

La consulta plantea si resulta conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, la creación de lo que denomina un “fichero de popularidad”, con datos obtenidos de fuentes accesibles al público tales como Boletines Oficiales o medios de comunicación. Según señala un proceso informático rastreará diariamente las publicaciones de fuentes accesibles al público para obtener información relativa a personas físicas y jurídicas allí publicadas y asignará una puntuación en función de la naturaleza de la publicación encontrada. Dicha puntuación se sumará a la puntuación que previamente tenga esa persona en el fichero. Este proceso se realiza online sin almacenar nada más que la puntuación almacenada junto al identificador.

I

Para dar respuesta a la presente consulta, debe recordarse en primer lugar el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, cuyos artículos 1 y 2 extienden su protección a los derechos de los ciudadanos en lo que se refiere al tratamiento de sus datos de carácter personal, siendo definidos éstos en el artículo 3.a) de la citada Ley como *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.”*

En consecuencia las personas jurídicas no gozan de las garantías establecidas por la Ley Orgánica 15/1999. Así se establece expresamente en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que en su artículo 2.2 dispone que *“Este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas”*

El aludido reglamento, dispone igualmente en su artículo 2.3, en relación con los empresarios individuales que *“Asimismo, 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.”* Debe aquí hacerse referencia a la interpretación que esta Agencia ha realizado en sus informes respecto al alcance de este precepto, en los que se concluye lo siguiente:



“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.”

Ahora bien, no cabe aplicar la exclusión contenida en el aludido artículo 2.3 a los profesionales autónomos. Como esta Agencia ha venido manifestando reiteradamente, existe una diferencia entre aquéllos y el empresario individual, de forma que los profesionales autónomos sólo quedarían excluidos de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 en caso de que los mismos organicen su actividad en forma de empresa.

En este sentido se pronunciaba ya la Resolución de 27 de febrero de 2001, en el que se señalaba que a los profesionales les sería aplicable la Ley Orgánica 15/1999 *“cuando no tuvieran organizada su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciante (es el caso de los profesionales liberales cuyas actividades están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Básica 3/1993 por su artículo 6).”*

Es éste también el criterio de la Audiencia Nacional que en sentencia de 21 de noviembre de 2002 considera aplicable la normativa de protección de datos vigente en el momento a profesionales liberales indicando que “aquellos datos se refieren a profesionales que no ejercen su actividad bajo forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciantes a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio.”

Por consiguiente, la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999 no comprende a las personas jurídicas, ni tampoco a los empresarios individuales cuando los tratamientos se refieran a ellos en su condición de comerciante, industrial o naviero, pero sí se extiende a los restantes supuestos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que la exclusión contenida en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, referida a los



empresarios individuales, dejará de ser efectiva el 25 de mayo de 2018, fecha será aplicable el 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), norma que sustituirá la vigente normativa nacional de protección de datos y que no exceptúa de su protección a los empresarios individuales.

II

Fuera de los supuestos antes señalados excluidos, en la forma vista, de la protección de la Ley Orgánica 15/1999, debe determinarse si el tratamiento de datos personales objeto de consulta es conforme a dicha norma. Para ello debe tomarse en consideración, en primer lugar, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en esta materia que configura el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo, diferenciado del derecho fundamental a la intimidad. Señala así en su Sentencia 292/2000 lo siguiente:

“De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.



La aludida Sentencia 292/2000 determina, asimismo, el contenido del derecho a la protección de datos personales señalando en su fundamento jurídico 7:

“De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.”

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, al regular dicho derecho establece en su artículo 1 que *“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los*

derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.”

Para que un tratamiento de datos de carácter personal sea conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 15/999 es preciso que el responsable del mismo dé cumplimiento a las obligaciones y garantías que tal norma establece. De ellas interesa destacar aquí la relativa a la legitimación para efectuar tal tratamiento de datos. Dispone a este respecto el artículo 6 de dicha Ley lo siguiente:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Debe aquí señalarse que el último inciso del artículo 6.2 es trasunto de lo establecido en el artículo 7.f de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos 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*”.

Debe así tenerse en cuenta que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, en la que declara expresamente el efecto directo de lo dispuesto en el artículo 7.f de la Directiva 95/46/CE, recuerda en su apartado 38 que 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”.

Cabe así recordar que del Grupo de Trabajo del artículo 29, órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE, señalaba en su Dictamen 3/99 relativo a la Información del sector público y la protección de datos personales que “El legislador, cuando desea que un dato se vuelva accesible al público no considera sin embargo que haya de convertirse en res nullius. Tal es la filosofía del conjunto de nuestras legislaciones. El carácter público de un dato de carácter personal, resulte de una normativa o de la voluntad de la propia persona a la que alude el dato, no priva, ipso facto y para siempre, a dicha persona de la protección que le garantiza la ley en virtud de los principios fundamentales de defensa de la identidad humana.”

De este modo, será preciso examinar en primer lugar si el tratamiento de los datos es necesario para la satisfacción de un interés legítimo. Para determinar que debe entenderse por interés legítimo cabe acudir a lo señalado por el aludido Grupo de Trabajo del artículo 29, que en su Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE manifestaba al respecto que “El concepto de «interés» está estrechamente relacionado con el concepto de «finalidad» mencionado en el artículo 6 de la Directiva, aunque se trata de conceptos diferentes. En términos de protección de datos, «finalidad» es la razón específica por la que se tratan los datos: el objetivo o la intención del tratamiento de los datos. Un interés, por otro lado, se refiere a una mayor implicación que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o al beneficio que el responsable del tratamiento obtenga —o que la sociedad pueda obtener— del tratamiento.

(...) Un interés debe estar articulado con la claridad suficiente para permitir que la prueba de sopesamiento se lleve a cabo en contraposición a los intereses y los derechos fundamentales del interesado. Además, el interés en



juego debe también ser «perseguido por el responsable del tratamiento». Esto exige un interés real y actual, que se corresponda con actividades presentes o beneficios que se esperen en un futuro muy próximo. En otras palabras, los intereses que sean demasiado vagos o especulativos no serán suficientes.”

Siguiendo tal criterio, cabe indicar que en lo se refiere al presente caso se desconoce el interés último perseguido por el consultante, sin que quepa considerar que la valoración que se efectúa de las personas por sí misma y con la única finalidad declarada de otorgarle una “popularidad” al afectado por el tratamiento de datos pueda entenderse como un interés legítimo.

Pero, además, el tratamiento a que se refiere el presente supuesto, consistente en una recogida de información que comporta un seguimiento de las personas mediante un rastreo diario de lo publicado en fuentes accesibles al público y la atribución de una valoración de “popularidad” a tales informaciones, constituye una restricción injustificada de derecho a la privacidad de los afectados por el mismo, amplificando tal tratamiento una publicidad cuyo objeto es muy diferente al de obtener popularidad y que ni siquiera es buscada por el interesado, en tanto que su aparición en fuentes accesibles al público tiene su origen en dar cumplimiento a exigencias legales o, en su caso, al amparo de la libertad de información.

Cabe así tener en cuenta la reciente sentencia 363/2017 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que señala lo siguiente “ Que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya “subido” una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación.”

Dicha conclusión es igualmente aplicable al caso presente, de modo que la circunstancia de que determinados datos relativos a las personas figuren en fuentes accesibles al público con las finalidades propias de cada una de ellas, no implica que tales personas sean “populares” ni mucho menos que tal



publicación habilite su inclusión en un fichero de “popularidad” que ni responde a la finalidad para la que los datos fueron hechos públicos ni a las expectativas de los titulares de tales datos que, por otra parte, no han manifestado su voluntad de formar parte del mismo.

Por consiguiente, debe concluirse que el tratamiento de datos pretendido en la consulta no se encuentra amparado en lo previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, por lo que tal tratamiento solamente sería posible si se obtuviera el consentimiento de los afectados por el mismo.