

Sentencia de la Audiencia Nacional de 21-06-2002. Sala de lo contencioso-administrativo. Sección Primera. Campañas publicitarias. Responsable del fichero y cesiones de datos.

Madrid, a veintiuno de junio de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso Administrativo que ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 990/2000 se tramita a instancia de LA EMPRESA "A" representada por la Procuradora Dña.....contra la Resolución de 18 de agosto de 2000 sobre infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Señor Abogado del Estado, siendo la cuantía de 50.000.001 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el día 20 de octubre de 2000, acordándose por providencia de 6 de noviembre siguiente su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/98 y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el día 5 de febrero de 2001, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que " estimando la pretensión de esta representación y de acuerdo con los argumentos expuestos en el cuerpo del presente escrito, declare la nulidad de pleno derecho de la citada resolución y del procedimiento sancionador origen de la misma y, en su defecto, declare la disconformidad a derecho, anulando, revocando y dejando sin efecto la impugnada resolución y el procedimiento sancionador origen de la misma, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el día 9 de marzo de 2001, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso y se confirmara la resolución administrativa impugnada dada su conformidad a Derecho, con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba mediante Auto de 16 de marzo de 2001, se practicó la prueba documental propuesta así como la testifical, con el resultado que consta en las actuaciones.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio traslado para conclusiones a la parte actora, y después al Sr. Abogado del Estado, quienes las evacuaron en sendos escritos, en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Conclusos los autos, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 19 de junio de 2002 en que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 9 de octubre de 2000, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma APD de 18 de agosto de 2000 en la que se acuerda:

1. Imponer a LA EMPRESA "A" por una infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación de Tratamiento de Datos de Carácter Personal, tipificada como muy grave en el artículo 43.4.b) de dicha norma, una multa de 50.000.001 pesetas, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.3 de la citada Ley Orgánica.
2. Declarar la ausencia de responsabilidad de LA EMPRESA "A" respecto de la imputación de infracción del artículo 6 de la LORTAD.
3. Declarar la ausencia de responsabilidad de LA ENTIDAD "B" respecto de los hechos que se le imputan en el presente procedimiento sancionador.
4. Requerir a LA EMPRESA "A" para que adopte las medidas de orden interno que impidan que en el futuro pueda producirse una nueva infracción del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 5/1992, con la indicación de que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 48 de la citada Ley, si el requerimiento fuera desatendido la Agencia de Protección de Datos podrá inmovilizar el fichero automatizado del que procedan los datos cedidos. A tal efecto, deberán remitir a esta Agencia las medidas adoptadas, en el plazo de un mes a contar desde la recepción de esta Resolución.

La resolución combatida declara como hechos probados los siguientes:

1. Dña..... recibió en su domicilio, a finales del año 1998, un encarte publicitario de LA ENTIDAD "B" en el que se especificaba, en su parte inferior y en su letra pequeña, que la información utilizada para este mailing ha sido suministrada por LA EMPRESA "A", con domicilio en C/....., donde usted puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación y cancelación. Este envío publicitario se enmarca dentro de la campaña realizada por LA ENTIDAD "B",

en el mes de septiembre de 1998, dirigida a 331.412 personas físicas de 36 provincias españolas, siendo el origen de todos los datos utilizados LA EMPRESA "A".

2. Para la realización de dicha campaña, LA EMPRESA "B" indicó a LA EMPRESA "A" el número de envíos a realizar, así como la selección de los destinatarios, elegidos por códigos postales relativos a las zonas de influencia en que se encontraban las ópticas dirigidas por LA ENTIDAD "B". Asimismo, LA EMPRESA "A" quedaba encargada de la obtención de los registros informáticos, la impresión de las cartas con el texto previamente aportado por LA ENTIDAD "B", el plegado de las cartas, su ensobrado, franqueo y envío a los destinatarios finales, operaciones que fueron realizadas por terceras empresas contratadas por LA EMPRESA "A". Para la realización de estos servicios, LA EMPRESA "A" utilizó los servicios de LAS EMPRESAS "D" y "F", a quienes entregó el fichero automatizado con datos de carácter personal previamente obtenido de LA EMPRESA "Q" y cobró a LA ENTIDAD "B" la cantidad de 4.106.456 pesetas (factura 98416, de 14/09/98) y unos gastos adicionales por franqueo y distribución de correspondencia de 663.697 pesetas (factura 233, de 14/09/98).

3.-A su vez, LA EMPRESA "A" contrató los servicios de LA EMPRESA "Q" para que le proporcionara, en régimen de alquiler, los registros (datos) necesarios para la realización de la campaña encargada por LA ENTIDAD "B", abonando por ello la cantidad de 454.089 pesetas.

4.-LA EMPRESA "Q" es una empresa dedicada a la manipulación de correspondencia y envíos diversos, actualmente en paradero desconocido, que tiene suscrito con LA EMPRESA "A" un compromiso de confidencialidad, de fecha 16 de febrero de 1998, en el que se menciona que LA EMPRESA "A" hará entrega a LA EMPRESA "Q" de los registros informáticos conteniendo los datos de los destinatarios a quienes debe hacerse llegar las piezas postales y que los datos contenidos en los registros hacen referencia a clientes y usuarios de LA EMPRESA "A"; asimismo, LA EMPRESA "Q", y LA EMPRESA "A" tienen suscrito un contrato denominado de prestación de servicios, de fecha 21 de marzo de 1997, por el que la primera se compromete y obliga a prestar los servicios contratados por LA EMPRESA "A" con sus bases de datos, siendo LA EMPRESA "Q" la única responsable de tales datos, de su captación, tratamiento y mantenimiento.

5.- Durante la tramitación del procedimiento sancionador PS/00049/1999, se realizaron las Inspecciones 11/99 y 12/99, de fecha 11 de noviembre de 1999, en los locales de LA EMPRESA "A", en las que se constató que dicha empresa posee varios ordenadores personales que no disponen de datos de carácter personal.

SEGUNDO.- Como consideraciones más importantes en las que la parte actora sustenta la pretensión impugnatoria de su demanda, se exponen, en síntesis, las siguientes:

1. Exclusión del ámbito de aplicación de la LORTAD de LA EMPRESA "A" dado que la actividad desarrollada por la misma ha sido la de mera intermediaria de servicios de publicidad entre la beneficiaria de tal publicidad (LA ENTIDAD "B") y los terceros proveedores.

2. Existencia de un contrato de mandato entre LA ENTIDAD "B" y la actora del que obran suficientes pruebas consistentes tanto en las facturas emitidas por la primera a la actora como en el correspondiente abono de los importes facturados por parte de LA ENTIDAD "B".

3. Inexistencia de denuncia contra LA EMPRESA "A".

4. LA EMPRESA "A" no es responsable del fichero en los términos previstos en el artículo 3.d) de la LORTAD, siendo responsable del mismo, en su caso, LA EMPRESA "Q".

5. Ausencia de cesión de datos de LA EMPRESA "A" a LAS EMPRESAS "D"Y "F"(artículo 11 de la Ley) al constar en autos prueba documental de que el soporte informático que contenía los datos personales de los destinatarios de la campaña publicitaria encargada por LA ENTIDAD "B", era entregado directamente por el responsable del fichero: LA EMPRESA "Q" a LA EMPRESA "F". Así figura en la hoja de pedido que consta en el folio 444 del expediente.

6. Inexistencia de cesión de datos de LA EMPRESA "A" a LAS EMPRESAS "F" y "D", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la LORTAD. Dado que dicho precepto no exige que el contrato celebrado entre las partes sea escrito, sino que puede ser verbal, y dado que las facturas que obran en el expediente acreditan que los servicios realizados han sido aceptados y satisfechos plenamente por las empresas participantes en el proceso de producción y ejecución de la campaña de audífonos de LA ENTIDAD "B".

7. Consulta realizada por LA EMPRESA "A" a la Agencia de Protección de Datos sobre el desarrollo de su actividad, que se contesta por tal APD mediante Resolución de 18 de junio de 1998 y que mantiene un criterio distinto al del presente procedimiento, criterio distinto que asimismo se sostiene por el Abogado del Estado de la APD en la resolución de 29 de septiembre de 1998.

8. Falta de práctica de pruebas testificales admitidas por la Agencia de Protección de Datos, respecto de LA EMPRESA "Q", LA EMPRESA "D", LA EMPRESA "F"y LA ENTIDAD "B", por ser desconocidas o ausentes, que origina indefensión.

El Abogado del Estado se opone a la demanda dando sustancialmente por reproducidas las consideraciones de la resolución administrativa impugnada y añadiendo que, en cuanto a las alegaciones adicionales formuladas por LA EMPRESA "A" en su recurso, las mismas han de decaer por lo siguiente: La hoja de pedido que según dicha actora demuestra que no cedió los datos a LA EMPRESA "F" ni a LA EMPRESA "D", como se le imputa, sino que fue LA EMPRESA "Q" la que entregó el fichero a LA EMPRESA "F", carece de la suficiente fuerza probatoria por cuanto lo que contiene son compromisos a realizar o manifestaciones de intenciones, que no han sido corroboradas posteriormente por otros documentos que acreditan que fue LA EMPRESA "Q" y no LA EMPRESA "A" la que entregó los ficheros a LA EMPRESA "F", máxime cuando LA EMPRESA "Q" se encuentra desaparecida desde enero-febrero de 1998, es decir, antes de la supuesta firma de tal compromiso. LA EMPRESA "A", concluye el Abogado del Estado, ha cometido la infracción muy grave descrita, al ceder los datos de carácter personal sin consentimiento de los afectados y sin provenir los datos de fuentes accesibles al público, por lo que procede la conformación de la sanción así como la íntegra imposición de costas procesales a tal parte recurrente.

TERCERO.- Dos son, sintéticamente, las cuestiones jurídicas que se plantean en el presente recurso por LA EMPRESA "A". En primer lugar ha de resolverse si es posible imputar a dicha entidad la sanción impuesta por la AGP, tanto por hallarse la misma comprendida dentro del ámbito de aplicación de la LORTAD, como por ser posible considerarla responsable del fichero en los términos de dicha Ley. En segundo lugar, y de ser afirmativa la anterior premisa, ha de enjuiciarse si la actuación llevada a cabo por LA EMPRESA "A", es una cesión inconsentida en los términos del artículo 11 de la LORTAD y no encuadrable en la prestación de servicios regulada en el artículo 27 de la misma Ley Orgánica.

Como cuestión previa, y de carácter procedimental, ha de manifestarse que la invocada indefensión originada por la falta de práctica de pruebas testificales propuestas por la recurrente y admitidas por la Agencia de Protección de Datos, respecto de LA EMPRESA "Q", LA EMPRESA "D", LA EMPRESA "F" y LA ENTIDAD "B", ha de decaer. Además de que dicha omisión en ningún caso es imputable a la Administración, sino, tal y como reconoce la actora en la demanda, a las propias empresas citadas, por hallarse desconocidas o ausentes, en cualquier caso tal hipotética indefensión habría sido reparada en el presente procedimiento judicial, en el que ha sido admitida y practicada la prueba testifical que LA EMPRESA "A" propuso respecto de LA EMPRESA "Q", LA EMPRESA "D", LA EMPRESA "F" y LA ENTIDAD "B" (no siendo posible, únicamente, tal práctica respecto de LA EMPRESA "Q" por resultar negativa la diligencia de citación).

CUARTO.- La parte recurrente invoca en primer término su carácter de mera intermediaria entre la empresa beneficiaria de la publicidad (LA ENTIDAD "B") y los terceros proveedores, así como la existencia de un mero contrato de mandato entre ella y LA ENTIDAD "B", intermediación y contrato de los que derivaría la inaplicación de la Ley de Protección de Datos.

La ingente prueba documental incorporada a las actuaciones, sin embargo, desvirtúa dichas alegaciones. En efecto, figura como documento 13 la información que LA ENTIDAD "B" remite a la APD, a requerimiento de ésta y respecto de los datos de la campaña publicitaria realizada, en el que aquélla, tras describir tal campaña (de audífonos, en septiembre de 1998), la zona geográfica afectada, el número de envíos realizados (331.412), añade que el origen de los datos utilizados proviene de LA EMPRESA "A", empresa de marketing que ha intervenido y que es proveedor de la base de datos utilizada. Tal acreditación de que fue la actora la que contrató directamente y exclusivamente con LA ENTIDAD "B" la realización de la campaña publicitaria en cuestión, encargándose de la impresión de cartas con el texto previamente aportado por LA ENTIDAD "B", el plegado de las mismas, su ensobrado y también del franqueo y envío de dichas cartas, resulta asimismo de la factura que por su realización LA EMPRESA "A" cobró a dicha ENTIDAD "B", por un importe total de 9.164.972 Ptas., según figura en el folio 236 del expediente más los gastos de suplido que importe de 663.697 ptas (folio 237). Actividad de prestación de servicios de publicidad que, por otra parte, se reconoce por la propia entidad actora, así en el folio 229 del repetido expediente, en el que en consulta dirigida a la APD manifiesta textualmente lo siguiente: " Somos una empresa de Servicios de Publicidad, que planificamos, creamos e intermediamos acciones publicitarias por encargo y a favor de nuestros clientes. Dentro de los servicios que ofrecemos, se incluyen la creación, planificación y manipulación de mailing, para lo cual en determinadas ocasiones necesitamos utilizar registros informatizados de compradores potenciales del producto que nuestro cliente ofrece."

Por otra parte, y además de que la recurrente contrató con LA ENTIDAD "B" la prestación de servicios de publicidad descritos (y no como simple mandataria o intermediaria), la misma, a juicio de esta Sala, también ha de ser considerada responsable de los ficheros analizados, por las razones que se expresan a continuación.

Es el artículo 3.d) de la LORTAD el que señala que es responsable del fichero toda persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. En el mismo sentido el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE define al responsable del tratamiento como 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. En el caso de que los

finos y los medios del tratamiento de datos personales estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el derecho nacional o Comunitario. La figura del responsable del fichero se conecta, pues, en la Ley con el poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, poder de decisión que ha de diferenciarse de la realización material de actividades que integran el tratamiento, ya que será responsable tanto quien decida y trate como quien, teniendo poder de decisión, encomiende la materialidad del tratamiento a un tercero que actúe bajo la dependencia o instrucciones del primero.

En el presente supuesto, tal y como pone de manifiesto la APD, ha sido LA EMPRESA "A" quien ha decidido sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. Sobre la finalidad por haber alquilado los datos a LA EMPRESA "Q" para organizar la campaña de publicidad ya aludida. Sobre el contenido puesto que tales datos alquilados y usados en la campaña, eran los de personas que tuvieran determinadas características (domicilios próximos a las tiendas de LA ENTIDAD "B"). Y sobre el uso puesto que era también la entidad actora la encargada de enviar los registros a los destinatarios finales.

QUINTO.- La existencia o inexistencia de cesión de datos por parte de la entidad actora a LAS EMPRESAS "F" y "D", que es lo que constituye el núcleo gordiano de la presente contienda, exige recordar que 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", precepto reproducido 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, en desarrollo del Art. 18.4 de la Constitución, 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.

Tal protección que se dispensa al ciudadano frente al tratamiento de datos personales sin su consentimiento se proyecta, también, sobre la hipótesis de la cesión. En este sentido, el Art. 11.1 de la Ley Orgánica 5/1992 determina que "los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado".

Dicho precepto ha de ser completado con el artículo 1.2 del RD 1332/1994 de 20 de junio, que referido a ficheros automatizados, definía la cesión como toda obtención de datos resultante de la consulta a un fichero, la publicación de los datos contenidos en un fichero, su interconexión con otros ficheros y la comunicación de datos realizada por una persona distinta de la afectada.

Y también con la Directiva 95/46/CE, que se refiere a la cesión dentro de la definición referida al tratamiento y la define como comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso de los datos, cotejo o interconexión.

El adecuado análisis de la cuestión exige poner de manifiesto que dicho concepto de cesión no puede ser más amplio, pues se entiende por tal toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado. Suponiendo que determinados datos se encuentren en poder del titular o responsable del fichero, cualquier comunicación de los mismos a una persona distinta del interesado o afectado constituye cesión en sentido técnico; exigiéndose, como requisito de necesaria concurrencia para que sea válida la revelación de los datos a un tercero, que dicho consentimiento del interesado sea previo (a diferencia del requerido con carácter general para el tratamiento de los datos).

En el presente supuesto resulta que para organizar la campaña publicitaria que LA ENTIDAD "B" encargó a LA EMPRESA "A", ésta alquiló a LA EMPRESA "Q" los registros de datos personales necesarios para su realización, registros informáticos que fueron entregados por LA ENTIDAD "Q" a LA EMPRESA "A", y por los que esta última pagó la cantidad de 526.743 Ptas. (folio 238 del expediente). Dicha entrega se basaba en el compromiso de confidencialidad que habían suscrito dichas empresas con fecha de 16 de febrero de 1998 y asimismo en el contrato celebrado entre las mismas el 21 de marzo de 1997 anterior, en virtud del cual " LA EMPRESA "A" tanto en interés propio como en interés de sus clientes, desea contratar los servicios que puede prestarle LA ENTIDAD "Q" (dedicada a la obtención y comercialización de direcciones) con uso por ésta de los ficheros de datos que obran en su poder" (folios 256 y 257 del expediente).

Consideramos que, tal y como argumenta la resolución administrativa impugnada, ha sido probado que para la realización de la repetida campaña publicitaria, LA EMPRESA "A" utilizó los servicios de LAS EMPRESAS "D" y "F", empresas a las que entregó el fichero automatizado de datos que previamente había alquilado a LA EMPRESA "Q". En consecuencia, según se acredita a través de los folios 22 y 23, 239, 240, 241 y 242 del expediente, y contrariamente a lo argumentado en la demanda, esta Sala entiende que se ha producido una cesión de datos por parte de la entidad actora a LAS EMPRESAS "D" y "F" para que éstas realizaran materialmente las actividades de la campaña publicitaria, consistentes en la impresión láser de los datos personales en la carta promocional creada por LA ENTIDAD "B", así como la

manipulación, ensobrado y también la distribución y franqueo de la correspondencia a los destinatarios finales.

SEXTO.- Se opone la entidad recurrente a tal conclusión esgrimiendo la hoja de pedido que consta en el folio 444 del expediente, que a su juicio acredita que el soporte informático que contenía los datos personales de los destinatarios de la campaña fue entregado directamente por LA EMPRESA "Q" a LA EMPRESA "F".

Es este un documento de fecha 24 de julio de 1998 suscrito entre LA EMPRESA "Q" y LA EMPRESA "A" sobre "características del pedido", que considera como tal el alquiler de registros informáticos de fichero automatizado responsabilidad de LA EMPRESA "Q" en nombre de nuestro cliente LA ENTIDAD "B", y que contiene las siguientes instrucciones de entrega : " LA EMPRESA "Q" se compromete a depositar directamente mediante un disquete informático el fichero donde se contiene los registros alquilados por LA EMPRESA "A" en el domicilio social de LA EMPRESA "F"; asimismo LA EMPRESA "Q" dará instrucciones a LA EMPRESA "F" para la destrucción del fichero con los registros responsabilidad de LA EMPRESA "Q", así como el disquete informático en el que ha suministrado el fichero con los registros.... En ningún momento LA EMPRESA "A" accederá directa o indirectamente al fichero donde se contiene los registros responsabilidad de LA EMPRESA "Q" alquilados para la campaña de publicidad " Audífonos ENTIDAD B septiembre 1998" no teniendo por tanto LA EMPRESA "A" conocimiento alguno respecto de los datos contenidos en dicha base de datos".

Además de que, tal y como refiere el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, tal documento lo que contiene son compromisos a realizar manifestaciones de intenciones, que no han sido corroboradas posteriormente por otros documentos que acrediten que fue LA EMPRESA "Q" y no LA EMPRESA "A" la que entregó los ficheros a LA EMPRESA "F", máxime cuando LA EMPRESA "Q" se encuentra desaparecida desde enero-febrero de 1998, es decir, con anterioridad a la supuesta firma de tal compromiso lo cierto es que dicho documento lo que evidencia es que LA EMPRESA "A" no tenía necesidad de tener conocimiento de los datos entregados a LA EMPRESA "F" (y a LA EMPRESA "D") pero no es prueba suficiente de que tal actora no haya comunicado o revelado tales ficheros informatizados de datos (previamente alquilados a LA EMPRESA "Q") a una persona distinta del interesado o afectado sin consentimiento de sus titulares, conducta que, como ya se ha manifestado con anterioridad constituye cesión de datos de carácter ilícito al no estar respaldada por el consentimiento del titulares de tales datos (artículo 11.1 de la LORTAD).

Se invoca asimismo por la demandante, que tal entrega de datos se hallaría amparada por lo dispuesto en el artículo 27 de la LORTAD, precepto cuyo tenor literal era el siguiente:

"1. 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.

2. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal tratados deberán ser destruidos, salvo que medie autorización expresa de aquél por cuenta de quien se prestan tales servicios, porque razonablemente se presume la posibilidad de ulteriores encargos, en cuyo caso se podrán almacenar con las debidas condiciones de seguridad por un período de cinco años".

En consecuencia, tal art. 27 faculta al titular del fichero (como mero depositario de los datos) para que pueda obtener la colaboración de un tercero que le preste el servicio (por no disponer de las necesarias aplicaciones informáticas o por meras razones de conveniencia) de tratamiento automatizado de estos datos de carácter personal, obligándose el tercero contratante a no aplicar o utilizar los datos obtenidos con fines distintos al del tratamiento proyectado, ni cederlos, ni siquiera para su conservación, a otras personas. En definitiva se trata de un precepto que constituye una excepción extraordinaria al art. 11.1, lo que justifica su interpretación restrictiva.

Aplicando tal doctrina al presente supuesto, en él no hay documentación ninguna referida a las relaciones entre la actora y LAS EMPRESAS "D" y "F", lo que excluye la aplicación del referido artículo 27. Ello puesto que las operaciones que puedan subsumirse bajo esta figura, ya impliquen el tratamiento técnico de los datos, la confección de campañas de promoción o la personalización de envíos de correspondencia, exclusivamente en favor de la persona contratante del servicio, en ningún caso amparan, bajo una u otra forma, la cesión a terceros sin el consentimiento del afectado, consentimiento que en el presente supuesto no puede presumirse ante la inexistencia de un contrato escrito entre LA EMPRESA "A" y dichas empresas y dado que no ha sido propuesto ninguno otro medio probatorio acreditativo de la existencia del contrato de servicios a que se refiere el precepto, por lo que tampoco la conducta de LA EMPRESA "A" puede ser considerada como prestación de servicios de tratamiento automatizado de datos amparada en la repetida norma.

SÉPTIMO.- El Art. 43.4 b) de la Ley de Regulación de Tratamiento de Datos de Carácter Personal sanciona con falta muy grave "La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas". infracción para la que el Art. 44.3 prevé una multa de 50.000.001 Pts. a 100.000.000 Pts.

Así pues, ha de llegarse a la conclusión que se ha producido una cesión de datos de carácter personal, fuera de los casos en que está permitida.

Esta Sala, atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, al grado de intencionalidad, a los daños y perjuicios causados y a las demás circunstancias concurrentes, referidas en el artículo 44.4 de la repetida Ley en relación con el artículo 131 de la Ley 30/1992, tomando especialmente en consideración la proporcionalidad que necesariamente ha de existir entre el hecho cometido y la sanción a imponer, y puesto que además no concurre ninguna de las causas justificadas que para atenuar el eventual excesivo rigor de la sanción contempla el nuevo ordinal 5 del artículo 45 de la Ley Orgánica 15/1999 (norma sancionadora que al ser más favorable podría ser aplicable retroactivamente), considera por todo ello que procede confirmar la imposición de la sanción de multa de 50 .000.001 Ptas.

Razones todas las anteriores que conducen a la desestimación del recurso, sin que concurren las causas expresadas en el Art. 139 de la LJCA para la imposición de las costas a ninguna de las partes.

FALLO:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de LA EMPRESA "A" contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 18 de agosto de 2000, así como contra la de 9 de octubre siguiente que desestima el recurso de reposición frente a la anterior, resoluciones que declaramos conforme a Derecho, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN:

Leída Y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Doy fe.