

Id Cendoj: 28079130062008100136
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 176/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: OCTAVIOJUANHERREROPINA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL x
- x AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA x
- x DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS x
- x PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL x
- x RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x
- x CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA x
- x IDENTIDAD ENTRE PROCESOS (CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA) x

Resumen:

En cuanto a la forma en que ha de constar el contrato de prestación de servicios para el tratamiento automatizado de datos de carácter personal por cuenta de terceros, la Sala recuerda la necesidad de que conste plasmado por escrito el fin de dicho contrato, tal como se deduce del texto legal cuando prohíbe aplicar o utilizar los datos obtenidos por un tercero con fin distinto al que figure en el contrato de servicios, lo que evidentemente hace referencia a la necesidad de plasmar por escrito ese fin determinante de la cesión para así excluir la responsabilidad en el cesionario. Se desestima el recurso de casación para unificación de doctrina en cuanto falta la justificación de las referidas identidades de sujetos, fundamentos y pretensiones, aspectos sobre cuya concurrencia la parte no efectúa razonamiento alguno, sin referencia alguna a los sujetos intervinientes y su posición jurídico procesal, la relación jurídica material que se plantea en cada caso, las pretensiones ejercitadas y su fundamento, así como la razón de ser de los pronunciamientos efectuados en las correspondientes sentencias.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil ocho.

Vistos por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Luisa Sánchez Quero en nombre y representación de la entidad VIVENDI UNIVERSAL GAMES IBÉRICA, S.L., y el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Alicia García Rodríguez en nombre y representación de la entidad EQUIPO POSTAL, S.L., contra la sentencia de 6 de octubre de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 927/02, en el que se impugna la resolución que desestima recurso de alzada contra la de 11 de marzo de 2002, dictada por el Director de la Agencia de Protección de Datos, por la que se impone a la entidad VIVENDI UNIVERSAL INTERACTIVE PUBLISHING ESPAÑA, S.A (antes HAVAS INTERACTIVE ESPAÑA, S.L.) las sanciones de 60.101,21 euros por infracción del *art. 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999*, tipificada como grave en el *art. 44.3 .d)*, de acuerdo con el *art. 45.2* de dicha norma y la sanción de 300.506,06 euros, por infracción del *art. 11* de la citada LPD, tipificada como muy grave en el *art. 44.4 .b)*, de acuerdo con el *art. 45.3* de la misma, resolución que impone igualmente a la entidad EQUIPO POSTAL, S.L. la sanción de 60.101,21 euros, por infracción del *art. 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999*, tipificada como grave en el *art. 44.3 .d)* de acuerdo con el *art. 45.2* de la misma. Han sido partes recurridas en el recurso de casación el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado y la entidad EQUIPO POSTAL, S.L. representada por la Procuradora Dña. Alicia García Rodríguez y en el recurso de casación para la unificación de doctrina únicamente el Abogado del Estado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de octubre de 2004, objeto de este recurso, contiene el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de VIVENDI UNIVERSAL INTERACTIVE PUBLISHING ESPAÑA, S.L. (antes HAVAS INTERACTIVE ESPAÑA S.L.), y EQUIPO POSTAL S.L., contra los actos a que estas actuaciones se contraen que declaramos conformes al ordenamiento jurídico, por lo que se confirman; sin costas."

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la entidad VIVENDI UNIVERSAL GAMES IBÉRICA, S.L. (antes VIVENDI UNIVERSAL INTERACTIVE PUBLISHING ESPAÑA, S.L.) manifestando su intención de interponer recurso de casación y por providencia de 22 de noviembre de 2004 se tuvo por preparado, siendo emplazadas las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Con fecha 13 de enero de 2005 se presentó escrito de interposición del recurso de casación, haciendo valer cinco motivos de casación, solicitando la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida por los motivos invocados, anulando el acto administrativo sancionador y, subsidiariamente, para el caso de que no se anule la sanción por infracción del *art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999*, estimar de aplicación la moderación prevista en el *art. 45.5 de dicha Ley*.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran escrito de oposición, solicitándose por el Abogado del Estado en dicho trámite la inadmisión del recurso en cuanto a la sanción de 60.101,21 euros y la desestimación en cuanto a la sanción de 300.506,06 euros o, subsidiariamente, la desestimación en cuanto a ambas sanciones y la confirmación de la sentencia recurrida.

La representación procesal de la entidad Equipo Postal, S.L. dejó precluir el trámite sin formalizar oposición al recurso.

QUINTO.- Igualmente y notificada la sentencia de instancia, se presentó escrito por la representación procesal de la entidad EQUIPO POSTAL, S.L. interponiendo recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que tras referir los hechos y actuaciones que dieron lugar a la sentencia recurrida, alega como motivos de casación: primero, vulneración de las normas del procedimiento e infracción del deber de diligencia inspectora por parte de la Inspección de la Agencia de Protección de Datos y quebrantamiento de la presunción de inocencia, señalando que no se ha seguido la *lex artis* reglada en los *arts. 27 y 28 del Real Decreto 428/93* que regula la Inspección de Datos, de ahí la contradicción con la sentencia de 26 de abril de 2004, que refiere la necesidad de autorización del Director de la Agencia de protección de datos para el acceso a los locales en los que se hallen los ficheros y equipos informáticos. Por otra parte, alega que no ha tenido tiempo de defenderse, y se le ha producido indefensión porque: no ha sido informada de la acusación concreta que se le imputa, la situación de desigualdad en cuanto a la otra empresa imputada y la Agencia de Protección de Datos estaba obligada a informar de la apertura de investigaciones antes de llevar a cabo la visita inspectora. Entiende que la igualdad de las partes dentro del procedimiento administrativo debe ser absoluta, y en ello está la contradicción de la sentencia impugnada con la *STC 13/1981* de 22 de abril.

Segundo, negación de la infracción imputada, entendiéndose que no incurre en la infracción sancionada, que su actividad era el envío de la revista editada por Cókstel Educative Multimedia, S.L., después Havas Interactive España, S.L., que la recurrente ni es responsable de los ficheros ni menos custodio de los mismos, entre otras razones por las que no está conforme con las conclusiones fácticas y jurídicas de la Agencia de Protección de Datos, e invoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de junio de 1999 como contradicción, ya que la mercantil actora no es titular de fichero alguno por lo que no ha podido tratar automatizadamente los datos de carácter personal del denunciante, y niega la existencia de cesión de datos en consonancia con lo argumentado en su escrito y añadiendo la interpretación contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1999, citando igualmente y como última sentencia objeto de contradicción la de esta Sala del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2002. Termina por solicitar que se case la sentencia recurrida y se declare contraria a Derecho la resolución sancionadora.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 14 de enero de 2005 se dio traslado del recurso a las demás partes para formalización de escrito de oposición, que evacuó únicamente el Abogado del Estado, señalando la falta de constatación por la recurrente de las identidades exigidas por la Ley de la Jurisdicción en el recurso de casación para la unificación de doctrina, rechazando igualmente los argumentos expuestos

de contrario, solicitando la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

SEPTIMO.- Una vez ambos recursos se encontraron en la misma fase procesal, quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 30 de abril de 2008, 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.- La sentencia de instancia señala como hechos probados, reflejados en la resolución impugnada:

PRIMERO: Hayas Interactive, S.L. es la responsable del fichero denominado "SIERCLU" en el que constan registrados los datos personales de unas 25.000 personas (folio 28 y 60).

SEGUNDO: Ha quedado constatado que los datos personales de D^a Luz se encuentran contenidos en el fichero "SIERCLU", (FOLIOS 68, 69, 70 Y 71.Doc.6 del acta de Inspección).

TERCERO: No consta consentimiento de la afectada para el tratamiento y cesión de sus datos de carácter personal.

CUARTO: La entidad Hayas Interactive, S.L., cedió el fichero "SIERCLU" a la entidad EQUIPO POSTAL S.L.

QUINTO: No existe contrato de prestación de servicios suscrito entre ambas entidades imputadas, Hayas Interactive y Equipo Postal, conforme a lo dispuesto en el *art. 12 de la LOPD*. (folio 60, apartado 1.5 del Acta de Inspección).

SEXTO: Equipo Postal, S.L., trató los datos personales de Luz , a partir de los datos contenidos en el fichero SIERCLU. (folios 64 y 65).

SÉPTIMO: En los cupones de recogida de datos consta el dato de fecha de nacimiento. (folio 32 y 62).

La Sala de instancia, en relación con el recurso formulado por VIVENDI UNIVERSAL INTERACTIVE PUBLISHING ESPAÑA, S.L., rechaza las alegaciones de indefensión por falta de relación de hechos imputados en el escrito de iniciación del procedimiento, de hechos probados en la propuesta de resolución, falta de valoración de la prueba practicada y vulneración del principio de presunción de inocencia. En cuanto al fondo y frente a las alegaciones de la recurrente, señala la sentencia de instancia que la empresa sancionada precisaba del consentimiento de los afectados para el tratamiento de sus datos personales, que no ha aparecido la ficha correspondiente al cupón relleno por el interesado respecto de la menor Luz , y tampoco constan la inmensa mayoría de los cupones, no más de trescientos (300), con los datos que posteriormente accedieron al fichero SIERCLU, en el que constan registrados datos de unas 25.000 personas. Por otra parte la relación entre Havas Interactive y Equipo Postal no se encuentra amparada por el *art. 12 de la LOPD* , dado que la relación mantenida entre ambos no está regulada por un contrato de dichas características. Razona la Sala sobre la infracción del *art. 6.1 de la LO 15/1999* , como responsable del fichero sin contar con el consentimiento del afectado y la infracción del *art. 11 de dicha Ley* por la cesión de los datos sin consentimiento, no estando amparada en un contrato en los términos exigidos por el *art. 12 de la LOPD* .

En cuanto al recurso formulado por EQUIPO POSTAL, la Sala de instancia rechaza las alegaciones sobre falta de información de la acusación, situación de desigualdad respecto de la otra parte, falta de práctica de las pruebas solicitadas, la falta de información sobre la existencia de dos disquetes, y falta de información de que se le estaba investigando antes de llevar a cabo la visita inspectora. Y en cuanto al fondo, entiende que está suficientemente acreditado que dicha empresa trató los datos personales de Luz sin su consentimiento, no siendo cierto que se limitara al envío postal de la revista editada por Hayas Interactive a las direcciones facilitadas por esta, pues además realizaba funciones que caen dentro de la definición de tratamiento de datos (*art. 3.c*) de la LO 15/1999, y además no actúa por cuenta de Hayas Interactive, puesto que no existe contrato en los términos exigidos en el *art. 12 de dicha Ley* .

SEGUNDO.- No conformes con los pronunciamientos de la sentencia de instancia, las entidades

sancionadas interponen estos recursos de casación, que pasamos a examinar, comenzando por el formulado por VIVENDI UNIVERSAL GAMES IBÉRICA, S.L.

A tal efecto y en primer lugar ha de desestimarse la causa de inadmisibilidad por razón de la cuantía que se formula por el Abogado de Estado, en relación con la sanción de 60.101,21 euros, pues esta Sala viene admitiendo en supuestos similares, caso del auto de 3 de febrero de 2005 dictado en el recurso de casación 3755/2003 , el recurso de casación aun cuando incluya sanciones de inferior cuantía, cuando el mismo tiene por objeto una resolución sancionadora que incluye multas por importe superior a 25.000.000 de pesetas junto a otras inferiores, en razón de la clara conexión de los hechos determinantes de las mismas.

Pues bien, en el primer motivo del citado recurso, formulado al amparo del *art. 88.1 de la LJCA* , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se alega que incurre en incongruencia omisiva en cuanto la sentencia no dice nada sobre la vulneración del principio non bis in idem alegada en el escrito de demanda, infringiendo así lo dispuesto en el *art. 11.3 de la LOPJ* , en relación con el *art.248* de la misma y el *art. 24* de la Constitución, invocando la doctrina jurisprudencial sobre la incongruencia omisiva y concluyendo que se ha dejado sin resolver la pretensión subsidiaria formulada en la demanda, incurriendo en incongruencia omisiva contraria al derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el *art. 24* de la Constitución.

Conviene hacer referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre el alcance de la incongruencia omisiva, a cuyo efecto es significativa la sentencia 146/2004, de 13 de septiembre , según la cual: "en la reciente STC 83/2004, de 10 de mayo , recordábamos que una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo , ha definido el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio como un "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo), que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación "sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurre la controversia procesal" (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero). La incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando "el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero).

Por otra parte, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 226/92, de 14 de diciembre), la ausencia de respuesta judicial expresa no es susceptible de ser resuelta con un criterio unívoco que en todos los supuestos lleve a considerar dicho silencio como lesivo del derecho fundamental, sino que hay que examinar las circunstancias en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como desestimación tácita. En el mismo sentido la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1998 establece que en relación con la incongruencia omisiva se han de ponderar las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla (Sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 y 5 de febrero de 1994, y Sentencias del Tribunal Constitucional 161/93, 280/93 y 378/93). (S. 25-9-2000 que a su vez se refiere a las SSTC 175/90, 163/92 y 226/92).

Pues bien, en este caso, basta examinar la sentencia de instancia para observar que la Sala efectúa una valoración concreta y específica de la concurrencia de los elementos que tipifican cada una de las infracciones que se imputan a la recurrente y las sanciones que corresponden a cada una de ellas, de manera que en el fundamento cuarto se refiere al tratamiento incontestado de los datos, expresando las razones por las que en este caso la recurrente precisaba del consentimiento de los afectados para su tratamiento, al no estarse en ninguno de los casos previstos en el *art. 6.1 de la LOPD* en que no es preciso el consentimiento, indica la falta de justificación de la prestación del consentimiento, añade que la conducta no está amparada por el *art. 12 de la LOPD* y concluye señalando que la recurrente incurre en la infracción del *art. 6.1* en relación con el *art. 44.3.d) de la Ley 15/99*. Y es en el fundamento quinto donde examina la concurrencia de los elementos que tipifican la infracción del *art. 11* en relación con el *art. 44.4.b) de la LOPD*

, consistente en la comunicación o cesión de datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas, razonando igualmente sobre los casos en que no es preciso el consentimiento para dicha cesión, y el hecho de que no se encuentra en ninguno de tales supuestos el presente caso, reiterando que no existe un contrato escrito en los términos exigidos en el *art. 12 LOPD*, que ampare dicha cesión.

Con ello la Sala de instancia describe los dos tipos de infracción establecidos en la Ley, razona sobre los elementos que determinan la realización de cada infracción y justifica su concurrencia, de manera separada y diferenciada, en la conducta llevada a cabo por la recurrente, poniendo de manifiesto la existencia de dos infracciones distintas y compatibles, desvirtuando de manera tácita pero suficiente las alegaciones de la demanda sobre la infracción del principio non bis in idem, poniendo de manifiesto a la recurrente las razones por las que resulta procedente la imposición de ambas sanciones y propiciando la posibilidad de hacer valer su derecho frente a tales apreciaciones sin indefensión alguna para ella.

Además, la sentencia se refiere expresamente a la petición subsidiaria de tipificación de la conducta como leve en aplicación del *art. 45.5 de la LOPD*, en el fundamento de derecho octavo, dando respuesta suficiente a dicho planteamiento.

Por lo demás, las alegaciones formuladas para justificar la alegada infracción del principio non bis in idem, que se reproducen en este recurso, no pueden imponerse a las apreciaciones de la Sala de instancia, pues las sanciones impuestas a la recurrente responden a distintas conductas tipificadas por el legislador como infracciones administrativas diferenciadas, como son la comunicación o cesión de datos de carácter personal y el recabar y tratar tales datos, sin que la existencia de un elemento común, como puede ser la falta de consentimiento -que no necesariamente debe concurrir, pues la cesión puede estar fuera de los casos permitidos por la ley por otro motivo- pueda llevar a confundir tales conductas que aparecen expresamente definidas en el *art. 3 de la LOPD*, considerando como tratamiento de datos en la letra c), las "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias" y describiendo en la letra i) la cesión o comunicación de datos como "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado", lo que justifica la distinta tipificación de infracciones y la sanción de las conductas correspondientes sin que ello suponga infracción del principio non bis in idem.

Por todo ello este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo, también al amparo del *art. 88.1 de la LJCA* por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se alega que se incurre en incongruencia argumental, incongruencia interna, puesto que reconociendo en la fundamentación jurídica la existencia de relación contractual entre Havas Interactive y Equipo Postal, considera que ha existido una cesión inconsentida no amparada en el *art. 12 de la LOPD*, argumentando sobre los hechos que acreditan la existencia de una relación de prestación de servicios entre ambas empresas y la contradicción interna de la sentencia, que reconoce la relación jurídica que mantienen tales entidades y sin embargo entiende que la documentación que describe no es suficiente a los efectos de entender aplicable el *art. 12 de la LOPD*.

Conviene señalar al respecto, como se recoge en la sentencia de 21 de julio de 2003, que la sentencia debe tener una coherencia interna, ha de observar la necesaria correlación entre la ratio decidendi y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, ha de reflejar una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla así de un supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios.

La incongruencia interna de la sentencia es, por tanto, motivo de recurso de casación por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, conforme al *artículo 95.1.3º LJ* (hoy *art. 88.1.c, LRJCA*), aunque no sea por desajuste a lo pedido o a la causa de pedir, en los términos que derivan del *artículo 359 LEC/1881 (art. 218 LEC/2000)* y *artículos 33.1 y 67 LJCA (arts. 43.1 y 80 LJ)*, sino por falta de la lógica que requiere que la conclusión plasmada en el fallo sea el resultado de las premisas previamente establecidas por el Tribunal.

Y es que los fundamentos jurídicos y fácticos forman un todo con la parte dispositiva esclareciendo y justificando los pronunciamientos del fallo, y pueden servir para apreciar la incongruencia interna de que se trata cuando son tan contrarios al fallo que éste resulta inexplicable. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala ha realizado dos importantes precisiones: la falta de lógica de la sentencia no puede asentarse en la consideración de un razonamiento aislado sino que es preciso tener en cuenta los razonamientos completos de la sentencia; y, tampoco basta para apreciar el defecto de que se trata, cualquier tipo de contradicción

sino que es preciso una notoria incompatibilidad entre los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva, sin que las argumentaciones obiter dicta, razonamientos supletorios o a mayor abundamiento puedan determinar la incongruencia interna de que se trata.

Desde estas consideraciones no pueden compartirse las alegaciones que se formulan por la entidad recurrente, que no toma en consideración el conjunto de los argumentos expuestos en la sentencia y tampoco justifica la existencia de contradicción entre los razonamientos de la sentencia y su parte dispositiva.

Así, la Sala de instancia hace referencia a la existencia de una relación comercial entre ambas empresas sancionadas, pero razona suficientemente sobre el alcance de la prestación de servicios regulada en el *art. 12 de la LOPD*, señalando que es una figura especial, con regulación especial, "donde el objeto del contrato, tratamiento de datos de carácter personal, al afectar a las libertades públicas y a los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente a su honor e intimidad personal y familiar, no puede quedar sometido dentro del tráfico mercantil al mismo régimen que las mercaderías o prestaciones de servicios de contenido puramente patrimonial", por lo que se impone un requisito formal, debiendo constar por escrito o, en todo caso, acreditarse formalmente su celebración, insistiendo en tales requisitos ante las alegaciones de la parte sobre la existencia de facturas y otros elementos que demuestran la existencia de una relación comercial, señalando que la cobertura formal exigida por la Ley es garantía de la existencia de la relación contractual. Y en congruencia con tales apreciaciones, descarta la existencia de la relación contractual en los términos exigidos en el *art. 12 de la LOPD* y efectúa el pronunciamiento desestimatorio del fallo, que da respuesta a las pretensiones ejercitadas en la demanda. De manera que no se aprecian las circunstancias que permitan hablar de incongruencia interna de la sentencia.

Por todo ello también este segundo motivo de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- El tercer motivo de casación se formula al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, y se denuncia la infracción del principio de presunción de inocencia reconocido en el *art. 24 de la Constitución* y lo dispuesto en el *art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al derivar de una mera presunción, la no aportación del cupón cumplimentado por Dña. Luz con los datos personales de la misma, sin otro soporte probatorio complementario, la responsabilidad de la recurrente, a pesar de reconocer que en los cupones obrantes en el expediente consta el consentimiento de quienes los rellenaron o cumplimentaron, invocando diversas sentencias sobre la presunción de inocencia y señalando que un mero indicio no tiene entidad suficiente para constituir prueba de cargo contra la recurrente.

El planteamiento del motivo parte de atribuir a la sentencia de instancia un contenido y valoración que no tiene y sólo se explica desde un deficiente y subjetivo examen de la misma, pues basta examinar la misma para observar que la Sala parte de que no se ha acreditado que los datos procedan de las fuentes accesibles al público que enumera, y señala que no sólo no ha aparecido el cupón rellenado por la interesada sino que tampoco constan otros cupones con los datos que accedieron el fichero SIERCLU, en el que constan registrados los datos de unas 25.000 personas, rechazando igualmente la alegación de la empresa interesada en el sentido de que no podía localizar el cupón porque Equipo Postal, a quien encargó la elaboración del fichero, era quien debía custodiarlo, señalando que no solo no se ha acreditado la falta de consentimiento de la hija de la denunciante sino de otros varios miles de personas cuyos datos accedieron al fichero SIERCLU.

No se trata, por lo tanto, de la sola falta de aportación del cupón en cuestión, sino de una valoración fundada de la forma generalizada de actuar en la elaboración del fichero y acceso al mismo de los datos de carácter personal, sin constancia del consentimiento una parte importante de los afectados.

Ante tan acreditada situación, resultante de los elementos de prueba tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal a quo para llegar a la convicción de la realización de la conducta tipificada como infracción, carece de fundamento la alegación de vulneración del principio de presunción de inocencia, que como señala la sentencia de 1 de octubre de 2001, "tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo definen al declarar que nadie puede ser condenado o sancionado administrativamente sin una mínima actividad probatoria lícita y legítimamente obtenida que demuestre la culpabilidad del imputado, como esta Sala ha declarado, entre otras, en Sentencias de 20 enero 1996 (Recurso de Apelación 9074/1991), 27 enero 1996 (Recurso de Apelación 640/1992) y 20 enero 1997".

Por todo ello también este tercer motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- El cuarto motivo de casación formulado al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la*

Jurisdicción, se refiere a la aplicación indebida de los arts. 6 y 11 de la LOPD, alegando que no existió en ningún caso tratamiento ni cesión de datos de carácter personal de forma inconsciente, puesto que existía consentimiento para ello prestado por parte de la interesada y, además, la puesta a disposición de los datos a la entidad Equipo Postal se amparaba en una relación de prestación de servicios, argumentando que los datos solo accedían al fichero a través de los cupones debidamente cumplimentados por los interesados, lo que implica el consentimiento inequívoco para el tratamiento de los datos y si los datos de Dña. Luz constaban en el fichero, únicamente podían haber sido recogidos mediante la remisión del correspondiente cupón, que implicaba el consentimiento de la interesada para el tratamiento de sus datos de carácter personal. Razona que la interpretación del art. 12 de la LOPD realizada por la Sala de instancia, que ofrece una doble alternativa de contrato por escrito o que pueda acreditarse mediante alguna otra forma, decae por sí sola puesto que, al interpretar que, aunque se haya acreditado la relación comercial entre ambas sociedades mediante otra forma que no sea el contrato escrito es necesaria la existencia de este último, pierde todo sentido la literalidad del art. 12 de la LOPD., además dicha interpretación es contraria a la teoría general de los contratos del Código Civil.

El motivo no puede prosperar en ninguno de sus dos aspectos, en el primero porque la falta de consentimiento de la interesada Dña. Luz es un hecho fijado por la Sala de instancia como consecuencia de la valoración de los elementos de prueba de que ha dispuesto en el proceso, a cuyo efecto es doctrina reiterada de esta Sala, sentencias de 8 de octubre de 2001, 12 de marzo de 2003 y 18 de octubre de 2003, entre otras, que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediatez, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se cohonestaba con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia.

La prueba, como ha señalado este Tribunal, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación, supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad.

Y es el caso que la parte no ha hecho valer ninguna de estas posibles vías de revisión de la valoración de la prueba en casación, por lo que ha de estarse a los hechos fijados en la instancia sin que el recurso pueda fundarse en hechos distintos como se pretende por la parte al entender justificada la existencia de consentimiento de la afectada para el tratamiento de sus datos de carácter personal.

En cuanto al segundo aspecto, relativo a la forma en que ha de constar el contrato de prestación de servicios para el tratamiento automatizado de datos de carácter personal por cuenta de terceros, ha sido examinado en sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2006, en la que se mantiene que: "sin negar el principio general de perfección del contrato por el simple consentimiento (artículo 1.258 del Código Civil EDL 1889/1), que tampoco niega la sentencia recurrida, es de hacer notar que, de los términos en que está redactado el contenido del artículo 27 (se refiere a la anterior Ley Orgánica 5/92) que se alega como vulnerado, expresamente resulta la necesidad de que conste plasmado por escrito el fin del contrato de servicios, pues a ello alude y se refiere dicho texto legal cuando prohíbe aplicar o utilizar los datos obtenidos por un tercero "con fin distinto al que figure en el contrato de servicios", lo que evidentemente hace referencia a la necesidad de plasmar por escrito ese fin determinante de la cesión para así excluir la responsabilidad en el cesionario".

Como ya señalábamos en sentencia de 27 de marzo de 2007, "A semejante conclusión se llega examinando el art. 12 de la actual Ley Orgánica 15/1999, que expresamente sujeta la realización de tratamiento por cuenta de terceros a la existencia de "un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento,...", lo que necesariamente exige una forma que refleje y deje constancia no sólo de su celebración sino de su contenido, que incluso se especifica en sus cláusulas imprescindibles en el propio precepto, lo que excluye la forma verbal que se invoca por la parte en este caso, que no es hábil para dejar constancia de tal celebración y contenido."

La parte recurrente no toma en consideración las características de este contrato, a las que alude la sentencia de instancia, que efectúa una aplicación del precepto conforme con la indicada jurisprudencia de esta Sala, que exige la constancia del mismo en forma que refleje la celebración y el contenido mínimo que se establece en el *art. 12 de la Ley*.

Por todo ello también este motivo de casación debe ser desestimado.

SEXTO.- En el quinto motivo de casación, al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley procesal*, se invoca la procedencia de la aplicación del *art. 45.5 de la LOPD*, que entiende infringido por la sentencia recurrida, al no apreciar una cualificada disminución de la culpabilidad y la antijuridicidad de los hechos, que llevaría a aplicar la escala relativa a la clase de infracción que precede inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en cada caso, alegando al efecto la buena fe de la recurrente, que no se han producido daños para el denunciante, la nula repercusión de la infracción sobre terceros y no haber obtenido beneficio económico alguno.

La Sala de instancia señala que con olímpico desprecio a lo dispuesto en la *Ley Orgánica 15/1999*, por parte de los imputados, se ha hecho cesión y tratamiento de datos personales sin observar las garantías que la propia Ley establece a favor de los derechos del afectado y sin su consentimiento, lo que denota una falta evidente en la observancia de esos deberes que conculcan claramente los principios y garantías establecidas en la LOPD, añade que las sanciones se imponen en el grado mínimo, estimándose ponderadas atendidas la naturaleza de los derechos personales afectados, los perjuicios causados a la persona interesada y la escasa diligencia en la conducta de los infractores, elementos de juicio que no quedan desvirtuados por las alegaciones que se formulan en este recurso de casación, que se refieren a otros posibles efectos de las infracciones que la parte entiende que no se han producido en este caso, pero no excluyen las circunstancias tenidas en cuenta en la instancia y que no permiten apreciar "una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho", que el citado *art. 45.5* establece como fundamento de la reducción de la sanción que se establece en el mismo.

En consecuencia el motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO.- La desestimación de los motivos invocados lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad VIVENDI UNIVERSAL GAMES IBÉRICA, S.L. 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 Administración recurrida, sin que devengue costas en tal concepto la otra parte recurrida en cuanto no formuló oposición al recurso.

OCTAVO.- Por lo que se refiere al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad EQUIPO POSTAL, S.L., conviene señalar que esta modalidad de recurso, regulado en la Sección Cuarta, Capítulo III, *Título IV (arts. 96 a 99)* de la Ley procesal de esta Jurisdicción, se configura como un recurso excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, que tiene por finalidad corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero sólo en cuanto constituyan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. "Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino "sólo" cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas... No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir" (S.15-7-2003).

Esa configuración legal del recurso de casación para la unificación de doctrina determina la exigencia de que en su escrito de formalización se razone y relacione de manera precisa y circunstanciada las identidades que determinan la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia (*art.*

97).

Por ello, como señala la sentencia de 20 de abril de 2004 , "la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico.

Si se admitiera la contradicción con esta amplitud, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del recurso de casación ordinario por infracción de la jurisprudencia cuando se invocara la contradicción con sentencias del Tribunal Supremo. No se trata de denunciar el quebrantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta. Debe, pues, apreciarse una incompatibilidad lógica entre ambos pronunciamientos, sin margen alguno de interpretación de normas diversas, de aplicación de las mismas sobre supuestos de hecho distintos o de diferente valoración de las pruebas que permita, independientemente del acierto de uno u otro pronunciamiento, justificar a priori la divergencia en la solución adoptada.

Como dice la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2000 , la contradicción entre las sentencias contrastadas ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho. Esta situación no presenta analogía alguna con la de sentencias diferentes, pese a la identidad de planteamientos normativos o de hecho entre ambas, en función del resultado probatorio que haya podido apreciarse en unas u otras".

NOVENO.- En este caso necesariamente ha de concluirse que falta la justificación de las referidas identidades de sujetos, fundamentos y pretensiones, aspectos sobre cuya concurrencia la parte no efectúa razonamiento alguno, sin referencia alguna a los sujetos intervinientes y su posición jurídico procesal, la relación jurídica material que se plantea en cada caso, las pretensiones ejercitadas y su fundamento, así como la razón de ser de los pronunciamientos efectuados en las correspondientes sentencias, en los términos establecidos por el *art. 97.1 de la Ley de la Jurisdicción* , que exige escrito razonado que deberá contener la relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada, limitándose a señalar la contradicción con la doctrina contenida en las sentencias invocadas de contraste en razón de los motivos de recurso que enuncia, sin consideración alguna a las circunstancias fácticas y jurídicas planteadas en los procesos resueltos por las mismas, entre los que ha de destacarse la apreciación de la Sala de instancia en el sentido de que la recurrente trató los datos personales de Luz sin su consentimiento y que no es cierto que se limitara exclusivamente al envío postal de la revista facilitada por Hayas Interactive, porque además realizaba operaciones que caen de lleno en la definición de tratamiento de datos (*art. 3.c*) de la LO 15/1999), por lo que el planteamiento de la recurrente supone instar una revisión del criterio aplicado en la sentencia por entender que es contrario al seguido en las sentencias de contraste, planteando así una situación equivalente a la casación ordinaria por infracción de la jurisprudencia -con la circunstancia añadida de que sólo una de las sentencias invocadas ha sido dictada por el Tribunal Supremo-, al margen de las identidades exigidas en el recurso de casación para la unificación de doctrina, que como se ha señalado antes no es un medio de eludir la inimpugnabilidad de la sentencia en casación ordinaria y ha de plantearse en razón de la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico "no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta", para poder apreciar una contradicción que haya de solventarse a través de este recurso de casación para la unificación de doctrina.

DECIMO.- En atención a todo lo expuesto, procede declarar no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, lo que determina la imposición legal de las costas causadas 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 por honorarios de Letrado de la parte recurrida.

FALLAMOS

Que desestimando los motivos invocados declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad VIVENDI UNIVERSAL GAMES IBÉRICA, S.L., como tampoco ha lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de

la entidad EQUIPO POSTAL, S.L., ambos contra la sentencia de 6 de octubre de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 927/02 , que queda firme; con imposición legal de las costas a ambas partes recurrentes, 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 Administración recurrida en cada uno de los recursos y a cargo de cada una de las recurrentes, sin que se devengue cantidad alguna en tal concepto por la otra parte recurrida en el recurso de casación, al no haber formulado oposición.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, Don Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.