



Expediente Nº: E/03555/2011

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **EN AVANT GUARD, S.L.**, en virtud del escrito remitido sentada ante la misma por la autoridad italiana en materia de protección de datos **GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 18 de julio de 2011, tuvo entrada en esta Agencia escrito de la **GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI** informando que en el curso de las actividades de inspección realizadas a la entidad EUROSMS, empresa especializada en promocionar números de teléfono móvil y direcciones de correo electrónico para campañas de marketing, se ha tenido conocimiento de que el propietario de dicha entidad, **A.A.A.**, había creado en Barcelona a comienzos del año 2010 la empresa "EN AVANT GUARD, S.L." la cual, según la referida autoridad italiana maneja "SMS en bloque" y servicios de "correo electrónico masivo".

Dado que, como fruto de dichas investigaciones, se ha ordenado a la entidad EUROSMS el cese de cualquier tratamiento adicional de ciertos datos personales con fines de marketing, el Garante italiano ha informado a la Agencia Española de Protección de Datos, (en adelante AEPD), de los hechos anteriormente expuestos para que establezca si debe tomar cualquier medida en relación con las operaciones de tratamiento de datos llevadas a cabo por la misma.

SEGUNDO: Tras la recepción del mencionado escrito, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación, ello a fin de comprobar si las actividades desarrolladas por la mencionada empresa pudieran vulnerar la normativa de protección de datos o, en su caso, incumplir los requisitos establecidos para el envío de publicidad por medios de comunicación electrónica en los aspectos competencia de esta Agencia.

1. Con fecha 28 de marzo de 2012 se realizan las siguientes comprobaciones:

1.1 La entidad EN AVANT GUARD es titular del sitio web smsadvertising.es, disponiendo de un servidor web www.smsadvertising.es en el que se ofertan servicios de marketing perfilado mediante SMS y correo electrónico, asegurándose en dicho sitio web que la entidad dispone de una base de datos con más de 2.6 millones de números telefónicos.

1.2 En el Registro General de Protección de Datos de esta Agencia no consta ningún fichero inscrito a nombre de dicha entidad

2. Mediante Diligencia de fecha 11 de abril de 2012 se informa sobre el resultado de la actuación de inspección practicada en esa misma fecha en la sede social de la mencionada empresa, resultando de interés los siguientes extremos contenidos en la misma:

<<... que con fecha de hoy se han personado los Inspectores abajo firmantes en la calle Joan Miró 4-8 de Barcelona, con la intención de realizar una inspección a la entidad EN AVANT GUARD SL, no encontrándose ninguna referencia a la citada entidad que haga pensar que tenga en dicha dirección su domicilio.

*Se encuentra en dicha dirección un gabinete jurídico al que acceden los Inspectores solicitando información respecto si conocen a la citada entidad, presentando su acreditación como inspectores de la Agencia. Son atendidos por D^a **B.B.B.**, que proporciona su tarjeta, quien informa que el gabinete jurídico corresponde a la entidad LEIMAR S.L.P. con CIF **B65357238**, y que la entidad EN AVANT GUARD, S.L. es cliente suya, a quien proporcionan servicios de contabilidad y domicilio fiscal. Informa igualmente que la persona que lleva ese cliente no está presente en ese momento, pero que estará más tarde.*

*Transcurrida aproximadamente una hora, vuelven los inspectores de la Agencia a la sede de LEIMAR S.L.P., siendo atendidos por D^a **C.C.C.**, (...), quien informa ser la persona que atiende los asuntos de EN AVANT GUARD, S.L., que el titular de la entidad cliente es un señor italiano que tiene tanto negocios en España como en Italia de envío de SMS, que acude una vez al mes a recoger su correo.>>*

3. Mediante correos electrónicos de fechas 18, 22 y 23 de abril de 2012 Don **A.A.A.** informó a esta Agencia lo siguiente sobre la actividad de la mencionada empresa, de la que es administrador:
- Que la entidad no dispone de bases de datos ni ha enviado nunca SMS en España.
 - Que www.smsadvertising.es no es un sitio activo, ya que carece de tráfico.
 - Los datos a los que se refiere el mencionado sitio web para utilizar en las actividades publicitarias son de la empresa ADSALSA, de la que él es minorista, si bien en España no ha prestado servicios por no tener clientes.
 - La empresa EN AVANT GUARD,S.L. “es solo un proyecto que nunca se comenzó”.
 - No dispone de contrato con ADSALSA, habiendo establecido únicamente un acuerdo verbal. La idea es que si el mercado español se mostrara listo para prestar los servicios, se suscribiría un acuerdo con dicha empresa.
4. Solicitada información a ADSALSA PUBLICIDAD, S.L. respecto de lo manifestado por Don **A.A.A.**, la citada entidad manifiesta lo siguiente:
- Que si bien es cierto que dicha persona, a través del departamento comercial, solicitó información sobre las bases de datos de la empresa a fin de poder establecer una relación comercial en el futuro, dicha circunstancia no fructificó, por



lo que en la actualidad no existe vínculo alguno entre ADSALSA PUBLICIDAD, S.L. y EN AVANT GUARD, S.L.,

- b. Que la sucursal italiana de ADSALSA PUBLICIDAD, S.L., "Adsalsa Italy Branch" mantuvo relaciones comerciales con EN AVANT GUARD, S.L. en octubre y noviembre de 2011, a través de las cuales Adsalsa Italy Branch solicitó a EN AVANT GUARD, S.L. que realizara determinados envíos sobre la base de datos de ésta, con el fin de dar a conocer a sus usuarios la promoción que en aquel momento realizaba Adsalsa Italy Branch. En ningún caso las relaciones que se mantuvieron estaban relacionadas con la página web www.smsadvertising.com.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI).

II

La LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo como: "*f) Comunicación comercial*»: *toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica".

III

La LSSI dedica su Título III a la regulación de las citadas "Comunicaciones comerciales por vía electrónica", disponiéndose en el artículo 21 de la citada LSSI lo siguiente:

"Artículo 21. Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”.

Por tanto, el envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, incluido el envío de mensajes SMS a terminales de telefonía móvil, debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que exista una relación contractual previa en los términos recogidos en dicho precepto.

IV

En el supuesto que se examina, si bien se ha comprobado que la entidad EN AVANT GUARD, S.L., de la que es administrador Don **A.A.A.**, ofrece sus servicios de marketing en campañas de mensajes SMS y correo electrónico a través del sitio web www.smsadvertising.es, para lo cual indica disponer de una base de datos de más de 2,6 millones de personas, sin embargo a través de las actuaciones de inspección practicadas no ha podido constatarse que, efectivamente, preste dichos servicios de publicidad por medio de comunicaciones comerciales por vía electrónica en España.

Por un lado, el administrador de la sociedad ha indicado que la sociedad no dispone de bases de datos propias en España y que el mencionado sitio web no es operativo al no tener clientes en España. Por otro lado, la empresa ADSALSA PUBLICIDAD, S.L. ha informado que no había llegado a un acuerdo comercial con el administrador de EN AVANT GUARD, S.L. para la utilización de sus bases de datos con fines publicitarios.

Atendido que de las actuaciones practicadas no se ha acreditado la realización de actividad alguna en materia de marketing publicitario por medios de comunicación electrónica por parte de la entidad EN AVANT GUARD, S.L. ni se ha constado, tampoco, que sea responsable de bases de datos de su titularidad en España o haya utilizado bases de datos con tal fin sin contar con el consentimiento de los destinatarios de tal publicidad, no hay constancia fehaciente de que por parte de dicha entidad se haya producido una vulneración a lo previsto en el artículo 21 de la LSSI.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad de los principios de presunción de inocencia. La presunción de inocencia debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está



condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*. De acuerdo con este planteamiento, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.”*

Conforme señala el Tribunal Supremo (STS 26/10/98) el derecho a la presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”*

En definitiva, aquellos principios impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan dicha imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, aplicando el principio *“in dubio pro reo”* en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, y que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo concretos y con entidad suficiente que sustenten la imputación a una persona jurídica de una presunta infracción a lo previsto en el artículo 21 de la LSSI, procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas, ya que no puede concluirse ni tan siquiera, a nivel indiciario, que EN AVANT GUARD, S.L. haya realizado actividades de marketing publicitario por medios de comunicación electrónica incumpliendo alguno de los requisitos contemplados en el artículo 21 de la LSSI.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a la entidad **EN AVANT GUARD, S.L.** y a la autoridad italiana en materia de protección de datos ***GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI***

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 29 de junio de 2012

**EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS**

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez