

**Audiencia Nacional. Sentencia de Sentencia de 18-01-2006. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera.**

La AN desestima el recurso.

Madrid, a dieciocho de enero de dos mil seis.

Vistos por la Sala citada al margen el Recurso numero 01/255/2004 interpuesto por “ENTIDAD A” y “ENTIDAD B”, representados, respectivamente por los procuradores Sres. .... y ....., contra la resolución de fecha 2 de Abril de 2004 dictada por el Director de la Agencia Estatal de Protección de Datos dictada en el expediente numero 14/2003, habiendo sido parte el Sr. Abogado del Estado. la cuantía del recurso ha sido fijada en 60.101,21 euros.

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO:** Por los indicados recurrentes se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado ante esta sala contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose su admisión; mediante auto de fecha 22 de Septiembre de 2004 se acordó la acumulación de los dos recursos interpuestos frente a la misma resolución por lo que, una vez formalizados los trámites legales preceptivos fueron emplazado para que dedujeran los oportunos escritos de demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminaron solicitando la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acto recurrido y que se dejara sin efecto la sanción impuesta a cada uno de los dos recurrentes.

De lo que consta en el expediente y de las alegaciones de las partes en sus respectivos escritos resulta el siguiente relato de hechos:

- La empresa “ENTIDAD A” contrató con la empresa “ENTIDAD B” la actualización y aplicación de un determinado programa de Gestión Comercial llamada ..... así como la migración de sus bases de datos al nuevo sistema.

- Para llegar a dicho acuerdo, se había producido una oferta comercial de “ENTIDAD B” que había sido aceptada por “ENTIDAD A” primero telefónicamente y luego mediante una carta.

- En el desarrollo de la actividad comercial surgieron determinadas discrepancias entre ambas empresas por lo que, al parecer, no se llegó a efectuar el completo pago de lo acordado.

- “ENTIDAD A” presentó un escrito con fecha 9 de Agosto de 2002 en el que informaba de dichas discrepancias y que había recibido unas llamadas telefónicas en las que le indicaban que si no se le pagaba el total de lo acordado, “ENTIDAD B” procedería a suministrar una copia de sus bases de datos de clientes a la competencia.

- La Agencia de Protección de Datos, con esta denuncia procedió a iniciar un expediente sancionador que concluyó con la resolución que ahora es objeto del presente recurso contencioso administrativo.

**SEGUNDO:** La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

**TERCERO:** Al no haberse recibido el pleito a prueba, se dio traslado a las partes, por su orden, para conclusiones; en este trámite se evacuó en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

**CUARTO:** Con fecha 17 de Enero de 2006 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo visto para sentencia.

Ha sido ponente del presente recurso el Magistrado Iltmo. Sr. ....

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO:** Se interpone el presente recurso contencioso administrativo frente a resolución de fecha 2 de Abril de 2004 dictada por el Director de la Agencia Estatal de Protección de Datos dictada en el expediente numero 14/2003.

Dicha resolución impone a la entidad "ENTIDAD B" una multa de 60.101,21 euros por infracción del artículo 6.1, en relación con el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 45.4 de la citada Ley Orgánica.

Igualmente impone a "ENTIDAD A" una multa de 60.101,21 euros por infracción del artículo 11, en relación con el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de dicha norma y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 45.5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución considera probado que "ENTIDAD B" trató los datos de los clientes de "ENTIDAD A" sin haber suscrito, previamente, un contrato con los requisitos que señala el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/99 siendo insuficiente la documentación relativa a la oferta de servicios y a la carta de 12 de Septiembre por la que "ENTIDAD A" daba ciertas instrucciones a "ENTIDAD B" en relación al tratamiento de bases de datos. Considera la resolución que no se acreditó el cumplimiento de las garantías que se exigen en aplicación del citado artículo 12 sin que fuera suficiente la documentación aportada por las partes ahora recurrente.

Finalmente, y en relación a lo previsto en el artículo 45.5 de la Ley Orgánica 15/99 considera que como "ENTIDAD A" había puesto los hechos en conocimiento de la Agencia Española de Protección de Datos se acreditaba una especial voluntad de cumplimiento de la legalidad y de evitar incumplimientos por parte de terceras sociedades por lo que

consideró que se disminuía cualificadamente la culpabilidad y que era adecuado rebajar sustancialmente la sanción a imponer.

**SEGUNDO:** Es necesario hacer mención a algunas de las alegaciones y argumentos vertidos por los recurrentes en sus escritos de demanda y conclusiones.

Por lo que se refiere a la falta de motivación tanto de la propuesta de resolución como del acuerdo de iniciación del expediente, resulta que la exigencia del artículo 54 de la Ley 30/92 es predicable de las resoluciones que se dicten en un procedimiento administrativo, y no de aquellas otras resoluciones interlocutorias ó de trámite cuyas exigencias de motivación son infinitamente menores.

En cualquier caso, la resolución de inicio de expediente sancionador que obra al folio 53 del expediente administrativo está suficientemente motivada y ello pues se realiza una indicación de los hechos y de la instrucción realizada así como de la documentación que se ha incorporado al expediente administrativo, también se recoge una mención de los preceptos que se pueden considerar infringidos y, finalmente, se mencionan las sanciones que se podrían imponer. Todo ello es suficiente como para justificar debidamente la iniciación del expediente habiéndose puesto de manifiesto a los interesados los términos en los que se va a tramitar el expediente sancionador.

Tampoco puede entenderse suficientemente justificado que se haya producido indefensión y ello pues ambas partes recurrentes ha podido realizar cuantas alegaciones han convenido a sus legítimos intereses. Consta que se le concedió audiencia antes de dictarse la resolución de inicio del expediente sancionador; también con posterioridad a dicho inicio, y tras dictarse la propuesta de resolución, presentaron escritos de alegaciones y, finalmente, interpusieron recurso contencioso en el que no se acordó el recibimiento del pleito a prueba por no ser necesario y no solicitarlo las partes recurrentes.

La representación procesal de "ENTIDAD A" basa, también, su impugnación en que se ha producido una violación de los principios de presunción de inocencia y de carga de la prueba sobre la base de que no se había averado la autenticidad del contrato suscrito con la oferta económica remitida y aceptación de la misma por "ENTIDAD A".

En relación a la supuesta violación de la presunción de inocencia resulta que una vez verificada la realidad de los hechos por los servicios de la Agencia y alegada una causa de exención de responsabilidad por el inspeccionado a éste corresponde su prueba. En este sentido e nuestra SAN (13) de 12 de mayo de 2001 (Rec. 12/200) hemos dicho que: "lo que garantiza el principio de presunción de inocencia, al que se refiere el art 137 de la Ley 30/1992, es que no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe actividad probatoria de cargo que, en la apreciación de los órganos o autoridades llamadas a resolver, no destruya dicha presunción" -ATC 1041/1986, de 3 de diciembre-; pero en ningún caso significa que existiendo una prueba de cargo suficiente obtenida en base a medios probatorios lícitos, el sancionado esté exento de toda actividad probatoria tendente a justificar su conducta. En este sentido, la STS (23) de 26 de julio de 1988, sostiene que: "frente a las pruebas no solo indiciarias, sino también de cargo. . . , el interesado en su momento no llevó a cabo la imprescindible contraprueba, incidiendo en el error tantas veces observado por este Tribunal, de entender que este principio presuntivo supone, sin más, una inversión de la carga de la prueba". En el mismo sentido, la STS (2a)

de 31 de marzo de 1999, sostiene que existiendo prueba lícita y de cargo suficiente, debe entenderse que no existe vulneración del principio de presunción de inocencia, al no ofrecerse la oportuna "contraprueba o explicación racional y convincente del acusado"

**TERCERO:** Una vez despejados los inconvenientes procesales planteados por las dos partes recurrentes, es necesario entrar en el fondo de la cuestión planteada y para ello hay que partir de la base de que el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/99 considera infracción grave "Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave".

El apartado b) del artículo 44.4 considera infracción muy grave "La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas".

Estos preceptos se deben relacionar con aquellos en los que se basa la resolución recurrida, en primer lugar es necesario partir del principio general en la materia que es el del consentimiento en el tratamiento de datos de carácter personal; en relación a esta cuestión es necesario partir de los preceptos fundamentales: - El artículo 6.1, que es de carácter general, establece que: El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

- El artículo 11.1 se refiere al tratamiento de datos y establece que: Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

Ambos preceptos, en el caso que nos ocupa, se deben relacionar directamente con lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/99 que establece una excepción al principio general de consentimiento en el tratamiento cuando este procede de la ejecución y cumplimiento de un contrato; establece dicho precepto, en sus párrafos 1 y 2, que: 1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en 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, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

Por lo tanto, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/99 permite el tratamiento de datos cuando medie un contrato pero dicho contrato debe reunir una serie de requisitos que proceden de la simple y detallada lectura del precepto en cuestión:

1.- El contrato debe ser escrito ó en forma asimilada que permita acreditar su contenido. Es decir, se admite cualquier forma de documentación que permita acreditar el contenido del contrato (por ejemplo en formato informático); de esta exigencia cabe deducir que lo relevante no es tanto el formalismo sino el contenido que debe poder ser acreditable en cada caso.

2.- Se debe recoger expresamente que el encargado del tratamiento (en este caso "ENTIDAD B") solo debe poder efectuar el tratamiento con arreglo a las instrucciones del responsable del tratamiento (en este caso "ENTIDAD A").

3.- El encargado del tratamiento no debe utilizar los datos para un fin distinto al del contrato, ni los transmitirá a terceros.

4.- Se deben detallar las medidas de seguridad a las que se refiere el artículo 9 de la ley cuando dice que "El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural".

**CUARTO:** La cuestión central del presente procedimiento radica en determinar si la exigencia de que la realización de tratamiento esté regulada en un contrato se ha cumplido en el caso presente mediante la realización de la oferta y de la aceptación que aparecen realizadas en el caso que nos ocupa. Efectivamente, consta realizada por "ENTIDAD B" a "ENTIDAD A" una oferta económica (aportada al expediente al folio 17 y ss) y la aceptación remitida por "ENTIDAD A" a "ENTIDAD B" mediante la carta de fecha 7 de Septiembre de 2001 que también aparece aportada al expediente y cuyo original obra unido al presente recurso contencioso.

El detallado análisis de dicha documentación permite obtener las siguientes conclusiones:

- La oferta económica no recoge ninguna mención relativa a las exigencias de protección de datos ni relativas a la Ley Orgánica 15/99 y se trata de una mera oferta de contenido económico en la que se define el producto que se va a instalar, su precio y su forma de pago.

- La aceptación que obra en la carta de 7 de Septiembre de 2001, aún sin citar ni la Ley Orgánica 15/99 ni sus exigencias, recoge tres indicaciones especiales:

. Solo se deben migrar los datos de MS2 a Windows.

. Solo se debían tratar los datos con arreglo a las instrucciones recibidas (que no se concretan).

. No se deben comunicar los datos a terceros.

Por lo tanto, contrastando las exigencias del artículo 12 con la realidad de lo que consta en la documentación cruzada por las partes para documentar su relación comercial queda suficientemente acreditado, a juicio de esta Sala, que, al menos los requisitos identificados con los números 3 y 4 en el Fundamento Jurídico anterior no se cumplieron en el caso presente y que el "contrato" suscrito entre las partes, aunque pueda tener validez a otros efectos, no puede tener validez a los efectos de cumplir las exigencias de la Ley de Protección de Datos.

Las exigencias del mencionado artículo 12 de la Ley Orgánica 15/99 no pueden entenderse por cumplidas con una simple documentación fragmentaria, sino que lo necesario es un cumplimiento escrupuloso de las exigencias que derivan de dicho precepto. Esto mismo lo ha dicho ya esta Sala en otros asuntos semejantes al presente en los que se trataba de valorar la suficiencia de determinadas formas contractuales suscritas por las partes afectas.

Así en la Sentencia del recurso 101/2003 (de fecha 16 de Febrero de 2005) en el que no se valoró como suficiente una "circular" redactada unilateralmente por una de las partes supuestamente contratante. En el mismo sentido se pronuncia esta Sala en la sentencia del recurso 153/2003 relacionado con aquel y que trataba de una cuestión semejante.

La sentencia dictada por esta Sala y Sección en fecha 15 de Noviembre de 2002 se refería a una cuestión semejante a la que 'ahora nos ocupa pero referida a la aplicación del artículo 27 de la Ley Orgánica 5/92 que establecía que: "Quienes, por cuenta de terceros, presten servicios de tratamiento automatizado de datos de carácter personal no podrán aplicar o utilizar los obtenidos con fin distinto al que figure en el contrato de servicios, ni cederlos, ni siquiera para su conservación, a otras personas".

Dicha sentencia (correspondiente al recurso 732/2000) concluía con la falta de documentación escrita lo que justificaba la imposición de la sanción pero en este caso se plantea una cuestión distinta que es la que hace referencia a si (aún existiendo una cierta documentación escrita) dicha documentación es suficiente para cumplimentar los requisitos señalados por la Ley Orgánica 15/99.

**QUINTO:** Por lo tanto, lo que se cuestiona en este caso no es la suficiencia de la documentación cruzada entre las dos partes recurrentes para la formalización del contrato, sino que lo que se cuestiona es si dicha documentación puede considerarse contrato a los efectos y con las garantías que exige el artículo 12 de la ley Orgánica 15/99.

Las relaciones entre "ENTIDAD A" y "ENTIDAD B" aparecen suficientemente documentadas con los documentos de oferta y aceptación a los que ya hemos hecho referencia; ahora bien, la validez de dichos documentos desde el punto de vista civil y mercantil y el cumplimiento de los requisitos que se contemplan en los artículos 1254, 1258, 1262 Y 1278 (que citan reiteradamente ambas partes recurrentes) no es suficiente a la hora de valorar la suficiencia desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

Es decir, la validez civil y mercantil de dicha documentación (validez que no ha sido puesta en cuestión en este recurso contencioso) no justifica que desde este otro punto de vista sea exigible un complemento de requisitos y que un posible incumplimiento de dichos

requisitos haga que la conducta de las empresas recurrentes sea sancionable por incumplimiento de las exigencias de la ley Orgánica 15/99.

No puede interpretarse toda esta cuestión' tal como hace la representación procesal de "ENTIDAD A" que pretende justificar que en el caso que nos ocupa la documentación de la relación entre las dos recurrentes se encuentra documentada en dos documentos distintos: lo que se tiene que acreditar no es que existe documentación sino que se han cumplido los requisitos de los contratos que recoge la ley en cuestión.

La necesaria protección de los derechos de los afectados y titulares de los datos que fueron tratados por la empresa "ENTIDAD B" obliga a que se exija una documentación mas exigente que la simplemente mercantil para la validez del contrato en cuestión y que dicho contrato, si bien puede ser suficiente a los efectos civiles ó mercantiles, no sea bastante para garantizar los derechos relativos a la protección de datos.

Todo ello justifica la integra desestimación de las demandas y la confirmación de la resolución sancionadora objeto del presente recurso contencioso.

**SEXTO:** Por aplicación de lo establecido en el artículo 139 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento.

Vistos los preceptos citados por las partes Y. los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos

### **FALLAMOS**

Que desestimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador ..... Y ....., en la representación que ostenta de "ENTIDAD A" y "ENTIDAD B", contra la resolución descrita en el primer fundamento de esta Sentencia, debemos confirmar la resolución recurrida. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y fallamos.

**PUBLICACIÓN:** Publicada ha sido la anterior sentencia en la forma legalmente prevista. Doy fe. Madrid, a veintiséis de enero de dos mil seis.