a las reglas de protección de datos, garantizando la seguridad de los accesos.

Centrándonos concretamente en las Redes Sociales, estas, ya en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2015, se indicaban entre las varias herramientas a disposición del Fisco (art. 4). No obstante esta previsión no existe ninguna norma de rango legal que abarque completamente una investigación basada en los datos contenidos en las Redes Sociales. El texto del art. 142 de la Ley 58/2003 resulta demasiado amplio, tanto da crear inseguridad jurídica, al hablar de << cualquier otro antecedente o información que deba facilitarse >>. Sería

⁶⁰ Se entienden por datos estructurados los que están contenidos en tablas y que se tratan a partir de una puesta en relación de ellas.

⁶¹ Con el uso de los macrodatos España se conformaría con la tendencia internacional del High Net Worth Individual.

conveniente que el legislador se planteara una actualización de la la Ley General Tributaria regulando y legitimando el uso de los datos presentes en el mundo virtual.

3.2.1. Derecho a la intimidad, *Big Data* y Redes Sociales

Afirmado el uso del *Big data* y de las Redes Sociales por parte de la Agencia Tributaria Española en los procedimientos investigativos, se tiene que valorar el impacto que esto pueda tener sobre el derecho a la intimidad y protección de datos de los contribuyentes. Recordamos que el art. 93 de la Ley 58/2003 establece que la trascendencia tributaria de los datos << no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atenta contra el honor o la intimidad personal y familiar >>. ¿Qué pasa entonces con los datos recabados a través de las Redes Sociales, los cuales se utilizan además para comprobar el entorno familiar y societario del contribuyente?

Como anteriormente se indicó, el *Big Data* se utiliza para obtener informaciones sobre aquellos sujetos sospechosos de haber deslocalizado sus patrimonios fuera de España aun siendo residentes en este País. Para explicar mejor el fenómeno aportamos algunos ejemplos concretos de los últimos años. Los primeros casos de una actividad tecnológica para rastrear a las personas ricas que fijan en el extranjero su residencia a fines fiscales se dieron con los Youtubers. Algunos de los más populares de ellos fijaron su residencia en Andorra, donde notoriamente los impuestos son menores y a raíz de las declaraciones en líneas de ellos mismos empezó la actividad investigadora de la Agencia Tributaria basada en macrodatos. Caso interesante es el de la cantante Shakira, que según averiguaciones tributarias habría pasado más de 184 días en España en el periodo 2011/2014 sin efectuar las declaraciones IRPF de los años impositivos correspondientes⁶². Efectivamente en este caso, para llegar a dicha conclusión se investigaron las Redes Sociales de la cantante colombiana, para obtener datos masivos y no estructurados, como imágenes o videos. Claramente lo que se valora no es el contenido de la foto en si, sino el lugar desde donde se subió esta, con el fin de acreditar donde se encuentra físicamente la persona en el momento exacto. De aquí las dudas sobre

⁶² El mismo periódico el País tuvo acceso a los expedientes tributarios violando la privacidad de la interesada, puesto que no se prevé legalmente la posibilidad de ceder a los medios de comunicación las informaciones reservadas de carácter tributario.

una posible infracción del derecho a la intimidad a través del uso del *Big Data*. Considerando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, aunque la persona al subir un contenido a las Redes Sociales lo hace público, esto no justifica una intromisión en su esfera íntima. Según la línea del tribunal existe una zona que, aunque manifestada en un contexto público, debe considerarse como vida privada y el uso activo de las Redes Sociales no se debe considerar como una renuncia al derecho a la intimidad de la persona. Al mismo tiempo el problema se presenta también porque la Administración no hace uso de metadatos solamente para investigar los contenidos públicos de las redes sociales, sino que recurre a software especializados para rastrear el comportamiento del investigado, de aquí una fuerte violación al derecho a la intimidad.

Las nuevas perspectivas de investigación en el ámbito tributario a través del *Big Data* carecen, como anteriormente indicado, de una previsión legal específica, así que solo a través de un juicio de proporcionalidad⁶³ se podrá valorar si en un procedimiento concreto la actividad de la Administración Tributaria es acorde o no a derecho.

Al mismo tiempo es el legislador que debería marcar las pautas de una investigación basada en los macrodatos, indicando los supuestos en los que procede, la metodología a seguir y los límites. Aunque a través de las Redes Sociales se pudieran averiguar conductas fraudulentas de los contribuyentes, los poderes públicos siempre tendrán que respetar los principios básicos del estado de derecho.

Concluyendo nuestra investigación sobre el *Big Data* en el ámbito tributario, los datos relevantes podrían ser recabados por la Administración Tributaria a través de las nuevas técnicas tecnológicas cuando se cumplen los requisitos formales y materiales que justifiquen esta actividad. Sin embargo no se puede perder de vista la necesidad de una normativa específica en materia, puesto que estamos hablando de una intromisión en la vida privada de una persona. Cuando se recaban datos íntimos de una persona, aunque en el caso de estar a disposición de un gran público a través de las Redes Sociales, no nos podemos olvidar de la tutela constitucional (art. 18 CE) e internacional (art. 8 CEDH) de la que estos gozan.

⁶³ Recordamos que el juicio de proporcionalidad se basa en tres criterios: idoneidad, necesidad y equilibrio.

4. Conclusiones

El punto de partida de esta investigación ha sido el estudio de la nueva normativa tributaria y los fines que esta persigue. Con la introducción en el 2015 en el ordenamiento jurídico español del art. 95 bis de la Ley General Tributaria se pretende aumentar la lucha al fraude fiscal que desde hace tiempo atañe al nuestro País. Si el objetivo principal del legislador ha sido incrementar el cumplimiento de las obligaciones a la contribución del ciudadanos españoles, no podemos olvidarnos del impacto que esta medida puede tener sobre los derechos consagrados en el art. 18.4 de la Constitución Española. El iter seguido en este trabajo ha sido fundamental para valorar hasta que punto se puedan sacrificar unos derechos fundamentales individuales para lograr la garantía de un derecho de dimensión colectiva. Como hemos visto los derechos a la intimidad, al honor y a la protección de datos encuentran su tutela también a nivel internacional y de esto no se puede prescindir.

Aunque la finalidad indicada por el legislador en el Preámbulo, en su Apartado II, sería solamente preventiva y educativa, valoramos la existencia de rasgos represivos de la medida. La publicación de un listado de deudores tributarios, con una identificación personal de estos y de sus deudas, puede identificarse también como un castigo y no solo como la creación de una conciencia ciudadana al pago de los tributos. En este trabajo, por tanto, se adhiere a la opinión del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, que consideran la nueva norma en su aspecto de gravamen. Nos alejamos de la postura de la Agencia Española de Protección de Datos, en el momento que afirma la no lesividad del art. 95bis por el simple hecho de prever la publicación de datos limitados de aquellos sujetos cuyas conductas sean reprochables.

En relación a la eficacia de la medida consideramos que con ella no consigue el fin perseguido por el legislador, puesto que algunos deudores no podrían cumplir igualmente con sus deudas no obstante una identificación pública. De esto son prueba los estudios realizados por el Profesor Olivares que indican un cambio irrelevante en las conductas de los contribuyentes. El listado del art. 95 bis de la Ley General Tributaria se debe considerar, entonces, como ineficaz en relación a sus fines y dañino para el derecho al honor de los sujetos afectados.

Para afirmar la conformidad a derecho de la nueva norma, se ha investigado el respeto del principio de proporcionalidad en sus vertientes de idoneidad, necesidad y equilibrio. Se ha

llegado a la conclusión que los tres juicios no se cumplen siendo necesario buscar una medida menos gravosa para luchar contra el fraude fiscal. Detectamos la falta de imperativo que permita sacrificar el derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de los contribuyentes. No se individúa, por tanto, un equilibrio entre los intereses en juego, sacrificándose desproporcionadamente unos respecto al otro.

Frente a una posible lesión de los derechos del art. 18.4 de la Constitución Española, el legislador prevé como posible solución el derecho al olvido. Sin embargo, tampoco el olvido parece ser una manera idónea de evitar el perjuicio creado. Efectivamente, aunque a los tres meses desde la publicación el listado desaparecerá de la página web de la Agencia Tributaria, nadie impide una circulación del mismo en páginas no oficiales y que, por tanto, tampoco respetarán los requisitos impuesto a la Administración Pública para la divulgación. Indicamos, así, la necesidad de una normativa en materia que evite de manera eficaz la circulación en línea de dichos datos para evitar la lesión del honor a nivel personal y profesional del deudor, al igual que una herramienta que proteja establemente la protección de datos en poder de la Administración Tributaria.

La cuestión de extrema importancia ha llegado a la mesa del Tribunal Supremo, el cual declara su interés casacional y por tanto deberá pronunciarse sobre la afectación al honor de los interesados a causa del art. 95 bis. Esperamos con positividad la jurisprudencia que se creará en materia, la cual podría conllevar una abolición de la norma o su modificación.

Posibles soluciones al problema planteado podrían llegar desde los ordenamientos jurídicos de aquellos Países que al igual que España han recurrido a la técnica del *naming and shaming*. Subrayando como, a diferencia de lo indicado por el legislador español en la Exposición de Motivos de la ley de reforma, Alemania y Finlandia siguen tutelando el secreto tributario sin prever una medida coincidente con el art. 95 bis. Importante es la referencia a Portugal, del cual deberíamos adoptar el criterio temporal y la flexibilidad del listado de que se trata. De Reino Unido se debería importar la sistemática prevista, o sea la publicación solamente de aquellos sujetos considerados infractores y que por tanto estén sujetos a una sanción o una condena firme.

En la última parte de este trabajo se han presentado las nuevas herramientas tecnológicas utilizadas por la Administración Tributaria en sus procedimientos investigativos. Nos referimos especialmente al *Big Data* y a las Redes Sociales. Aunque el fin se identifica en el

conseguimiento de informaciones de aquellos sujetos que deslocalizan sus patrimonios fuera de España e incumplen con sus obligaciones tributarias, se tiene que tener en cuenta el derecho a la intimidad de estos. Después de una explicación en relación a los algoritmos hemos llegado a la conclusión de una falta de legislación en materia dentro del ordenamiento español. Es necesario prever la transparencia y la explicabilidad algorítmica, con el fin que los ciudadanos puedan conocer la metodología utilizada, los datos tratados y el funcionamiento de los algoritmos en los cuales se basa la decisión automatizada. Para ello se podrían tener en cuenta, entre otros, el sistema francés, que resulta pionero en materia. Al igual consideramos como una lesión al derecho a la intimidad de los contribuyentes el recurso a las Redes Sociales para obtener datos no estructurados sobre ellos. Estamos frente a datos relacionados con la vida privada de una persona y por tanto no se considera ajustado a derecho la falta de una normativa específica en materia. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideramos que aunque el sujeto publique en línea aspectos de su vida personal, nunca se puede exceder del límite a la intromisión a la vida privada. El simple hecho de colgar en las Redes Sociales una imagen o un video no expresa una renuncia al derecho a la intimidad. Además incidimos en el hecho que la Administración Tributaria no se basa en su investigación solo en las publicaciones, sino a través de sistemas de localización identifica el lugar en el que estaba el sujeto a la hora de colgar en red el contenido. Consideramos este tipo de actividad como una intromisión en la vida privada y digna de condena, necesitando una reforma de la legislación interior y una normativa específica en materia.

Concluimos que, a la luz de todo lo que se ha analizado a lo largo de nuestro trabajo de investigación, se puede plantear una lesión y un sacrificio no proporcionado de los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos de los contribuyentes. Reclamamos una previsión legal más incisiva de tutela de dichos derechos frente al fin de la lucha al fraude fiscal. Aunque la finalidad perseguida por la Administración Tributaria y el legislador en el 2015 es digna de respeto al mismo tiempo no podemos olvidarnos de los derechos en cuestión y del amparo constitucional de los cuales estos gozan. Se seguirá debatiendo sobre el tema, seguramente, en estos años con la esperanza de llegar a un equilibrio entre la tutela del derecho ex art. 31 de la Constitución Española y los que se garantizan en su art. 18.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

AGENCIA ESPAÑOLA PROTECCIÓN DE DATOS. Septiembre 2014. 2014-0372 [consultado el 7 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2014-0372.pdf>

AGENCIA TRIBUTARIA . *Agencia Tributaria* . [En línea] [Citado el: 8 de abril de 2022.] [https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/todas-noticias/diciembre/Publicacion del listado de deudores a la Hacienda Publica.html](https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/todas-noticias/diciembre/Publicacion%20del%20listado%20de%20deudores%20a%20la%20Hacienda%20Publica.html)

AVERASTURI GORRIÑO, U. <<La lista de deudores tributarios en la reforma de la Ley general tributaria. ¿Una cuestión de transparencia?>>. En IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política, n. 24, 2017.

CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS: CIAT. Disponible en: <https://www.ciat.org/>

COMISION EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE REDES DE COMUNICACIÓN, CONTENIDO Y TECNOLOGIAS. <<Directrices Éticas para una inteligencia artificial fiable>>. *Oficina de Publicaciones*, 2019. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078>

DORADO FERRER, X. <<Redes sociales, metadatos y derecho a la intimidad en los procedimientos tributarios>>. *Quincena Fiscal*. 2021, (12), 91–103. ISSN 1132-8576.

LA MONCLOA. 01/02/2021. <<La Agencia Tributaria reforzará con "Big Data" el control de españoles que simulan residir en el extranjero>>[Prensa/Actualidad/Hacienda y Función Pública]. *La Moncloa. Home* [online][consultado el 11 de abril de 2022]. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Paginas/2021/010221-aeat_bigdata.aspx

OLIVER CUELLO, R. <<Big data e inteligencia artificial en la Administración tributaria>>. *IDP. Revista de Internet Derecho y Política* [online]. 2021, (33). ISSN 1699-8154 [consultado el 10 de mayo 2022]. Disponible en: doi:10.7238/idp.v0i33.381275

MACIEJEWSKI, MARIUSZ. 2021. Parlamento Europeo. Europarl.europa.eu. [En línea] 2021. [Citado el: 7 de abril de 2022.] <https://www.europarl.europa.eu/portal/es>.

MUGA RODRÍGUEZ, M. << Data analytics: así pagaras impuestos en el futuro>>. *Legaltoday*. 28 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/fiscal-y-legal/blog-fiscalidad-internacional/data-analytics-asi-pagaras-impuestos-en-el-futuro-2019-02-28/>

OLIVARES OLIVARES, B. << El artículo 95 bis de la Ley General Tributaria y el derecho a la protección de datos personales>>, 187-197. En INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, N.13, 2016.

OLIVARES OLIVARES, B. <<La eficacia del listado de incumplidores relevantes a la Hacienda Pública >>, 85-97. En REVISTA D'INTERNET, DRET I POLITICA, n. 28, Febrero 2019. ISSN 1699-8154

OLIVARES OLIVARES, B. << La modificación del comportamiento del contribuyente a través de la divulgación de su identidad en el listado de incumplidores relevantes>>, 91-130. En CRONICA TRIBUTARIA, n. 178/2021.

PEREZ BERNABEU, B. << El principio de explicabilidad algorítmica en la normativa tributaria española: hacia un derecho a la explicación individual >>. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*. 2021, (192), 143–178. ISSN 0210-8453.

REUTERS. www.reuters.com. [En línea] <https://www.reuters.com>

SOLER ROCH, M. T. <<.Deberes tributarios y derechos humanos >> 30, s.l. : Asociacion Española de Asesores Fiscales , 1995, Técnica tributaria , pág. 101. 0214-6010.

Legislación citada

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007. Disponible en: https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/252783-carta-derechos-fundamentales-de-la-union-europea.html

Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 2012/C 326/01, versión consolidada. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

Constitución Española. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/12/13/15/con>

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de 2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1982/05/05/1/con>

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>

Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las practicas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación de juego. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11473>

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Publico. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/12/21/1720/con>

Orden HFP/1202/2021, de 4 de noviembre, por la que se determina la fecha de publicación y los correspondientes ficheros y registros del listado comprensivo de los deudores a la Hacienda Publica y responsables solidarios por deudas o sanciones tributarias que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 95 bis de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General tributaria, en aplicación de lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 11/2021, de 9 de julio. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-18165

Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las Autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-14380>

Codigo de buenas practicas tributarias. 2010. agencia tributaria . *agencia tributaria* . [En línea] 20 de julio de 2010. [Citado el: 9 de abril de 2022.] <https://www.agenciatributaria.es>

Abgabenordnung. Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/

Commissioners for Revenue and Customs Act de 2005. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/11/contents>

Lei Geral Tributaria. Disponible en:
https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/pages/lei-geral-tributaria-indice.aspx

Loi n. 2016- 1321, du octobre 2016, pour une République numérique. Disponible en:
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746>

Jurisprudencia referenciada

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 9 de noviembre de 2010, Volker, C- 92/09, EU:C:2010:662

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA). Sentencia de 13 de marzo de 2014, Google Spain y Google, C-131/2012, EU:C:2014:317

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 28 de febrero 2003, n. 14/2003, ES:TC:2003:14

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 30 de junio de 2003, n. 212/2003, ES:TC:2003:212A

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 10 de mayo de 2005, n. 120/2005. ES:TC:2005:120

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 24 de febrero de 2020, n. 28/2020, ES:TC:2020:28

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO. Auto del 27 de mayo de 2021, n. 5225/2020, ES:TS:2021:6976A

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe al Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-la-Ley-de-modificacion-parcial-de-la-Ley-58-2003--de-17-de-diciembre--General-Tributaria>

CONSEJO DE ESTADO. Dictamen de 9 de abril de 2015, n. 130/2015. Disponible en: <https://www.fiscal-impuestos.com/files-fiscal/ley-general-tributaria-dictamen-consejo-de-estado.pdf>

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Informe de 25 de septiembre de 2014, 2014-0372. Disponible en: https://www.aepd.es/es/informes-y-resoluciones/informes-juridicos?search_api_fulltext=2014-0372

Listado de abreviaturas

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AO	Abgabenordnung (Ley General Tributaria Alemana)
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
	CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas
LGT	Ley General Tributaria
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LOPDGDD	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Anexo A. Eficacia del listado de deudores tributarios

TABLA 1 (OLIVARES 2021,pag. 105)

Evolución del listado de deudores relevantes entre 2015 y 2019

Deudores						
	Numero	Entran	%1	Salen	%2	+ (%)
						-
2015	345					
2016	336	20	5,90	29	8,40	- 9 (2,50)
2017	338	52	15,38	50	14,88	+2 (0,40)
2018	337	53	15,72	54	15,97	- 1 (0,40)
2019	310	56	18,06	83	24,62	- 27 (0,40)
Total		181	34,94	216	41,69	+ 35 (6,75)

1% = Porcentaje sobre el total de la edición

2% = Porcentaje sobre el total de la edición previa

+ = Entran más que salen

_ = Salen más que entran

TABLA 2 (OLIVARES 2021,pag. 106)

Evolución del mantenimiento, incremento, reducción y liquidación de la deuda

	2016		2017		2018		2019	
Estado de la deuda	N	(%)	N	(%)	N	(%)	N	(%)
La pagan	29	8,41	50	14,88	54	15,93	83	24,34
Se incrementa	50	14,49	58	17,21	55	16,22	144	42,23
No varia	147	42,61	93	27,60	1	0,29	0	0,00
Disminuye	119	34,49	136	40,05	229	67,55	113	33,14

N = Numero

% = Porcentaje calculado sobre el total de deudores de la edición anterior del listado

TABLA 3 (OLIVARES 2021,pag. 106)

Evolución de la reducción de la deuda

	Tramo en el que se reduce la deuda										
	0% - 4,99%			5%-9,99%		10%-14,99%		15%-19,99%		Más del 20%	
	N	%	(%)	N	%	N	%	N	%	N	% (%)
2016	113	32,75	(76,35)	4	1,16	0	0,00	0	0,00	31	8,99(20,94)
2017	116	34,42	(62,36)	8	2,37	4	1,19	1	0,30	57	16,91 (30,64)
2018	116	34,22	(60,10)	10	2,95	3	0,88	1	0,29	63	18,58 (32,64)
2019	72	21,11	(44,17)	4	1,17	0	0,00	0	0,00	87	25,51 (53,37)

N = Numero de infractores que reducen su deuda en cada tramo

% = Porcentaje calculado sobre el total de deudores de la edición anterior del listado

(%) = Porcentaje calculado sobre el total de quienes reducen la deuda en el ejercicio

TABLA 4 (OLIVARES 2021, pag. 107)

Deudores por rango de la cuantía de la deuda y evolución del abandono del listado

Numero de las ediciones en las que aparecen en listado 2					
Rango de la deuda	Una N(%)1	Dos N(%)1	Tres N(%)1	Cuatro N(%)1	Total
[1.000.000, 1.500.000]	26(57,77%)	39(72,22%)	29(65,90%)	35(57,37%)	129
[1.500.000, 2.000.000]	8(17,77%)	7(12,96%)	8(18,18%)	9(14,75%)	32
[2.000.000, 2.500.000]	4(8,88%)	6(11,11%)	4(9,09%)	5(8,19%)	19
[2.500.000, 3.000.000]	1(2,22%)	0(0%)	0(0%)	7(11,47%)	8
[3.000.000, 4.000.000]	1(2,22%)	2(3,70%)	1(2,72%)	3(4,91%)	7
[4.000.000, 5.000.000]	2(4,44%)	0(0%)	0(0%)	2(3,27%)	4
Más de 5.000.000	3(6,66%)	1(1,80%)	2(4,54%)	0(0%)	6
Total	45	55	44	61	205

N = Numero de deudores

(%) = Tanto por cien sobre el total

FIGURA 1 (OLIVARES 2021,pag. 105)

Numero de ediciones que necesitan los deudores para dejar de serlo

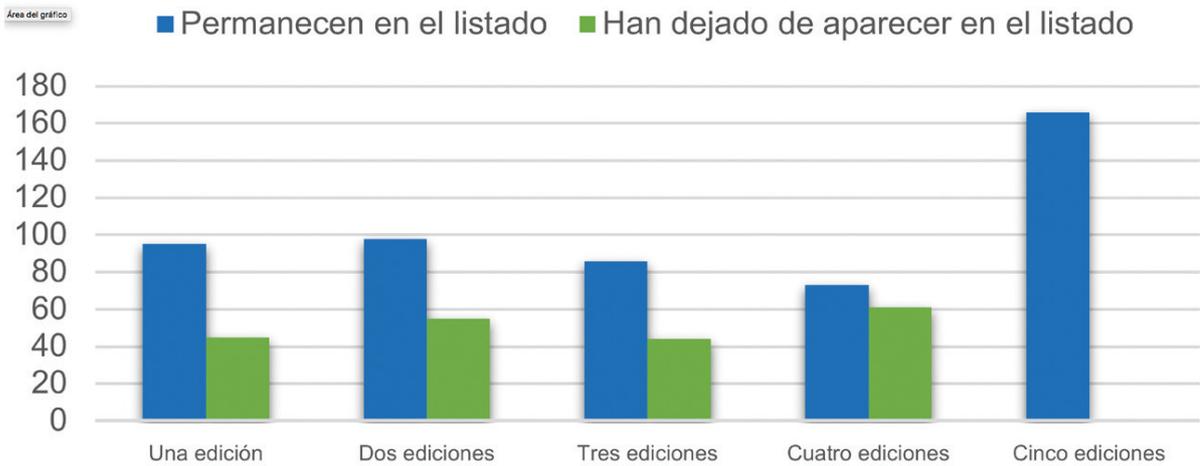


FIGURA 2 (OLIVARE 2021,pag. 108)

Numero de deudores por tramo de deuda y probabilidad de pago asociada

