

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RECURSO DE CASACIÓN Nº 2639/2005

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil siete.

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por el Abogado de Estado, contra la sentencia de 9 de marzo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 154/03, en el que se impugna la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 11 de febrero de 2003, por la que se impone a la entidad Unión Fenosa Distribución, S.A. la sanción de 300.506,06 euros, por falta muy grave del *art. 44.4.b) de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal*, en relación con el *art. 11.1* de la misma. Ha sido parte recurrida la citada entidad representada por el Procurador D. Luís Fernando Álvarez Wiese.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2005, objeto de este recurso, contiene el siguiente fallo: "Que estimando el recurso contencioso-administrativo en representación de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 11 de febrero de 2003 dictada en el procedimiento sancionador PS/00003/2002 en la que se impuso a aquella entidad multa por importe de 300.506'06 euros, debemos anular y anulamos la mencionada resolución sancionadora, sin imponer las costas de este proceso a ninguno de los litigantes."

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia, se presentó escrito por el Abogado del Estado manifestando su intención de interponer recurso de casación y por providencia de 7 de abril de 2005 se tuvo por preparado, siendo emplazadas las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Con fecha 2 de junio de 2005 se presentó escrito de interposición del recurso de casación, haciendo valer un único motivo al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* y solicitando que se case y anule la sentencia recurrida, dictando otra que declare conforme a Derecho la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 11 de febrero de 2003.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara escrito de oposición, solicitando que se confirme la sentencia recurrida, en particular el pronunciamiento que declara la nulidad de la resolución de 11 de febrero de 2003.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 6 de noviembre de 2007, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 11 de febrero de 2003, se impone a la entidad Unión Fenosa Distribución, S.A. la sanción de 300.506,06 euros, por falta muy grave del *art. 44.4.b) de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal*, en relación con el *art. 11.1* de la misma, señalando como hechos probados:

"PRIMERO: Los denunciados, D^a Mónica, D. Milagros, D^a Penélope, D. Adolfo, D. Ramón, D^a Sara y D. Clemente mantienen relaciones comerciales con la compañía UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. para el suministro eléctrico y facturación.

SEGUNDO: D. Mónica, D^a. Milagros, D. Penélope, D. Adolfo, D. Ramón, D^a Sara han recibido facturas de la entidad Retevisión en concepto de cargo por llamadas. D. Clemente denuncia que han sido cedidos los datos por Unión Fenosa Distribución a la entidad Retevisión.

TERCERO: Unión Fenosa Distribución en el año 1999, dirigió una carta a sus clientes de fecha de 1 de junio de 1999 en la que se informaba que "Ante la profunda liberalización del mercado eléctrico actualmente en curso, y teniendo igualmente a la vista el rápido desarrollo de servicios que, como las telecomunicaciones, utilizan infraestructuras y filosofías comunes, el Grupo Unión Fenosa ha tomado una postura activa encaminada a enriquecer y diversificar la oferta que pone a disposición de sus clientes. Las empresas integradas en nuestro

Grupo ofrecen ya un amplio abanico de servicios que en el futuro se verán incrementados al ritmo de la evolución tecnológica y de la apertura de los distintos mercados. Es natural y lógica aspiración de Unión Fenosa que todos sus clientes tengan la oportunidad de acceder, si lo estiman ventajoso, a todos los servicios. Para ello, es nuestro propósito iniciar en próximas fechas una serie de campañas de divulgación entre nuestros clientes de estos productos. Sin embargo, también es una preocupación esencial de Unión Fenosa, el mas escrupuloso respeto de la confidencialidad de los datos de nuestros clientes contenidos en nuestros ficheros informáticos. Somos conscientes de que dichos datos solo pueden ser utilizados para aquellos fines para los que fueron recogidos o, en su caso, para aquellos otros del propio interés del titular. Por ello, y en la medida en que estas campañas de divulgación de los productos del Grupo Unión Fenosa y de sus sociedades participadas se efectuarán a partir de la base de datos de nuestros clientes, queremos asegurar que ninguno de ellos reciba contra su voluntad otra información comercial que la estrictamente relacionada con el suministro eléctrico. En el folleto adjunto encontrará una descripción de los medios para hacer constar, sin coste alguno para Vd. su deseo de no recibir en su caso, la mencionada información. Tan pronto como nos efectúe su notificación procederemos a excluirle del listado informático que servirá de base para las campañas. "Junto a este escrito, se incluía un modelo de contestación con el que el destinatario podía expresar su deseo de "no recibir información que no esté relacionada con el suministro eléctrico".

En base a dicha carta, Unión Fenosa Distribución y Unión Fenosa Multiservicios con fecha 7 de junio de 1999 suscriben un contrato de confidencialidad para la gestión comercial por el que aquélla, dado que tiene limitado su objeto social al suministro de energía eléctrica, encarga a Unión Fenosa Multiservicios la promoción comercial de otros "productos y servicios" que sean considerado de interés por Unión FENOSA Distribución.

Asimismo se conviene que Unión Fenosa Multiservicios tendrá acceso al fichero de clientes de Unión Fenosa Distribución.

CUARTO: Con fecha 16 de marzo de 2000 Unión Fenosa Distribución, S.A., Unión FENOSA Multiservicios S.L. y Unión Eléctrica Penosa S.A. firman, cada una en su propio nombre, un contrato de prestación de servicios de gestión comercial por el que Unión Fenosa Distribución encarga la realización de funciones de promoción, captación y seguimiento de su cartera de clientes, productos y servicios a Unión Fenosa Multiservicios y, en particular, la captación y prestación de servicios de clientes nuevos. Asimismo en dicho contrato se establece que Unión Fenosa Multiservicios prestará los servicios a través de su propio personal y medios (*cláusula 8.2*) y que ésta última es contratista independiente con respecto a Unión Fenosa Distribución (*cláusula 10*). Prevé que Unión Fenosa Multiservicios mantendrá la confidencialidad de los datos así como se obliga a cumplir la Ley de Protección de Datos.

En virtud de dicho contrato Unión Fenosa Distribución comunicó los datos de sus clientes a Unión Fenosa Multiservicios

QUINTO: Unión Fenosa Multiservicios y Retevisión, con fecha 1 de marzo de 2000, firmaron un contrato de Agencia por el que ésta última, que tiene por objeto social la prestación de servicios de telecomunicaciones, designa a Unión Fenosa Multiservicios como agente para la comercialización de sus servicios de telecomunicaciones consistentes en servicio de telefonía indirecta, servicio de telefonía directa de IDDEO. En dicho contrato se estipula que el agente, Unión Fenosa Multiservicios, se obliga por si mismo, pero por cuenta y nombre de Retevisión, a la comercialización de lo servicios de telecomunicaciones.

De acuerdo con dicho contrato Unión Fenosa Multiservicios trató los datos de clientes de Unión Fenosa Distribución para promocionar los servicios de telecomunicaciones de Retevisión.

También se prevén las remuneraciones que Retevisión pagará al agente a consecuencia del contrato, así como se estipula, en su *cláusula 14,3*, que las partes convienen que el contrato de agencia no supone ninguna dependencia en los servicios que realizan, por lo que ambas partes son independientes.

SEXTO: Con fecha 14 de marzo de 2000, Unión Fenosa Multiservicios celebra un contrato de arrendamiento de servicios con la entidad KONECTA NET SA. por el que UFM le encarga la prestación del servicio de telemarketing para la campaña de emisión de llamadas de Retevisión a clientes de Unión Fenosa Distribución. Asimismo se conviene que dicho servicio de telemarketing será prestado y facturado a Unión Fenosa Multiservicios y, por su parte Konecta Net se obliga al deber de confidencialidad de los datos y a observar la *Ley Orgánica 15/1999*.

SEPTIMO: En el mes de octubre de 2000 Unión Fenosa Multiservicios. realiza una campaña de marketing telefónico para promocionar los citados servicios de telefonía de Retevisión entre los clientes del Unión Fenosa Distribución. Esta campaña fue encargada a la compañía KONECTA NET, SA. aunque en la misma también participaron teleoperadores de la propia Unión Fenosa Multiservicios. Para ello, ambas compañías han utilizado datos de clientes de Unión Fenosa Distribución.

El argumentario que habría sido utilizado por los teleoperadores en la citada llamada telefónica, es el siguiente: "Mi nombre es xxx y le llamo de UNIÓN FENOSA MULTISERVICIOS. Estamos realizando una campaña informativa sobre los servicios de telefonía que ofrece RETEVISIÓN, dándole de alta sin ningún tipo de compromiso y

regalándole 60 mm. en llamadas, repartidos en 3 meses (20 minutos cada mes) para que usted como cliente preferente de UNIÓN FENOSA, pueda beneficiarse de todas sus ventajas". Así mismo, el teleoperador se despidió informando de que "con los datos que nos ha facilitado hemos cumplimentado el contrato que recibirá en unos días para firmarlo, junto a un folleto que incluye las tarifas de consumo por días y franjas horarias". De aquéllas personas que en el transcurso de una llamada telefónica aceptaron contratar los servicios de Retevisión, Konecra Net y Unión Fenosa Multiservicios remitieron por correo electrónico a Retevisión los datos personales siguientes: nombre, apellidos, NIT, número de teléfono, domicilio, código de cuenta bancaria y especificación de equipamiento informático.

OCTAVO: Unión Fenosa Multiservicios no puede acreditar documentalmente el consentimiento otorgado por todos los denunciantes para la cesión de sus datos a Retevisión, ni esta última compañía ha acreditado documentalmente la relación jurídica establecida con los denunciantes a excepción de las facturas que han sido giradas por la compañía a nombre de éstos que corresponden a consumos efectuados por ellas.

NOVENO: La prestación del servicio de telefonía indirecta exige la marcación del prefijo 1050 por parte del usuario."

La resolución recurrida, como señala la sentencia de instancia, mantiene que la información que UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. facilitó a sus clientes en la carta que les dirigió con fecha 1 de junio de 1999 no contenía los datos y precisiones necesarios y que, por tanto, no puede considerarse que estos hubiesen prestado un consentimiento válido en los términos exigidos por la Ley y, en consecuencia, se declara que UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. cedió la utilización de su fichero de "clientes" a la empresa UNIÓN FENOSA MULTISERVICIOS, S.L. sin que los interesados hubiesen prestado válidamente su consentimiento y, por tanto, aquella comunicación o cesión de datos se produjo con vulneración de los dispuesto en el *artículo 11 de la Ley Orgánica 15/99*, lo que determina que se le impute la infracción muy grave por la que se le impone la sanción de 300.506'06 euros.

Entiende la Sala de instancia, que dicho "planteamiento de la Agencia de Protección de Datos resultaría impecable si no fuese porque la propia resolución deja establecido que UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. y UNIÓN FENOSA MULTISERVICIOS, S.L. habían celebrado, primero, con fecha 7 de junio de 1999, un contrato de confidencialidad por el que aquélla encargaba a ésta la promoción comercial de productos y servicios (Hechos Probado Tercero, último párrafo), y luego, con fecha 16 de marzo de 2000, un contrato de prestación de servicios de gestión comercial por el que Unión FENOSA Distribución, S.A. encargaba a Unión Fenosa Multiservicios, S.L. la realización de funciones de promoción, captación y seguimiento de su cartera de clientes, productos y servicios, y, en particular, la captación y prestación de servicios de clientes nuevos (Hecho Probado Cuarto)."

Añade que la resolución impugnada no se limita a reseñar dicha relación contractual sino que "al examinar en el Fundamento Jurídico III las conductas de las dos empresas imputadas, y en particular la de Unión Fenosa Multiservicios, S.L., la propia resolución señala que <<... tales actividades, como alegan las imputadas, están amparadas en un contrato conforme con el *artículo 12 de la LOPD* >>".

Y por ello declara la Sala de instancia que: "Nos situamos entonces en un escenario muy distinto pues según lo dispuesto en el *artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999* no se considerará comunicación de datos - y, por tanto, no requerirá el consentimiento de los afectados- el acceso a éstos de un tercero cuando tal acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento (*artículo 12.1*). El propio *artículo 12 especifica en su apartado 2* que esta realización de tratamientos de datos por cuenta de terceros debe estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido y que deberá incluir las especificaciones que el propio precepto legal determina", y sin considerar necesario examinar el contenido del contrato suscrito, dado que la misma resolución sancionadora admite que se acomoda a lo previsto en el *art. 12 de la Ley Orgánica 15/99*, no existe ya cesión o comunicación de datos y, por lo tanto, no es exigible el consentimiento, lo que lleva a la estimación del recurso y anulación de la resolución impugnada.

Se añade en la sentencia que el distinto objeto social de Unión Fenosa Distribución y Unión Fenosa Multiservicios no excluye que puedan celebrar un contrato de encargo de tratamiento al amparo del *art. 12 de la Ley Orgánica 15/99*, lo que sucede es que si Unión Fenosa Multiservicios lleva a cabo actividades dentro de su objeto social que, sin embargo, no tienen cabida en el contrato en cuya virtud accedió a los datos, incurre en una extralimitación y un tratamiento de datos ilegítimo, susceptible de sanción, como de hecho ocurrió siendo confirmada la sanción por la Sala de instancia."

SEGUNDO.- Frente a dicha sentencia se interpone este recurso de casación, en cuyo único motivo, formulado al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, se denuncia la infracción de los *Art. 4.1 y 2, 5, 6.1, 11, 12 y 44.4.b) de la Ley Orgánica 15/99*. Señala al efecto que la clave de la sentencia es que la cesión de datos estaba amparada por un contrato que la Agencia de Protección de datos califica de conforme con el *art. 12 de la LOPD*, por lo que la resolución es contradictoria, dado que no existe cesión o comunicación de datos y no es exigible el consentimiento del afectado. Frente a ello, el Abogado del Estado considera que la resolución administrativa no es contradictoria, ya que el contrato de confidencialidad de 7 de junio de 1999 es consecuencia del consentimiento

obtenido de los clientes de Unión Fenosa Distribución por virtud de la carta de 1 de junio de 1999, transfiriendo la cartera de clientes a Unión Fenosa Multiservicios para la promoción comercial de productos y servicios, señalando que dicho contrato no puede subsumirse en el *art. 12 de la LOPD*, porque descansa en ese consentimiento que es nulo al no cumplir los requisitos de los *arts. 4.1 y 5 de dicha Ley* y de acuerdo con el *art. 11.3* de la misma, por lo que Unión Fenosa no cuenta con el consentimiento de los denunciados para la comunicación de los datos a UF Multiservicios y, en consecuencia, ha vulnerado el *art. 11 de dicha Ley*. Seguidamente y en relación con el contrato de 16 de marzo de 2000, señala que el *art. 12* exige que el encargado del tratamiento (UFM) lleve a cabo finalidades propias y exclusivas del responsable del fichero (UFD) y la resolución administrativa reconoce que las actividades descritas en las cláusulas primera a quinta del contrato están amparadas en un contrato conforme con el *art. 12 de la LOPD*, pero no ampara la promoción de servicios de retelevisión, para lo cual Unión Fenosa Multiservicios trata los datos de los clientes de UFD sin contar con su consentimiento y concluye que no concurre el supuesto previsto en el *art. 12 de la LOPD*, de lo que concluye el Abogado del Estado que la resolución administrativa no incurre en contradicción, porque no declara que el contrato sea conforme con el indicado *art. 12*. Concluye señalando que la clave no se encuentra tanto en el contrato de 16 de marzo de 2000 como en su antecedente de 7 de junio de 1999, porque es el momento en el que se produce la cesión y no para prestar un servicio del responsable, cuyo objeto social se circunscribe a suministrar energía eléctrica y no alcanza la genérica promoción, publicidad y difusión de servicios o productos considerados de interés por Unión Fenosa Distribución para sus clientes.

A la vista del planteamiento del recurso, lo primero que debe señalarse es que la cuestión relativa a la cesión de datos al amparo del *art. 11 de la citada Ley* se solventa en la instancia, que considera impecable el razonamiento de la Agencia de Protección de Datos en cuanto no considera válido el consentimiento que pudiera resultar de la carta dirigida por Unión Fenosa Distribución (UFD) a sus clientes con fecha 1 de junio de 1999, lo que supone que la cesión de los datos a Unión Fenosa Multiservicios (UFM) no puede ampararse en el consentimiento válidamente prestado por sus titulares, determinando la vulneración del *art. 11 de la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD)*. Por eso, como bien señala la parte recurrente, la cuestión se centra en determinar si, a pesar de ello, la cesión de datos venía amparada por un contrato de comunicación de datos conforme al *art. 12 de la LOPD*.

Pues bien, contrariamente a lo que se alega por el Abogado del Estado, tal cuestión se valora en la resolución impugnada y también en la sentencia de instancia, fundamentalmente, en relación con el contrato de 16 de marzo de 2000, por el contenido del mismo, admitiéndose en la resolución sancionadora que dicho contrato, suscrito entre UFD y UFM, tiene por objeto la prestación de servicios de gestión comercial de la cartera de clientes de UFD relacionados con el suministro de energía eléctrica y otras actividades conexas con el mismo, como se desprende de sus cláusulas Primera a Quinta y añade de manera expresa y en punto y aparte que: "Tales actividades, como alegan las imputadas están amparadas en un contrato conforme con el artículo 12 de la LOPD". Si se tiene en cuenta que el objeto del contrato se recoge en dichas cláusulas y que no comprende otras actividades o servicios, habría que concluir, como señala la sentencia de instancia, que dicho acceso a los datos del fichero de UFD por parte de UFM no se considera comunicación de datos, como señala dicho *art. 12* y, en consecuencia no es exigible el consentimiento de los interesados.

Por eso resulta contradictoria la conclusión a la que llega la resolución sancionadora de 11 de febrero de 2003, para lo cual y tras señalar que las actividades a que se refiere el contrato vienen amparadas en el *art. 12 de la LOPD*, añade que "sin embargo dicho contrato no ampara la promoción de los servicios de Retelevisión", analizando seguidamente el contrato suscrito entre Retelevisión y UFM, argumentando que los datos de los afectados fueron comunicados a UFD para la exclusiva finalidad de la prestación del servicio de suministro de energía eléctrica y conexas a éste y la empresa UFM utilizó los datos para finalidades incompatibles y distintas a aquellas para las que los datos habían sido recogidos, concluyendo que no concurre en el presente caso entre UFD y UFM el supuesto previsto en el *art. 12 de la LOPD* y existe una comunicación de datos entre UFD y UFM para la que se exige consentimiento del afectado, vulnerando el *art. 11 de la LOPD*.

La contradicción de la argumentación resulta clara, pues se afirma que el contrato tiene por objeto los servicios de gestión comercial de la cartera de clientes de UFD relacionados con el suministro de energía eléctrica y otras actividades conexas, se indica incluso que los datos de los afectados fueron comunicados a UFD para esa finalidad de prestación de suministro de energía eléctrica y conexas a éste y en congruencia con ello se reconoce que tales actividades objeto del contrato están amparadas en el *art. 12 de la LOPD* y, de manera incongruente, se alude al incumplimiento del contrato y exlimitación por parte de la empresa UFM, que hace uso de los datos para finalidades distintas de las recogidas en sus cláusulas, para negar la realidad jurídica que acaba de apreciar respecto de la empresa UFD, cuya actuación viene amparada por la Ley.

No puede, por lo tanto, prosperar tal posición que desconoce el efecto jurídico de las propias declaraciones de la Administración plasmadas en la resolución sancionadora y que ponen de manifiesto que el acceso a los datos de la entidad UFM encuentra amparo en la Ley, por lo que no puede imputarse a UFD la realización de una cesión de datos ilegal, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir UFM al haber incumplido el contrato y hecho uso indebido de los datos para otras finalidades no amparadas por el mismo, que se depuran en la misma resolución que le impone la sanción correspondiente.

Por todo ello ha de concluirse que las apreciaciones de la Sala de instancia sobre las contradicciones de la resolución sancionadora resultan justificadas, en contra de lo que se sostiene en este motivo de casación, que consiguientemente debe ser desestimado, al no apreciarse las infracciones que se denuncian en el mismo.

TERCERO.- La desestimación del motivo invocado lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación y determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el *art. 139.3 de la LRJCA* y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 1.200 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

FALLAMOS

Que desestimando el motivo invocado declaramos no haber lugar al presente recurso de casación nº 2639/2005, interpuesto por el Abogado de Estado contra la sentencia de 9 de marzo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 154/03 , que queda firme; con imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el *artículo 139.3 LRJCA* y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 1.200 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

