



I

La consulta plantea si resulta conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, la publicación en la página web de la Corporación consultante de los datos contenidos en el “fichero de facturas”, remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

II

Como cuestión previa, es preciso poner de manifiesto que el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 15/1999 establece en su párrafo primero que “la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”, siendo dato de carácter personal, conforme al artículo 3 a) “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

Por este motivo, el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica aclara que “este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas” y el artículo 2.3 añade que “los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal”.

A tal efecto, deberá tenerse en cuenta el criterio sustentado por esta Agencia en relación con lo establecido en el artículo 2.3 del Reglamento de desarrollo y contenido en el informe de 18 de febrero de 2008, reiteradamente reproducido por otros posteriores. El apartado II del citado informe señalaba lo siguiente:

“A la vista de lo que se ha venido indicando cabe considerar que los datos referidos a los empresarios individuales y que aparecen exclusivamente ligados a su actividad comercial o mercantil, o que identifican, aún con su nombre y apellidos un determinado establecimiento o la marca de un determinado producto o servicio, como consecuencia de la existencia de una libre decisión empresarial adoptada en este sentido, no se encuentran sometidos a la protección



conferida por la Ley Orgánica 15/1999. Este es el criterio recogido por el artículo 2.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

Al propio tiempo, el tratamiento ha de llevarse a cabo en el ámbito empresarial. Quiere ello decir que a los efectos del tratamiento de los datos, la finalidad perseguida por quien trata el dato es la de recabar y mantener información sobre la empresa y no sobre el comerciante que la ha constituido.

Así, el tratamiento de los datos del empresario individual, con las limitaciones que se han venido señalando, para mantener una relación comercial con el mismo, podría encontrarse amparado por el artículo 2.3 del Reglamento, en conexión con las normas de la Ley Orgánica 15/1999 que se han venido indicando.

Sin embargo, no podrá considerarse amparado por el precepto, y en consecuencia excluido de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, el tratamiento de los datos del comerciante llevado a cabo no con la finalidad de mantener una relación empresarial con el establecimiento u organización que el mismo hubiera creado, sino para conocer la información del propio sujeto organizado en forma de empresa, siendo el destinatario del tratamiento no la empresa sino el propio empresario en tanto, por ejemplo, que consumidor individual.

En consecuencia, de lo que ha venido indicándose cabrá extraer dos conclusiones determinantes del alcance de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Reglamento:

- *Cabrá considerar que la legislación de protección de datos no es aplicable en los supuestos en los que los datos del comerciante sometidos a tratamiento hacen referencia únicamente al mismo en su condición de comerciante, industrial o naviero; es decir, a su actividad empresarial.*
- *Al propio tiempo, el uso de los datos deberá quedar limitado a las actividades empresariales; es decir, el sujeto respecto del que pretende llevarse a cabo el tratamiento es la empresa constituida por el comerciante industrial o naviero y no el empresario mismo que la hubiese constituido. Si la utilización de dichos datos se produjera en relación con un ámbito distinto quedaría plenamente sometida a las disposiciones de la Ley Orgánica.”*

A su vez, es preciso tener en cuenta que la Audiencia Nacional ha venido fijando un criterio diferenciador que resulta sumamente relevante en



relación con la aplicación de este precepto, y que diferencia a los empresarios individuales de aquellos profesionales que no organizan su actividad en forma de empresa. Así, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, referida aún a un supuesto en que resultaba aplicable la Ley Orgánica 5/1992 considera que procede la imposición de la sanción por la publicación de datos identificativos de arquitectos por cuanto “aquellos datos se refieren a profesionales que no ejercen su actividad bajo forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciante a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio”, añadiendo que “puesto que la demandante afirma que el desarrollo de la actividad profesional en una economía de mercado, donde deben imperar los principios de publicidad y transparencia, exige o presupone la voluntaria aceptación por los afectados de la sustracción de sus datos del círculo protegido jurídicamente por la intimidad, conviene dejar precisado que los datos personales cuyo tratamiento y cesión in consentidos se imputan a la demandante en el caso que ahora nos ocupa no son datos relacionados con actos concretos de ejercicio de la actividad profesional, pues no aparecen puestos en relación con proyectos u obras determinadas ni con relaciones contractuales singularizadas sino que son, sencillamente, listados de datos personales correspondientes a profesionales de la Arquitectura”.

En el mismo sentido, la sentencia de 11 de febrero de 2004, referida al tratamiento del número telefónico profesional del denunciante, señala que “en el caso examinado el dato del afectado, aunque se refiera al lugar de ejercicio de su profesión, es un dato de una persona física con una actividad profesional, cuya protección cae en la órbita de la Ley Orgánica 15/1999 de tanta cita, como viene declarando esta Sala reiteradamente. En efecto, los datos personales son predicables de todos los ciudadanos, sin que pueda excluirse de dicha previsión los relativos a aquellos que realizan una actividad profesional, pues el ejercicio de esta actividad no puede ser equiparado a estos efectos a la de una empresa, como parece mantener la parte recurrente”.

Esta línea jurisprudencial se confirmó posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007, que desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2002, ya citada, en la que se señala que “para que el planteamiento de la parte resultara determinante de la exclusión sería preciso acreditar que la intervención en el mercado se produce como persona jurídica, haciendo uso de las distintas posibilidades que el ordenamiento establece al efecto (Sociedad, Empresa,...) y que los datos en cuestión vienen referidos a dicha persona jurídica, que no es el caso”.

De este modo, si los datos contenidos en la relación de contratistas se refieren a personas físicas o a profesionales no organizados en forma de empresa, como podría suceder en el caso de determinados profesionales autónomos con los que se hubiera firmado un contrato de consultoría y asistencia o de servicios, o si dichos datos exceden de los estrictamente relacionados con la condición de comerciante, industrial o naviero del



empresario individual, nos encontraríamos ante datos de carácter personal sometidos al régimen de la Ley Orgánica 15/1999.

III

Hecha la anterior aclaración, conforme dispone el artículo 3.1 del Real Decreto-Ley 4/2012 “las entidades locales deberán remitir, por vía telemática y con firma electrónica, al órgano competente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con fecha límite el día 15 de marzo de 2012, una relación certificada de todas las obligaciones pendientes de pago que reúnan los requisitos establecidos en el artículo anterior y comprensiva de la siguiente información:

- a) Identificación del contratista que incluirá el código o número de identificación fiscal, denominación social y su domicilio social.
- b) Importe del principal de la obligación pendiente de pago, impuesto sobre el valor añadido o impuesto general indirecto canario incluido en su caso, sin inclusión de intereses, costas judiciales o cualesquiera otros gastos accesorios.
- c) Fecha de entrada en el registro administrativo de la factura, factura rectificativa en su caso, o solicitud de pago equivalente anterior al 1 de enero de 2012.
- d) Expresión de si se ha instado por el contratista la exigibilidad ante los Tribunales de Justicia antes de 1 de enero de 2012”.

A su vez, conforme se indica en la consulta, la publicación a la que la misma se refiere se realizaría “a los efectos de lo previsto” en el artículo 4 del mencionado Real Decreto-Ley. Dicho precepto establece en su apartado 1 que “las entidades locales permitirán a los contratistas consultar su inclusión, en la relación certificada remitida de acuerdo con el artículo 3 y en caso de estar incluidos podrán conocer la información que les afecte con respeto a la normativa de protección de datos de carácter personal”.

La finalidad de dicha previsión se encuentra en lo dispuesto en el artículo 4.1, toda vez que “los contratistas que no consten en la relación certificada remitida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3, podrán solicitar a la entidad local deudora la emisión de un certificado individual”, disponiendo el artículo 4.5 que “el Presidente de la entidad local dictará las instrucciones necesarias para garantizar la atención a los contratistas en sus solicitudes, la pronta emisión de los certificados individuales y el acceso a la información remitida”.



El artículo 5 especifica a su vez el efecto de la expedición, dado que “la expedición tanto de las relaciones certificadas como de los certificados individuales conllevará la contabilización de las obligaciones pendientes de pago, en caso de no estarlo, sin que esto suponga responsabilidad del interventor en los términos previstos en el artículo 188 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales”. Por ello, conforme al artículo 6 “el incumplimiento por parte de los funcionarios competentes de las obligaciones de expedición de certificaciones y comunicaciones previstas en los artículos 3 y 4, tendrán la consideración de faltas muy graves en los términos previstos en el artículo 95 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

IV

Desde el punto de vista de la aplicación de las normas reguladoras del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, la publicación a la que se refiere la consulta supondría una cesión o comunicación de los datos referidos a los contratistas a quienes pudiesen acceder al sitio web, debiendo tal cesión ser conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo

En particular, el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone en su apartado 1 que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, si bien será igualmente posible la cesión en los supuestos contemplados en el artículo 11.2, cuyo apartado a) legitima la cesión si la misma se encuentra amparada por una norma con rango de Ley.

Como se ha indicado, la consultante considera que la publicación de los datos se realizará a los efectos previstos en el artículo 4 del real decreto-Ley 4/2012, lo que plantearía si dicho precepto puede considerarse norma legitimadora de la cesión, habida cuenta que la misma gozaría de rango suficiente a los efectos previstos en el citado artículo 11.2 a).

No obstante, como se ha indicado con anterioridad, el artículo 4.1 del Real decreto Ley no establece un deber de publicación de la relación prevista en el artículo 3, sino que por parte de las entidades locales se adopten medidas que permitan a los contratistas “consultar su inclusión, en la relación certificada remitida de acuerdo con el artículo 3 y en caso de estar incluidos podrán conocer la información que les afecte”, indicando asimismo que dichas medidas deberán adoptarse “con respeto a la normativa de protección de datos de carácter personal”.



Como se ha indicado, la finalidad de la norma consiste en posibilitar al contratista conocer si la obligación pendiente de pago de la que es beneficiario ha sido efectivamente remitida al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y si la información facilitada se corresponde con la realidad, garantizándose que dicha obligación se incluya entre aquéllas que podrán ser objeto de las medidas especiales a las que se refiere el propio Real Decreto Ley y que garanticen el pago de la misma. De este modo, en caso de no aparecer en la relación, el contratista podrá requerir de la Corporación la certificación a la que el propio artículo 4 se refiere, con el fin de poder gozar del beneficio derivado de la citada inclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto Ley.

Pues bien, teniendo en cuenta la finalidad que acaba de describirse y el propio tenor de los preceptos a los que se ha hecho referencia no es posible considerar que la cesión universal de los datos que implica su publicidad pueda encontrarse amparada por el artículo 4 del Real Decreto Ley, que únicamente habilita el conocimiento por cada uno de los contratista de la información que estrictamente les afecta y, ni siquiera en estos supuestos, de la información que afectase a terceros. Por ello no cabría entender amparada dicha publicación en lo dispuesto en el ya mencionado artículo 11.2 a) de la Ley orgánica 15/1999.

V

Dicho lo anterior, debe tenerse sin embargo en cuenta que el catálogo de supuestos legitimadores del tratamiento se ha visto ampliado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, por la que se resuelven las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en los recursos interpuestos contra el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. A su vez, el marco se ve igualmente afectado por las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fecha 8 de febrero de 2012, por las que se resuelven los mencionados recursos.

La Sentencia del Tribunal de Justicia ha declarado expresamente el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, según el cual “Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”. Por ello, dicho precepto deberá ser tomado directamente en cuenta en la aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal por los Estados Miembros, y en consecuencia por esta Agencia Española de Protección de Datos, dado que como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2012 “produce efectos jurídicos inmediatos sin necesidad de normas



nacionales para su aplicación, y que por ello puede hacerse valer ante las autoridades administrativas y judiciales cuando se observe su trasgresión”.

Tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su apartado 38, el artículo 7 f) de la Directiva “establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado” y, en relación con la citada ponderación, el apartado 40 recuerda que la misma “dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado”.

Por este motivo, la sentencia señala en su apartado 46 que los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a la Directiva 95/46, deberán “procurar basarse en una interpretación de ésta que les permita garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos y libertades fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, por lo, conforme a su apartado 47 que “nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación”.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabría plantar si en el presente supuesto la publicidad de la información referente a las obligaciones pendientes de pago de los contratistas y su conocimiento por cualquier tercero podría entenderse amparada en un interés legítimo de quienes accediesen a la información que pudiera prevalecer sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal del propio contratista cuyos datos son publicados.

VI

Podría en este sentido invocarse que el acceso a la información por el público en general garantiza el principio de transparencia en la actuación e los poderes públicos, al darse conocimiento a la situación financiera de la entidades locales y el cumplimiento por las mismas de sus obligaciones, prevaleciendo ese interés sobre el derecho de los contratistas acreedores de la entidad local.

Sin embargo, esta cuestión ha sido ya analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 9 de noviembre de 2010 (asunto Volker und Markus Schecke), en que se lleva a cabo un juicio de ponderación entre el deber general de transparencia al que se viene haciendo



referencia y los derechos de los interesados personas físicas cuyos datos son objeto de publicación por la Administración Pública (tratándose en el supuesto analizado de datos sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía –FEAGA- y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural –Feader-).

La sentencia dedica a esta cuestión los apartados 72 y siguientes, analizando, según el primero de ellos, “si la limitación de los derechos consagrados por los artículos 7 y 8 de la Carta (de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) es proporcionada a la finalidad legítima perseguida” con la publicación de las ayudas recibidas con indicación de los beneficiarios de las mismas.

En este sentido, aclara en el apartado 79 que “si bien es cierto que, en una sociedad democrática, los contribuyentes tienen derecho a ser informados de la utilización de los fondos públicos (sentencia Österreichischer Rundfunk y otros, antes citada, apartado 85), no es menos cierto que para ponderar equilibradamente los diversos intereses en conflicto se requería que, antes de adoptar las disposiciones cuya validez es objeto de controversia, las instituciones competentes verificasen si la publicación, en un sitio web único por Estado miembro y de consulta libre, de los datos nominales de todos los beneficiarios afectados y de los importes específicos procedentes del FEAGA y del Feader percibidos por cada uno de ellos –y ello sin establecer diferencias en función de la duración de las ayudas percibidas, de su frecuencia, o del tipo o magnitud de las mismas– no iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos, en especial habida cuenta de que tal publicación lesionaba los derechos reconocidos por los artículos 7 y 8 de la Carta, aclarando en el apartado 80 que “por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del Feader, no parece que el Consejo y la Comisión hayan intentado ponderar equilibradamente, por un lado, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de su actuación y la utilización óptima de los fondos públicos y, por otro, los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8”.

Así, en el apartado 85 añade la sentencia que “es preciso recordar que, antes de divulgar información sobre una persona física, las instituciones están obligadas a poner en la balanza, por una parte, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de sus acciones y, por otra, la lesión de los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la carta. Ahora bien, no cabe atribuir una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal (véase en este sentido la sentencia Comisión/Bavarian Lager, antes citada, apartados 75 a 79), ni siquiera aunque estén en juego intereses económicos importantes. Ello conduce al Tribunal a la conclusión de que “procede declarar inválidos el artículo 44 bis del Reglamento núm. 1290/2005 y el Reglamento núm. 259/2008 en la medida en que obligan, por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del Feader, a publicar datos de



carácter personal de todos los beneficiarios, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales dichas personas han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas”.

En el supuesto ahora analizado, a diferencia del planteado en la sentencia, el legislador sí ha establecido los criterios que deben regir la ponderación entre el principio de transparencia y el derecho fundamental a la protección de datos, entendiendo que el logro de dicha transparencia no precisa de la publicación exhaustiva en Internet de la lista de contratistas acreedores de las entidades locales, y mucho menos la referente al desglose de las facturas emitidas, sino que dicha información puede revestir igual relevancia si las cifras constan de forma agregada, siempre que se garantice el derecho del acreedor a comprobar su efectiva inclusión en la lista.

Este objetivo no empece que los datos puedan encontrarse disponibles a través de Internet, pero será preciso que el acceso a la información se establezca de tal manera que se garantice, por una parte, que la información pueda ser consultada por el contratista interesado y, por otra, que no se encuentre libremente disponible para terceros distintos de aquél.

Tal objetivo podrá lograrse mediante el establecimiento de una zona de acceso restringido en el sitio web de la Corporación, de forma que únicamente el interesado, mediante la inclusión de determinados datos que en principio sean de su exclusivo conocimiento, pueda conocer si se encuentra efectivamente en el listado remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y los detalles relacionados con las obligaciones contraídas con la Corporación. Así, por ejemplo, podría establecerse como requisito para el acceso a la información la inclusión del NIF o CIF del contratista unido a otro u otros datos obrantes en la relación, tales como el número de factura o el importe de la misma, teniendo en cuenta que tampoco cabría considerar que la inclusión exclusiva del NIF o el CIF garantiza plenamente una confidencialidad en el acceso a los datos.

VII

Por todo ello, se considera que la publicación en Internet de los datos contenidos en el denominado por la consultante “fichero de facturas” referidos a quienes no tengan la condición de personas jurídica o se refieran a comerciantes, industriales o navieros el ámbito exclusivo de su actividad empresarial, de forma que la información sea libremente accesible por cualquier persona implica una cesión de datos que no encuentra amparo, sin el consentimiento del interesado, ni en el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 ni en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE. De este modo, la inclusión de estos datos en Internet únicamente sería posible si el acceso quedase limitado



al propio interesado mediante la inclusión previa de varios datos que sólo él pudiera, en principio, conocer.