

Tribunal Supremo. Sentencia de 05-06-2004. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sala Tercera. Diferenciación entre el responsable del fichero y el responsable del tratamiento. Posición del beneficiario de la publicidad.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la recurrente.

En la Villa de Madrid, a cinco de Junio de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los señores al margen anotados, el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que con el número 39/2004 ante la misma pende de resolución que ha sido interpuesto por la representación procesal de “**ENTIDAD A**” contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo sección primera), de fecha 16 de octubre de 2003, dictada en el recurso número 1539/2001. Siendo parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Antecedentes de Hecho:

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia recurrida es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de “**ENTIDAD A**” contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 23 de mayo de 2001, así como contra la de 27 de julio de 2001 que desestima el recurso de reposición frente a la anterior, resoluciones que declaramos conformes a Derecho, sin expresa imposición de costas>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia la representación procesal de “**ENTIDAD A**”, presentó escrito ante la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1ª), preparando recurso de casación para la unificación de doctrina contra la misma.

TERCERO.- La citada Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación para unificación de doctrina y dio traslado al Abogado del Estado por un plazo de treinta días para formalizar por escrito su oposición al recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto, lo que efectivamente hizo dentro del plazo previsto.

CUARTO.- Por providencia de 12 de abril de 2004 se elevaron los autos y expediente administrativo a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día VEINTITRÉS DE JUNIO DEL DOS MIL CUATRO, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- A. En este recurso de casación para unificación de doctrina, que se ha tramitado ante esta Sala 3ª del Tribunal Supremo de España con el número 39/2004, la empresa mercantil “**ENTIDAD A**” impugna la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1ª), de dieciséis de octubre del dos mil tres, dictada en el proceso número 1539/2001.

B. Ese proceso contencioso-administrativo número 1539, había sido interpuesto por el citado “**ENTIDAD A**” contra resolución de la Agencia de Protección de Datos de 27 de julio del 2001, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra resolución de dicha Agencia, de 23 de mayo del mismo año que impuso a la citada empresa mercantil una multa de diez millones de pesetas, de acuerdo con el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, por infracción del artículo 6.1 (que exige consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de datos de ese tipo, salvo que la ley disponga otra cosa), en relación con el artículo 3 d) (que considera responsable del fichero o del tratamiento a quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento), infracción tipificada como grave en el artículo 43.3 d) de dicha ley.

SEGUNDO.- A. Porque es doctrina que, como luego se verá, vamos a tener que aplicar en este recurso, debemos empezar recordando que, precisamente porque esta modalidad de recurso de casación es un recurso contra sentencias no susceptibles de recurso de casación ordinario teniendo, por tanto, carácter de subsidiario, ha de ponerse particular cuidado en razonar que efectivamente se dan en el caso que se somete al Tribunal de casación los requisitos que la ley exige para la admisión del recurso, así como los requisitos necesarios para poder entrar en el fondo del asunto, requisitos estos otros que son los que, por lo mismo, pueden llamarse presupuestos del pronunciamiento sobre el fondo.

B. Los requisitos de admisión son estos: a) En cuanto a la sentencia impugnada, su cuantía no puede ser inferior a tres millones de pesetas (art. 96.3) ni exceder de veinticinco [artículo 86.2, letra b)]; b) En cuanto a la materia de la sentencia impugnada, no puede ser ninguna de las expresamente excluidas en el artículo 86; c) En cuanto a la sentencia o sentencias que se aleguen como de contraste, han de ser firmes, lo que deberá acreditarse acompañando certificación de las mismas con mención de su firmeza o, en su defecto, copia simple de su texto y justificación documental de haberse solicitado aquélla; bastando, no obstante, con indicar el periódico oficial en que hubiese sido publicada, caso de que lo haya sido (artículo 97.2, en relación con el 72.2).

C. Los presupuestos de enjuiciamiento son éstos: a) Identidad sustancial entre hechos, fundamentos y pretensiones entre la sentencia impugnada y la sentencia o sentencias que se aleguen como de contraste; b) Relato preciso y circunstanciado de esas identidades; y c) Infracción legal que se imputa a la sentencia impugnada (artículos 96.1 y 97.1).

Queremos decir con esto que, al conocer de este tipo de recursos, el Tribunal

de casación tiene que empezar por determinar si existe igualdad sustancial entre los hechos, los fundamentos y las pretensiones (art. 96.1), para lo cual el letrado de la parte recurrente ha de poner un exquisito cuidado en razonar de forma <<precisa y circunstanciada>> que se dan las tres clases de identidades sustanciales que exige ese precepto: en los hechos, en los fundamentos y en las pretensiones. Y esa argumentación demostrativa de esa identidad sustancial, así como de la infracción legal que se imputa a la sentencia ha de someterla el letrado a la Sala en su escrito de recurso (art. 97.1), sin que basten meras afirmaciones genéricas de que esos presupuestos concurren en el caso. Y es el Tribunal el que luego, y a la vista de esos razonamientos y de las sentencias de contraste que, testimoniadas con expresión de su firmeza, se acompañen, decidirá si, tal como dice la parte recurrente, se dan esas identidades y esa infracción legal que se esgrime, en cuyo caso pasará a analizar si hay o no contradicción en la doctrina que sirve de fundamento a una y a otra sentencia: la impugnada y la de contraste, determinando, por último, cuál es la doctrina correcta.

TERCERO.- Para la adecuada comprensión de cuanto aquí hemos de decir, importa transcribir el fundamento 3º de la sentencia impugnada. Dice así: <<Dados los términos de la controversia, lo que en ella se ha de resolver es si en los contratos de ejecución de campañas de marketing, el responsable de la infracción por tratar datos sin el consentimiento del afectado es el titular del fichero que presta el servicio, o si tal responsabilidad se extiende también a la empresa a cuyo favor se realiza la campaña de marketing, en este caso el “**ENTIDAD A**”. Lo anterior puesto que si bien la Ley de Protección de Datos 5/1992 establecía en su art. 6.1 que el <<tratamiento automatizado de datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa>>, dicho precepto ha sido reproducido, con mayor énfasis, en el nuevo art. 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, que para resaltar la importancia del consentimiento del afectado, califica la prestación del consentimiento añadiendo la expresión <<inequívoco>>. Se trata de una garantía fundamental, legitimadora del régimen de protección establecido por la Ley, dictada en desarrollo del art. 18.4 de la Constitución, y que sólo encuentra, como excepciones al consentimiento del afectado, aquellos supuestos que por lógicas razones de interés general, puedan ser establecidos por una norma de rango de Ley. Ha de tomarse en consideración, además, que si bien la LORTAD ceñía su ámbito de aplicación en torno al concepto de <<fichero automatizado>>, por lo que se limitaba a definir la figura del responsable del fichero, la vigente LOPD ha modificado la definición de fichero (art. 2) excluyendo de la misma cualquier referencia al tratamiento de datos, diferenciando las figuras de <<responsable del fichero>> y <<responsable del tratamiento>> en los art. 3.b) y 3.d) y asimismo delimitando con precisión la figura del encargado del tratamiento (art. 12). Se define tal <<responsable del tratamiento>>, a tenor de dicho art. 3 d) de la Ley 15/99, y también del artículo 2 letra d) de la Directiva Comunitaria, como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio, o cualquier otro organismo que sólo, o conjuntamente con otros, determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales, por lo que tal figura del responsable se conecta en la Ley con el poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento>>.

Se desprende asimismo de los repetidos apartados del art. 3, como ya se ha manifestado, la diferenciación de dos responsables en función de que el poder de decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específica. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento>>.

Hasta aquí la transcripción literal del fundamento 3º de la sentencia impugnada.

La conclusión a que llega la Sala de instancia en el fundamento 4º es <<que la posición de “**ENTIDAD A**” es subsumible en la definición legal de responsable del tratamiento en cuanto decide sobre la finalidad, contenido y uso del mismo.

En consecuencia desestima la demanda, confirmando la sanción impuesta.

CUARTO.- A. Estamos ya en condiciones de abordar el análisis del recurso de casación para infracción de doctrina interpuesto contra la sentencia.

Como los requisitos de admisión se han cumplido en este caso, debemos pasar a pronunciarnos sobre si concurren o no en el caso los presupuestos para entrar en el fondo del asunto, esto es: la identidad sustancial de hechos, pretensiones y fundamentos, entre la sentencia impugnada y las sentencias de contraste, pues, de no concurrir esos presupuestos, no podríamos pasar a enjuiciar si existe o no contradicción de doctrina. Las sentencias invocadas, son dos, una y otra de esta sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de España: la de 13 de abril del 2002 (recurso de casación para unificación de doctrina número 3372/2001) y la de 3 de diciembre del 2002 (recurso de casación para unificación de doctrina número 7050/2001).

B. La parte recurrente sostiene que existe identidad razonando de este modo: <<La identidad de las partes y los hechos y fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, resulta evidente porque, en todas las sentencias que aportamos con el fin de solicitar la unificación de doctrina, se trata de una sanción impuesta por la Agencia de Protección de Datos, por una supuesta infracción grave en el tratamiento de datos de carácter personal, sobre ficheros y en términos y conceptos similares, y en ocasiones, iguales, al que nos ocupa. Identidad en la situación de los intervinientes (sancionados), identidad en el órgano cuya resolución se apelaba (la Agencia de Protección de Datos), identidad en el tipo de infracción (infracción grave tipificada en la Ley de protección de Datos y sancionada con la misma cantidad de diez millones de pesetas), e identidad en que en todos los casos se produce la supuesta infracción a la norma sobre una infracción grave tipificada en el artículo 43.3 d, ó f de la ya derogada Ley Orgánica 5/1992, de Tratamiento autorizado de datos de carácter personal (LORTAD) hoy en día correspondiente con el artículo 44.3

d, ó f de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal>>.

Después de decir esto, la parte recurrente añade la transcripción de los artículos que cita.

De todo lo cual extrae la conclusión de que la preceptiva identidad sustancial se da en el caso que nos ocupa.

C. Pues bien, bastaría con estas razonadas sinrazones de la parte recurrente que acabamos de transcribir para inadmitir, sin más, el recurso que nos ocupa. Porque si aceptáramos semejante argumentación para dar por bueno que concurre esa identidad sustancial que exige el artículo 97.1 de la Ley jurisdiccional, prácticamente todas las sentencias que apliquen las normas de derecho administrativo sancionador contenidas en la legislación de protección de datos de carácter personal y cumplieran los requisitos de admisión serían revisables en esta vía casacional. Sin embargo, y tal como está configurada legalmente -y no puede ser de otra manera so pena de hacer ininteligible el sistema-, la vía casacional que nos ocupa es más restrictiva que la ordinaria, con serlo ya mucho ésta. Dicho con otras palabras la identidad sustancial de que habla el artículo 97.1 no remite a un mero encuadramiento en un mismo sector del ordenamiento de una determinada unidad jurídica, o en una misma forma de actividad administrativa.

Pero hay otras razones que obligan a tener que rechazar que haya identidad sustancial. Lo ha demostrado el Abogado del Estado en sus alegaciones de oposición, formuladas en un escrito cuidadísimo que, además de un conocimiento profundo de esta faceta de la actividad administrativa, dice, con claridad, todo y nada más que aquello que tiene que decir para convencer al destinatario de su discurso de la razón que asiste a la Sala de instancia al confirmar la sanción que impuso a la mercantil allí demandante.

Bástenos aquí con reproducir uno de los argumentos que maneja la Sala sentenciadora para negar la identidad entre una y otras sentencias, la de instancia y las alegadas de contraste. Concretamente el de que es distinta la actividad de las empresas sancionadas en esas sentencias de contraste y la que realiza la empresa sancionada en la sentencia de instancia: <<... en efecto, en las sentencias del Tribunal supremo de fechas 13 de abril de 2002 y 3 de diciembre de 2002, se está analizando el caso de aquellas empresas o ficheros destinados a prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y de crédito, a través de la cual las empresas que operan en el mercado pueden comunicar a dichas titulares de ficheros de morosos, que una persona mantiene con ella una deuda, de tal suerte que dichos ficheros de morosos o mejor dicho la anotación en dichos ficheros de morosos opera, de una parte, como instrumento de presión frente al deudor para que abone su deuda, y , de otra, como un aviso a terceros, para evitar riesgos [...] En efecto, en el supuesto analizado en la sentencia objeto del presente recurso de casación no nos encontramos ante una comunicación a un fichero de morosos, o ficheros sobre solvencia patrimonial y de crédito, sino ante un supuesto completamente distinto, en virtud del cual una empresa que opera en el mercado desea

publicitar sus productos, a cuyo fin contrata a otra empresa especializada en materia publicitaria, para que le organice y desarrolle la campaña de marketing. No se trata, por tanto de comunicar datos a un tercero sobre deudores de la empresa “**ENTIDAD A**”, sino todo lo contrario, abrir el mercado de dicha empresa, a fin de que sus productos puedan llegar a destinatarios distintos de los que ya son sus propios clientes>>.

De ello extrae otra diferencia: el bien jurídico protegido es distinto en uno y otro caso. Véase: <<En efecto, en el caso de informaciones sobre solvencia patrimonial o de crédito, lo que se está protegiendo es el principio de calidad de los datos, esto es, el principio de exactitud, en el sentido de que los datos sobre solvencia patrimonial o de crédito, esto es, sobre morosidad, deben ajustarse en todo momento a la realidad de los créditos o de las deudas, esto, deben ser exactos. Por el contrario, en la situación analizada en la sentencia de la Audiencia Nacional, el bien jurídico tutelado a través de la infracción por la que se sanciona a la recurrente, no es el principio de calidad de los datos, sino el principio de consentimiento o de autodeterminación, en el sentido de que nadie puede tratar los datos de carácter personal de terceros sin contar con el consentimiento inequívoco de los mismos. Y en el presente caso, es de todo punto evidente que “**ENTIDAD A**” Libro ha incurrido en la infracción que se le imputa, en cuanto que no ha realizado actuación o gestión alguna, ni comprobación, a fin de garantizarse que los datos de carácter personal tratados por las subcontratistas, -esto es, por las empresas que, en su beneficio y por orden suya, realizan la campaña de publicidad de sus productos-, han contado con el consentimiento de los afectados para tal tratamiento, y que dichas empresas subcontratistas, en su consecuencia, han respetado todos sus derechos y garantías tuteladas en nuestra legislación de protección de datos>>.

Añadiremos, por nuestra cuenta, otra razón más a la que invocamos al inicio, y a las del Abogado del Estado. Es ésta: las sentencias de contraste contemplan una regulación -la de la LORTAD de 1992- que en el problema que nos ocupa -y tal como expone muy claramente la sentencia impugnada, ejemplo de buen hacer judicial- ha cambiado sustancialmente en la nueva Ley 15/1999 de Protección de datos de carácter personal, que distribuye perfectamente entre responsable del fichero y responsable del tratamiento, y que en el título VII dedicado a regular las infracciones y sanciones dice muy claramente que <<los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente ley>> (art. 43). Y siendo esto así es claro que no cabe apoyar el recurso en esas otras sentencias que se invocan como de contraste y que resolvieron como lo hicieron aplicando la ley de 1992, la cual ha sido sustancialmente modificada precisamente en la materia objeto del pleito que aquellas sentencias de contraste resolvieron.

C. Por todo ello el recurso que nos ocupa debe ser desestimado, y lo desestimamos.

QUINTO.- Sólo nos resta pronunciarnos sobre las costas del presente recurso

de casación para infracción de doctrina, para lo cual debemos estar a lo previsto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

En consecuencia, y habida cuenta que el recurso ha sido rechazado en su totalidad, y no apreciando este Tribunal que concurren en este caso circunstancias que justifiquen su exoneración, debemos imponer las costas de este recurso de casación a la Administración recurrente y así lo declaramos.

Por lo expuesto,

Fallo:

Primero.- No hay lugar al recurso de casación para unificación de doctrina formalizado por “**ENTIDAD A**” contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª) de dieciséis de octubre del 2003, dictada en el proceso número 1539/2001.

Segundo.- Imponemos las costas de este recurso de casación para unificación de doctrina a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D., en audiencia pública celebrada en el mismo día de su fecha. Certifico.