

**Audiencia Nacional. Sentencia de 29-03-2006. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera. Clase y naturaleza de los datos tratados. Finalidad incompatible.**

La AN desestima el recurso.

Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil seis.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo número 348/2004, interpuesto por la representación procesal del COLEGIO OFICIAL DE AGENTES COMERCIALES DE "LOCALIDAD X", el Procurador ..... contra la resolución de la APD que desestima el recurso de reposición frente a la anterior resolución de la misma Agencia de Protección de Datos de 12 de febrero de 2004 que le imponía a dicha entidad recurrente una multa de 60.101,21 euros. Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 16 de junio de 2004, acordándose por providencia de 23 de octubre siguiente su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/98, y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno tal parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 29 de septiembre de 2004, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se declarara la nulidad de las resoluciones impugnadas, indicando que por la recurrente no se cometió infracción alguna, y condenando en todo caso á la Agencia Española de Protección de Datos al pago de las costas causadas.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 12 de noviembre de 2004, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso y se confirmara la resolución administrativa impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a tal parte recurrente.

**CUARTO.-** Acordado el recibimiento del recurso a prueba mediante Auto de 16 de noviembre de 2004, se practicó la documental propuesta y admitida, con el resultado que figura en las actuaciones. No considerándose necesaria la celebración de vista pública, y tampoco el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

**QUINTO.-** Se señaló para votación y fallo de este recurso el día 28 de marzo de 2006, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada ....., quien expresa el parecer de la Sala.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de la Agencia de Protección de Datos de 2 de abril de 2004 que desestima el recurso de reposición interpuesto por el Colegio Oficial de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X", contra la resolución de la misma Agencia de Protección de Datos de 12 de febrero de 2004 que le imponía una multa de 60.101,21 euros, por vulnerar lo dispuesto en el Art. 4, apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada norma

Como hechos probados en las resoluciones combatidas, se declaran los siguientes:

*PRIMERO. D. MLA se encuentra dado de alta como colegiado en el Colegio de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X".*

*SEGUNDO. El Colegio de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X" entregó a la empresa "ENTIDAD A" dos listados de etiquetas de sus colegiados para que realizara dos envíos. Dichos envíos fueron franqueados el AA/AA/AAAA y facturados el BB/BB/BBBB. Una de las facturas se giró por "ENTIDAD A" al Colegio de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X" para el franqueo de 505 envíos, y la otra se expidió a JTD por el franqueo de un total de 502 envíos.*

*TERCERO. "ENTIDAD A" ha manifestado que el envío de las cartas solicitando el voto a favor de D. JTD se lo encargó el Colegio de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X" y de acuerdo con las indicaciones del citado colegio fue facturado por D. JTD.*

*CUARTO. El Colegio de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X" ha aportado en la fase de prueba del procedimiento el contenido de los citados envíos, consistentes uno en un escrito comunicando a los colegiados el nuevo domicilio del Colegio además de contener información sobre el proceso electoral en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de "LOCALIDAD X" y otro, en un escrito en el que se solicita el voto a favor de D. JTD en las elecciones a la Cámara Oficial de Comercio e Industria de "LOCALIDAD X".*

*QUINTO. El denunciante recibió en su domicilio dos sobres con fecha de franqueo de AA/AA/AAAA. Ambos con el sello de la empresa "ENTIDAD A", y con idénticas etiquetas adhesivas con el nombre y apellidos del denunciante y con el domicilio "Calle A", "Código Postal C", "LOCALIDAD A". Uno de ellos llevaba impreso, además, el sello del Colegio de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X", y el otro contenía en su interior el escrito en que se solicitaba el voto a favor de D. JTD.*

*SEXTO. D. MLA manifestó al Colegio, expresamente y por escrito, su negativa a que sus datos fueran cedidos a la Caja de Ahorros de "LOCALIDAD X". Asimismo el denunciante en escrito de fecha de entrada en esta Agencia de 22/09/2003 ha manifestado que en su día informó al Colegio de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X" su negativa a recibir información que no fuera estrictamente profesional.*

*SÉPTIMO. En el Censo público de empresas expuesto en la sede de la cámara con motivo de la convocatoria de las elecciones fueron expuestos los siguientes datos del denunciante: LA,M; "Calle A"; "Código Postal C", "LOCALIDAD C".*

**SEGUNDO.** La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en las siguientes consideraciones:

El denunciante es un profesional que actúa *como* agente comercial, y para ello se encuentra dado de alta en el Colegio de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X", que tiene entre sus funciones su representación y defensa de sus intereses profesionales.

A tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, el derecho fundamental a la protección de datos tiene sus límites, precisamente, en la necesidad de su tratamiento para fines legítimamente previstos, como es la representación y defensa de los intereses de sus miembros por parte de un Colegio Profesional. El Colegio se ha limitado a cumplir con las funciones que tiene atribuidas, ya que ha remitido a un colegiado información que afecta de manera directa a su profesión, cual es la presentación de una candidatura ante un órgano que representa a sus intereses profesionales: la Cámara Oficial de Comercio e Industria de "LOCALIDAD X".

La oposición que el repetido denunciante expresó a recibir información, se limitó exclusivamente a aquella que la Caja de Ahorros de "LOCALIDAD X" pudiera remitirle como consecuencia del Convenio firmado con el Colegio, sin que ello suponga que esté revocando su consentimiento para el tratamiento de sus datos para cualquier otra finalidad.

Recibir información de índole profesional no es una cuestión que requiera el consentimiento del afectado, sino que, por el contrario, la actora estaría incumpliendo sus funciones e infringiendo los Estatutos, si no enviara dicha información puntualmente. Como Corporación de derecho público que es, y según el Art. 4 del Reglamento de Régimen Interior del Colegio Oficial de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X" al mismo le corresponde la representación, coordinación, gestión y defensa de los intereses profesionales de todos sus inscritos, cualquiera que sea la naturaleza y clase de contrato que les vincule con su mandante. La remisión de la carta en cuestión, no vulnera el derecho fundamental a la protección de datos pues se trata de datos que han sido tratados para finalidades propias del Colegio, máxime cuando la participación en las elecciones esta limitada a quienes profesionalmente pertenecen a ella.

El carácter mercantil del Agente no ofrece dudas, a la vista de la Ley 12/1992, de 27 de mayo. Asimismo corresponden al Colegio Profesional de Agentes Comerciales las funciones que figuran en el Art. 28 del Reglamento de Régimen Interior, entre ellas, ' ) *Cuanto otras funciones reducen en beneficio de los intereses profesionales de los colegiados*".

Debe entenderse, contrariamente a la resolución, que el derecho al voto a que se refiere la información remitida por la actora nada tiene que ver con el derecho de sufragio activo que reconoce el Art. 23 de la Constitución, pues este voto a las elecciones camerales sólo puede ser ejercido por los miembros de una Corporación de derecho público y por tanto está vetado al resto de los ciudadanos.

Se consideran también vulnerados el principio de culpabilidad, el principio de presunción de inocencia y la vigencia del principio de proporcionalidad. Se solicita, por ultimo, que se utilice la potestad que se contempla en el artículo 45.5 de la LOPD.

**TERCERO.** Se plantea en primer término en el litigio el problema de la aplicación o no de la normativa sobre protección de datos a aquellos supuestos en que los datos se refieran a personas físicas, pero que lleven a cabo una actividad mercantil o profesional.

Para resolver tal cuestión es imprescindible recordar algunas de las consideraciones de la STC 292/2000, de 30 de noviembre que establece que (FJ 6º) *el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona sino a cualquier tipo de datos personales sean 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 esta el Art. 18. 1 GE, 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 constituye una amenaza para el individuo.*

Y añade la misma sentencia del Tribunal Constitucional que (F J 7º) *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. 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.*

No puede concluirse por tanto, tal y como hace notar el Abogado del Estado en la contestación, que los empresarios individuales Y profesionales estén en su conjunto excluidos del ámbito de protección de la LOPD, sino que se hace necesario diferenciar (y la línea divisoria es confusa y difusa) cuando un dato del empresario o profesional se refiere a la vida privada de la persona Y cuando a la empresa o profesión, pues solo en el primer caso cabe aplicar la protección de la LO 15/1999. Labor de diferenciación a la que cabe aplicar dos criterios distintos y complementarios:

Uno, el criterio objetivo de la clase y la naturaleza de los datos tratados, según estén en conexión y se refieran a una esfera (la íntima y personal) o a otra ( la profesional) de la actividad. Otro, el de la finalidad del tratamiento y circunstancias en que éste se desarrolla, criterio éste que operaría en aquellos casos en que alguno de los datos profesionales coincida con los particulares ( por Ej. coincidencia de domicilio privado con el de la empresa, o cuando no se pueda acreditar si una deuda es de la empresa o si es personal del interesado).

Acorde con dicha doctrina y haciendo hincapié en que la LOPD tiene por objeto garantizar y proteger los datos personales entendiendo por tales, ex artículo 3.a) de dicha Ley *"cualquier información concerniente a persona física identificadas o identificables"* esta Sala ha considerado en ocasiones anteriores en que se ha planteado la misma

controversia, que dicha Ley (si bien referida a la LORTAD, pero extensible a la actual) sí amparaba los datos personales de los profesionales del mercado de la construcción (arquitectos) en la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Rec. 881/2000, argumentando que *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*. Y también en la sentencia de 25 de junio de 2003, Rec. 1099/2000, consideramos incluidos en el ámbito protector de la Ley los datos personales de particulares que actuaban como promotores en la construcción de su propia vivienda.

En nuestra sentencia de 1 de febrero de 2004 ( Rec. 119/2002) además, y ya bajo la vigencia de la actual LOPD, hemos entendido que el dato del afectado, aunque se refería al, lugar de ejercicio de su profesión ( un despacho de abogados) era un dato de 'una persona física con una actividad profesional cuya protección caía en al orbita de la Ley Orgánica 15/1999 *"pues los datos personales son predicables d todos los ciudadanos, sin que pueda excluirse de dicha previsión los relativos a aquellos que realizan una profesión pues el ejercicio de esta actividad no puede ser equiparado a estos efectos a la de una empresa, como parece mantener el recurrente"*.

Aplicando lo hasta aquí razonado al supuesto de autos resulta que el afectado que en cuanto Agente Comercial de "LOCALIDAD X" y por ende en el desarrollo de su actividad profesional se ve afectado por el tratamiento de sus datos personales ( nombre completo y domicilio particular) por parte de Colegio Oficial de "LOCALIDAD X", también ha de considerarse incluido en el ámbito de aplicación de la LOPD toda vez que tal tratamiento, no se refiere exclusivamente a la actividad profesional concreta y específica de dicho afectado, ni es necesario para el desarrollo de la misma, sino que se vincula a un derecho personal del afectado, como es la libertad de elección y voto de sus representantes en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de "LOCALIDAD X". En definitiva, se han tratado datos en el ámbito profesional del afectado, pero que también afectan a la esfera particular del mismo en cuanto identifican Y permiten la identificación de su persona y cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a uno de los derechos inherentes a su persona cual es la elección de un represen ante de sus intereses profesionales.

**CUARTO.** Determinados que el tratamiento de datos analizado cae dentro del ámbito de aplicación de la LOPD se trata ahora de resolver si la utilización de sus ficheros por parte', de dicho Colegio Oficial, para remitir un escrito solicitando el voto de los colegiados para un determinado candidato en las elecciones de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de "LOCALIDAD X", es encuadrable dentro de la actividad propia de los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales ( Art. 11 del Real Decreto 3595/1997 por el que se aprueba el Estatuto General y Art. 28 del Reglamento de Régimen Interior del Colegio Oficial de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X" tal y como considera la demanda.

O si por el contrario, como entiende la Administración, la utilización de los datos personales del afectado para solicitar el voto a favor de un candidato a tales elecciones de la Cámara Oficial implica una utilización distinta e incompatible con el motivo en virtud del cual la entidad actora tuvo acceso al dato utilizado y por tanto vulneradora de lo previsto en el Art. 4.2 de la LOPD.

El artículo 4.2 de tal LOPO, cuya infracción se imputa a la recurrente, que declara que: *"Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos"*.

Esta Sala ya ha reiterado en ocasiones anteriores que el cambio del adjetivo del Art. 4.2 de "distinta " (que, figuraba en la LORTAD) por "incompatibles" que figura en la vigente Ley, no significa que el titular del fichero o del tratamiento pueda usar los datos a su antojo y conveniencia para finalidades distintas de las que motivaron la recogida de tales datos, a,; pesar de que tales finalidades no sean contrarias e incompatibles con aquellas para las que los datos fueron recabados.

Así en la sentencia de 11 de Febrero de 2004 ( REC 119 2002) que a su vez sigue el criterio de nuestra anterior sentencia de 8 de febrero de 2002 (Rec. 1067/2000) hemos manifestado, que.:

*En relación con la interpretación de la expresión «finalidades incompatibles» que establece el artículo 4.2 d la Ley Orgánica 15/1999, esta Sala no puede compartir el criterio que postula la recurrente, pues aunque el artículo 4.2 de la Ley 15/1999, en contraposición con el artículo 4.2 de la Ley 5/1992, ya no se refiere a «finalidades distintas», sino a «finalidades incompatibles», revelando una ampliación de la posibilidad de utilización de los datos, sin embargo la interpretación sistemática del precepto y la ambigüedad del término «finalidades incompatibles» avalan la interpretación realizada en el acto administrativo impugnado. En efecto, según el diccionario de la Real Academia «incompatibilidad» significa «repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre si», por tanto, una interpretación literal ampararía el uso de los datos para cualquier fin abriendo una gama indefinida e ilimitada de finalidades, pues es muy difícil imaginar usos que produzcan la repugnancia que evoca la incompatibilidad, por lo que «semejante interpretación conduce al absurdo y como tal ha de rechazarse». Teniendo en cuenta, además, que dicho término se introduce en la Ley de 1999, como ha declarado la doctrina, por una traducción poco precisa del artículo 6 de la Directiva 46/1995, de 24 de octubre.*

*Conclusión igualmente avalada por la interpretación sistemática aludida, pues como señalamos en la citada Sentencia de 81 de febrero de 2002, «semejante prescripción no puede ser entendida sino como un enunciado de carácter general, que no puede prevalecer sobre la regulación específica de una materia», citando al efecto el artículo 6 de la citada Ley, y añadiendo que la interpretación de dicho artículo 6.2, a sensu contrario, impone «que cuando los datos se usen con otra finalidad distinta se precisará el consentimiento del afectado». Y no parece que el Art. 4.2, venga a efectuar una ampliación sobre la posibilidad de utilización de los datos, porque ello supondría dejar sin contenido el Art. 6.2, cuya redacción en este punto es igual a su homónimo de la Ley 5/92.*

Consideraciones que asimismo se refuerzan con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPD, que exige que se informe al interesado de la finalidad del tratamiento, y también lo establecido en el Art. 4.1 de dicha Ley 15/1999, que añade que los datos recogidos deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades predeterminadas explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. El Art. 4.5 de la misma Ley 15/1999, por último, establece que los datos habrán de ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que fueron recabados o registrados.

**QUINTO.** En el presente caso, se desprende de las actuaciones practicadas que el Colegio Oficial de Agentes Comerciales de la “LOCALIDAD X” no se limitó a informar a los colegiados sobre la existencia de elecciones a la Cámara de Comercio, ni sobre las candidaturas existentes, sino que solicitó el voto para un determinado candidato.

Así, posee gran elocuencia el antecedente de hecho quinto de la resolución impugnada, que si bien se refiere a un escrito presentado por el denunciante, recoge hechos que no han sido ni negados ni contrastados por la Corporación demandante y que son los siguientes: en las elecciones a la Cámara de Comercio de la “LOCALIDAD X” estaban llamados a votar un censo de 3.695 electores. En el epígrafe de los Agentes comerciales se encontraban inscritas 121 personas, que no estaban censadas en el Colegio, y que no recibieron la carta. De los dos agentes comerciales candidatos en las citadas elecciones solo uno, perteneciente a la Junta de Gobierno del Colegio, y con posibilidad de acceder a la base de datos de dicho Colegio fue el que envió la carta con las etiquetas

Si ha ello añadimos el hecho acreditado de que el candidato a favor del cual se solicitaba el voto se hizo cargo de los gastos del envío de las cartas en cuestión, de todo ello esta Sala concluye, que dicha actividad del Colegio Oficial no puede considerarse incluida en aquellas que redundan en beneficio e interés de todos los colegiados, que son las contempladas en el Reglamento de Régimen Interior del Colegio. En definitiva, entendemos que los intereses perseguidos con la remisión de la carta no eran los propios del Colegio profesional sino los particulares del candidato, que se valió de los ficheros internos del Colegio, para promocionar su candidatura.

**SEXTO.** Por último, y con relación a la petición de que se atenúe la sanción a tenor de lo previsto en el apartado 5 del artículo 45 de la LOPD, esta Sala, tomando en consideración que la sanción correspondiente a la infracción grave del Art. 44.3.d) cometida ha sido impuesta en su grado mínimo (artículo 45.2 de la repetida LO 15/1999), concluye que también ha de ser rechazada tal solicitud, pues de un lado tanto la culpabilidad como la antijuridicidad del hecho por los que ha sido sancionado el Colegio Oficial,<sup>1</sup> se han acreditado claramente en toda su amplitud ( Art. 45.5) y, por otra parte, como ya se ha expuesto, sí existe un grado no despreciable de intencionalidad y sí se han visto afectados los derechos personales del denunciante, por lo que no aprecia disminución alguna en ninguno de esos elementos del tipo punitivo por el que tal recurrente ha sido sancionada.

Como también es doctrina reiterada de la Sala la delicada materia a la que se refiere la LO 15/1999, se traduce en la necesidad de exigir una especial diligencia a las titulares de los ficheros que no pueden utilizar los mismos para finalidades incompatibles o distintas de aquellas para las que los datos fueron recogidos, de conformidad con el principio de calidad de los datos recogido en el Art. 4 de la Ley, de donde se desprende que concurre una conducta negligente de dicha entidad recurrente y que su conducta es reprochable y sancionable, siendo proporcionada a la importancia de tal reproche jurídico la sanción, en su grado mínimo, impuesta a la misma.

**SEPTIMO.** Razones todas las anteriores que conducen a la íntegra desestimación del recurso, sin que concurran las causas expresadas en el Art. 139 de la Ley de la Jurisdicción para la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.

## **FALLAMOS**

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del Colegio Oficial de Agentes Comerciales de "LOCALIDAD X", contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 2 de abril de 2004 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma Agencia de Protección de Datos de 12 de febrero de 2004 que le imponía una multa de 60.101,21 euros, resoluciones que declaramos conformes a Derecho, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.