



Procedimiento nº.: PS/00590/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00523/2017

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad AUTOCLUB MUTUA MADRILEÑA S.L. contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00590/2016, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 24 de mayo de 2017, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00590/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad AUTOCLUB MUTUA MADRILEÑA S.L., una sanción de 5.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI), infracción tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en los artículos 39.1.c) y 40 de la citada LSSI.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 31 de mayo de 2017, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00590/2016, quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

PRIMERO: *Con fecha 27 de noviembre de 2006 el denunciante suscribió con MUTUA MADRILEÑA AUTOMOVILISTA, SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA Póliza de seguro nº ***POL.1 En las Condiciones Particulares y en el Pacto Adicional a las Condiciones Generales y Particulares de la citada Póliza no aparece mencionada ninguna cobertura de asistencia consistente en ofertar un vehículo en caso de avería o inmovilización del vehículo asegurado con coste a cargo del mutualista . (folios 80 al 85)*

SEGUNDO: *Con fecha 20 de diciembre de 2011 el denunciante ejerció, entre otros, su derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales ante la MUTUA con el siguiente tenor literal: “que sólo autorizó a la compañía Mutual Madrileña a que utilice los datos personales recabados sobre mí que sean imprescindibles para el desarrollo de la relación contractual. (...) No autorizo ninguna comunicación ni cesión de mis datos personales excepto las imprescindibles para el desarrollo de la relación contractual o las amparadas por la legislación” (folio 6)*

TERCERO: *Con fecha 3 de febrero de 2012 la MUTUA contestó al denunciante que “conforme a la solicitud que nos ha remitido sobre el ejercicio de derecho de oposición de sus datos le informamos que hemos procedido a dar cumplimiento a su petición.” (folio 8)*



CUARTO: El número de teléfono móvil *****TELF.1** del denunciante figura registrado en el Servicio Lista Robinson de ADIGITAL desde el 16 de enero de 2012.

QUINTO: Entre los datos de localización que figuran en el resumen del expediente aportado por AMM con motivo de la asistencia prestada por la avería sufrida el día 25 de junio de 2016 por el vehículo matrícula *****MAT.1** del denunciante en la CR/A-66 727 de la provincia de Badajoz se encuentra el número de teléfono móvil *****TELF.1** del denunciante, constando en la descripción de datos de la avería que "LLAMA D. A.A.A..." "DEVOLVER LLAMADA DESDE LOCALIZACION" (folio 22)

SEXTO: Con fecha 25 de junio de 2016 "GRÚAS GUERRERO" prestó el servicio de grúa al denunciante, constando en el albarán expedido al efecto, firmado por el denunciante como Propietario del vehículo asegurado y el Mecánico/Conductor que atendió el siniestro, cuya identificación aparece en dicho documento, los datos personales del asegurado, en este caso nombre, apellidos, domicilio, localidad, código postal, teléfono móvil y DNI del denunciante, junto con los datos y matrícula del vehículo averiado, lugar de recogida y entrega del mismo, nº de póliza y compañía de Seguros/ Mutua, causa de inmovilización y Kms. Vehículo. En el campo de observaciones del albarán consta: "Yo A.A.A. autorizó a Talleres Guerrero a dar presupuesto de avería" (folio 148)

SÉPTIMO: La marca y matrícula del vehículo averiado que figuran en el citado albarán coinciden con la los datos del vehículo asegurado en la póliza nº *****POL.1**: Renault Gran Espace, matrícula *****MAT.1**, constando como compañía de seguros MUTUA MADRILEÑA.

OCTAVO: Con fecha 27 de junio de 2016 el denunciante recibió un mensaje corto de texto comercial en su línea de teléfono móvil *****TELF.1** con el siguiente texto: "Desde Autoclub Mutua le ofrecemos alquilar un turismo desde 21,30 eur al día. Llámenos al *****TELF.3**." (folio 112)

El citado envió no ofrecía al destinatario del mismo un mecanismo para oponerse a la recepción de nuevos mensajes publicitarios en dicha línea de teléfono móvil.

NOVENO: En las "Condiciones generales de la tarjeta SOY Platino" del Club Mutua Madrileña consta: (folios 17 y 18, 145 al 146)

"PRIMERA.OBJETO

La tarjeta PLATINO ofrece a los mutualistas acceso tanto a determinadas coberturas de seguro derivadas de la póliza de seguro que tiene contratada con Mutua Madrileña Automovilista, Sociedad de Seguros a Prima Fija (en adelante Mutua Madrileña) como a determinados servicios que son ofrecidos por Autoclub Mutua Madrileña SLU o por terceros subcontratados por dicha mercantil (en adelante los servicios asociados de Autoclub Mutua). A través de la tarjeta se facilitan las prestaciones asociadas a las coberturas de la póliza de su seguro. La aceptación de las presentes condiciones generales supone por tanto el acceso a dichas coberturas y servicios a través de la tarjeta SOY PLATINO. En aquellas circunstancias en que sea preciso identificarse para solicitar alguna cobertura de Mutua Madrileña o servicio asociado de Autoclub Mutua, podrá identificarse a través de la tarjeta.

1. La suscripción de las presentes condiciones generales otorgan al Mutualista el derecho a los descuentos y servicios recogidos en el presente documento.

Los servicios asociados a la tarjeta SOY Platino son ofrecidos por Autoclub Mutual



Madrileña, S.L.U.

Las coberturas que pueden facilitarse a través de la tarjeta son ofrecidas por Mutua Madrileña.

Algunos descuentos asociados a la tarjeta son ofrecidos por la Fundación Mutua Madrileña.

2. Se entenderán en todo caso aceptadas las presentes condiciones generales, desde el momento en que el mutualista titular utilice la tarjeta SOY Platino para las finalidades recogidas en las presentes condiciones.

SEGUNDA. TITULARIDAD DE LA TARJETA SOY PLATINO

El mutualista, tomador de la póliza de seguro, será titular de la tarjeta SOY Platino en virtud de haber contratado con Mutua Madrileña una póliza de seguro en el ramo de Autos, en la modalidad de seguro voluntario, y tenga una antigüedad de más de 20 años en la compañía (...)

Se constata que en la condición décima, relativa a "PRESTACIONES ASOCIADAS A LA TARJETA SOY PLATINO" no se detalla ningún servicio o descuento referido al alquiler de vehículos asociado a las coberturas de seguro derivadas de la póliza de seguro contratadas por los mutualistas con la MUTUA.

DÉCIMO: *En el anverso del ejemplar sin cumplimentar de la Tarjeta SOY Platino del Club Mutua Madrileña aportada por AMM aparece un campo para el nº de socio y otro para el nº de póliza. (folio 136)*

UNDÉCIMO: *En el reverso del ejemplar sin cumplimentar de la Tarjeta SOY PLATINO aportada por AMM aparece, bajo el espacio en blanco para la firma autorizada, los números de teléfono ***TELF.2 y Extranjero: ***TELF.3 y la referencia al sitio web www.mutua.es, la siguiente leyenda: "Tarjeta personal e intrasferible. Servicios asociados ofrecidos por Autoclub Mutua Madrileña. Coberturas asociadas ofrecidas por Mutual Madrileña Automovilista S.S. A P-F. Esta Tarjeta no es un medio de pago. Su uso supone la aceptación de las condiciones generales de uso disponibles en www.autoclubmutua.es. Se ruega a quien encuentre esta tarjeta que la envíe por correo a MUTUA MADRILEÑA (C/.....1) Madrid" (folios 137 y 142)*

DUODÉCIMO: *En el Registro Mercantil Central consta como objeto social de AMM "La prestación de todo tipo de servicios relacionados con la automoción, a través de todo el ciclo de actividades del conjunto de automovilistas (particulares y profesionales)"(folio 62)>>*

TERCERO: *La entidad AUTOCLUB MUTUA MADRILEÑA S.L., en lo sucesivo la recurrente o AMM, ha presentado en esta Agencia Española de Protección de Datos, en fecha 21 de junio de 2017, recurso de reposición solicitando se deje sin efecto la sanción impuesta ante la inexistencia de la infracción prevista en el artículo 21 de la LSSI, lo que fundamenta reiterando las alegaciones puestas de manifiesto a lo largo del procedimiento y haciendo hincapié en los siguientes argumentos:*

- *La resolución es contraria a derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPACAP, resultando anulable por los siguientes motivos: 1) no se ha remitido comunicación comercial alguna, puesto que el texto del SMS enviado no responde a la definición de comunicación comercial contemplada en la LSSI; 2) entre el denunciante y la recurrente existe una relación jurídica derivada del contrato de uso de la tarjeta SOY, que ha sido aceptado por éste de acuerdo a lo*

establecido en la tarjeta entregada al denunciante, por lo que mantiene que: *“Consecuencia de dicho servicio asociado a una cobertura de Mutua Madrileña, se le envió una comunicación dentro de la asistencia que se le facilitó como consecuencia de la avería de su vehículo”*.

- No se ha incumplido lo previsto en el artículo 21 de la LSSI, puesto que el SMS remitido no es un envío publicitario, sino que su finalidad se integra en el servicio asistencial prestado, estando directamente relacionado con el siniestro sufrido por el asegurado. En esta línea, la recurrente afirma que *“Como continuación de la asistencia, dentro del período temporal de la gestión de la asistencia, se le ofrece el acceso a un vehículo de sustitución. Si el vehículo fuese gratuito por tenerlo contratado en la asistencia, no lo abonaría, pero como no lo tiene contratado se le ofrece bajo coste.”*

Asimismo, mantiene que como facilitar un vehículo de sustitución, con cargo o no al cliente, es una prestación que está directamente relacionada con las asistencias a vehículos por paralización, la finalidad del envío del SMS no es la promoción, sino la asistencia, que está relacionada directamente con la actividad de AMM. Por lo cual, la recurrente estaba legitimada para su envío al mediar un interés legítimo para tal remisión, que se realiza, además, en claro beneficio para sus clientes.

- En este caso se produce la excepción al consentimiento recogida en el artículo 6.2 de la LOPD cuando el tratamiento de los datos personales se refiere *“a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”*, debido a que el número de teléfono se obtuvo lícitamente durante el transcurso de la asistencia y había una relación jurídica entre la recurrente y el denunciante que motivó que se procediera al rescate de su vehículo. Por lo que no resultaba preciso contar con el consentimiento del afectado para enviarle una comunicación no comercial en el marco de la asistencia en carretera prestada a dicho cliente.
- Incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1261 del Código Civil. Se insiste en la existencia de una relación jurídica entre las partes derivada del contrato de uso de la tarjeta SOY, que ha sido aceptado por el denunciante de acuerdo a lo establecido en la tarjeta entregada al mismo. Asimismo, se reitera la existencia de una doble relación jurídica: 1) Relación aseguradora: Mutua Madrileña-Mutualista; 2) Relación prestación de servicios asociados: Autoclub Muta-Cliente.

La recurrente afirma que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, la actividad de Mutua Madrileña ha de limitarse a la parte propia de la cobertura de seguro: la asistencia, en este caso subcontratada a la recurrente, mientras que la parte de AMM se ligaría a las prestaciones accesorias o servicios relativos a la asistencia, como el facilitar el vehículo de cobertura durante la paralización del vehículo asegurado. Dicho precepto establece como uno de los requisitos para que las entidades aseguradoras y reaseguradoras puedan obtener y conservar la autorización administrativa es *“2. Limitar su objeto social a la actividad aseguradora y reaseguradora”*.

Al resultar clara la relación jurídica habida entre las partes y tratarse de servicios relacionados con la asistencia y la automoción, la recurrente considera que, en este caso, resulta de aplicación la excepción prevista en el primer párrafo del artículo 21.2



de la LSSI. En esta línea arguye que el contrato mantenido con el denunciante es válido y con plenos efectos jurídicos en la medida en que se ha puesto a disposición del cliente la tarjeta SOY. La recurrente reitera que dicha tarjeta le fue enviada al denunciante el 24/09/2014 y fue usada por éste por primera vez el 06/12/2014, continuando utilizándola en la actualidad, al igual que afirma que las condiciones generales de dicho documento se remitieron al denunciante y están disponibles en la página web de AMM, añadiendo que en la tarjeta se indica expresamente que el uso de la tarjeta supone la aceptación de sus condiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por AUTOCLUB MUTUA MADRILEÑA S.L., reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho IV al VI, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<IV

Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debe estudiarse si el SMS denunciado es, o no, comercial, ya que AMM defiende que no se trata de un envío de naturaleza publicitaria o comercial en la medida que no promociona, ni directa ni indirectamente, productos o servicios ni la imagen o marca de esa empresa, como tampoco lo hace de la de terceros, sino de una comunicación derivada de la asistencia que se está facilitando. AMM aduce que el mensaje se limita a ofrecer la opción de reponer su situación accediendo a un vehículo de sustitución en el marco de una gestión integral de un servicio de asistencia a un cliente que tiene un vehículo paralizado en un taller por una avería.

Frente a dicho alegato, no cabe duda que del contenido del SMS denunciado AMM se evidencia que está ofertando al destinatario del envío alquilar un turismo por 21,30 € al día, ofreciéndole incluso un número de teléfono de contacto con esa específica finalidad promocional. Teniendo en cuenta que el objeto social de la inculpada es "La prestación de todo tipo de servicios relacionado con la automoción, a través de todo el ciclo de actividades del conjunto de automovilistas (particulares y profesionales)" no cabe duda que AMM está publicitando mediante el reseñado SMS un servicio que, a la vista del objeto social de esa mercantil se encuadra dentro de la actividad empresarial de la misma.

Motivo por el cual esta Agencia entiende que el citado mensaje constituye una forma de promoción directa de los servicios prestados por esa empresa y un medio de



promoción indirecta de su propia imagen, con independencia de que se haya remitido únicamente al denunciante y de que el producto ofrecido pueda considerarse complementario al de la asistencia recibida.

En consecuencia, a dicho envío le resulta de aplicación el Título III de la LSSI al haberse acreditado que por su contenido y finalidad se ajusta al amplio concepto de comunicación comercial recogido en la definición contenida en el Anexo f) de esa norma.

V

*En el presente supuesto se inculpa a AMM del envío, con fecha 27 de junio de 2016, de un mensaje corto de texto comercial a la línea de teléfono móvil del denunciante nº *****TELF.1**, vulnerando la prohibición de remitir comunicaciones comerciales por medios de comunicación electrónica, incluidos los SMS, sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario del mensaje y sin ofrecer al mismo en el propio envío un procedimiento sencillo y gratuito para poder oponerse al tratamiento de la mencionada línea con fines promocionales.*

Una vez justificada la naturaleza comercial del SMS denunciado y reconocido por AMM la remisión del mensaje, de la valoración del conjunto de elementos de prueba obrantes en el procedimiento se desprende que dicha entidad no ha acreditado que mediara autorización expresa o solicitud previa del denunciante para la realización del reseñado envío, puesto que no ha aportado ningún medio de prueba que justifique la concurrencia de alguna de estas circunstancias necesarias para la remisión de este tipo de envíos, ni que el SMS estudiado derivase, como pretende la inculpada, de la prestación de servicios efectuada por AMM en virtud del contrato de uso de la Tarjeta SOY.

*Si bien consta acreditado en el procedimiento que el denunciante es cliente de la MUTUA desde el 27 de noviembre de 2006, fecha en que ambas partes suscribieron póliza de seguro nº *****POL.1**, y que éste solicitó, con fecha 25 de junio de 2016, la prestación de la modalidad de asistencia en viaje cubierta por dicha póliza al haber sufrido una avería el vehículo asegurado, sin embargo AMM no ha presentado copia del contrato de prestación de servicios en virtud del cual la MUTUA habría subcontratado con AMM la cobertura de esa modalidad de asistencia, falta de documentación que, por otra parte, ya se señaló en el acuerdo de inicio y en la propuesta de resolución del presente procedimiento. Por lo cual no está acreditado que la inculpada actuara en dicho siniestro en nombre y por cuenta de la MUTUA (encargado de tratamiento), máxime cuando en la póliza de seguro citada, el albarán de "Grúas Guerrero" y el resumen del expediente del servicio prestado aportados por AMM no hay ningún dato que haga referencia a esa empresa ni al tipo de actuación desarrollada por ésta en la cobertura de dicho siniestro. En cualquier caso, y en relación con esta cuestión, conviene precisar que en el supuesto de que AMM hubiera acreditado la subcontratación del servicio alegada, dicha circunstancia no supondría que el denunciante se convirtiera en cliente de AMM a raíz de la asistencia prestada, ya que esa relación jurídica únicamente se produce entre la MUTUA y el denunciante en su condición de mutualista asegurado, pero no entre éste y AMM que al prestar la asistencia actuaría en nombre y por cuenta de la MUTUA.*

Por otra parte, el servicio descrito tanto en el albarán de "Grúas Guerrero" como en el resumen del expediente se vincula a la prestación por la MUTUA de la



cobertura o modalidad de seguro derivada en la póliza contratada. Es decir, no es ningún servicio de los detallados en la condición general décima de la Tarjeta SOY Platino como directamente ofrecidos por AMM.

*Además, en la documentación mencionada no consta indicio alguno de que la llamada efectuada por el denunciante comunicando la avería y solicitando la asistencia se realizase a través de alguno de los dos números de teléfono que aparecen en el plástico genérico de la Tarjeta SOY PLATINO aportada, al igual que en dicha documentación tampoco figura que el denunciante, al llamar, se identificase con el número de Tarjeta Platino nº ***NºTARJ.1 o con el nº de Socio ***NºSOC.1 que supuestamente se encuentran estampadas en la misma. De lo que se colige que no consta probado que el denunciante utilizase dicho documento al solicitar la asistencia asegurada con fecha 25 de junio de 2016. En consecuencia, no obran en el expediente elementos de juicio que permitan acreditar el envío con fecha 24 de septiembre de 2014 de la citada Tarjeta SOY Platino por la inculpada y su efectiva recepción junto con las condiciones generales de la misma por el denunciante, ni que dicho documento fuese utilizado por el afectado por primera vez el 6 de diciembre de 2014.*

En todo caso, de probarse el uso de la mencionada Tarjeta con motivo de la prestación de la cobertura citada, tal utilización se asociaría a las coberturas de seguro de asistencia prestadas por la MUTUA derivadas de la póliza de seguro contratada por el denunciante con esa sociedad aseguradora, constando incluso en la leyenda incluida en la Tarjeta que las coberturas asociadas a la misma son ofrecidas por la MUTUA. A tenor de lo cual el uso de la tarjeta no podría vincularse a los servicios directamente prestados por AMM descritos en la condición general décima de la Tarjeta SOY Platino, entre los que no se encuentra el de alquiler de un vehículo de sustitución, cobertura que, a su vez, tampoco está contemplada en la póliza de seguro contratada por el denunciante con la MUTUA.

Si bien es cierto que una asistencia a un vehículo en carretera conlleva una serie de actuaciones que, aunque no están concretadas en la póliza contratada, son necesarias para dar la cobertura asegurada, debe rechazarse que el uso del número de teléfono del denunciante para la remisión de la comunicación comercial denunciada ofreciendo el alquiler de un vehículo de sustitución forme parte del contenido propio de la asistencia de viaje contratada. No resulta comparable, como pretende la inculpada, el tratamiento del número de teléfono del asegurado el día del siniestro para contactar con el mismo mientras está recibiendo la asistencia en viaje contratada y solicitada por el asegurado, con la utilización de dicho dato, en contra de su voluntad y dos días después del siniestro, para el envío de un mensaje publicitario ofertando la contratación de un servicio distinto del objeto de la cobertura de viaje contratada.

Es decir, probado que el SMS comercial analizado no cumple ninguna de las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI, y razonado que AMM no ha justificado la existencia de una relación contractual con el denunciante derivada del uso de los servicios de la Tarjeta SOY Platino, lo que desvirtúa que el SMS remitido al denunciante pudiera derivar, de una prestación de servicios realizada en virtud del contrato de uso de la citada Tarjeta, resulta que el mencionado envío no se encontraría amparado por la excepción al consentimiento expreso contemplada en el primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI.



A la luz de todo lo cual, cabe concluir que AMM ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un SMS publicitario al denunciante sin contar con la autorización expresa y previa del mismo para ello.

VI

En lo que respecta al incumplimiento por AMM del deber de ofrecer en el SMS estudiado un medio de oposición al tratamiento de los datos del destinatario con fines promocionales, la mera lectura del SMS comercial remitido con fecha 27 de junio de 2016 por AMM al número de teléfono móvil del denunciante permite comprobar que el envío no ofrece ningún mecanismo sencillo y gratuito a través del cual el destinatario pueda manifestar al remitente su negativa a continuar recibiendo publicidad a través de la línea de teléfono receptora de los mensajes, tal y como se establece en el segundo párrafo del artículo 21.2 de la LSSI.

Es decir, si la LSSI imponer una formalidad específica a fin de garantizar el derecho de los destinatarios a no recibir comunicaciones de naturaleza comercial por medios de comunicación electrónica o similares, como serían los SMS, el hecho de que por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información remitente del mencionado envío publicitario denunciado, en este caso AMM, no se incluyese un procedimiento de baja en el SMS promocional estudiado conculca la obligación establecida en el mencionado precepto de la LSSI.

En conclusión, de lo expuesto con anterioridad, queda probado que AMM también ha incurrido en la infracción del artículo 21.2, párrafo segundo, de la LSSI.>>

Asimismo, conviene traer a colación que en el Fundamento de Derecho VIII de la citada resolución se observaba lo siguiente en relación con el hecho de que el denunciante, que no consta probado por la recurrente mantuviera una relación contractual con la misma por los motivos desgranados en los anteriores Fundamentos de Derecho, se había opuesto al uso publicitario de su línea de teléfono móvil inscribiendo dicho número en la Lista Robinson de ADIGITAL:

<<En cuanto al criterio d) relacionado con la naturaleza de los perjuicios causados al afectado, se entiende que éste, en contra de su voluntad manifiesta, ha recibido un SMS comercial en una línea de teléfono móvil que está registrada en el Servicio de Lista Robinson de ADIGITAL desde el 16/01/2012 con la finalidad, precisamente, de excluirla de tratamientos publicitarios realizados por empresas de las que no sea cliente o no haya tenido relación. A la vista de lo cual, resulta evidente que AMM, mercantil de la que el denunciante no es cliente ni consta que haya mantenido algún tipo de relación contractual con la misma, remitió el SMS denunciado sin consultar previamente dicho fichero común de exclusión, llevando a cabo una acción publicitaria que, además de no haber sido solicitada ni expresamente autorizada por el denunciante, también vulneraba lo establecido en el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que dispone que:

“1. Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten



necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad.

A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado.

2. Cuando el afectado manifieste ante un concreto responsable su negativa u oposición a que sus datos sean tratados con fines de publicidad o prospección comercial, aquél deberá ser informado de la existencia de los ficheros comunes de exclusión generales o sectoriales, así como de la identidad de su responsable, su domicilio y la finalidad del tratamiento.

El afectado podrá solicitar su exclusión respecto de un fichero o tratamiento concreto o su inclusión en ficheros comunes de excluidos de carácter general o sectorial.

3. La entidad responsable del fichero común podrá tratar los datos de los interesados que hubieran manifestado su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines de publicidad o prospección comercial, cumpliendo las restantes obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento.

4. Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento

El citado artículo 49 del RLOPD resulta de aplicación al presente supuesto de conformidad con el artículo 19.2 de la LSSI, que determina que en todo caso será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo, por lo que se considera que el envío del SMS comercial estudiado ha tenido consecuencias lesivas en la esfera de intimidad que el denunciante tenía derecho a preservar una vez manifestada su oposición al tratamiento de dicho número de teléfono para el envío de comunicaciones comerciales mediante dicho mecanismo de oposición. >>

III

A la vista de lo razonado por la AEPD en la resolución ahora impugnada se evidencia que la recurrente no ha acreditado en forma fehaciente la existencia de una relación contractual con el denunciante derivada del contrato de uso de la Tarjeta SOY PLATINO, en cuya condición general décima, referida a las prestaciones asociadas a dicha Tarjeta (folios 145 y 146), no se detalla ningún servicio asociado al ofrecimiento de vehículos de alquiler, prestación que, por otra parte, tampoco aparece reseñada en el documento aportado por AMM durante el período de práctica de pruebas (folios 157 al 169) referido a la cobertura de asistencia en viaje cubierta por la póliza del ramo de automóviles contratada por el denunciante con la MUTUA (folios 150 al 153), entidad con la que está probado el afectado mantiene una relación jurídica derivada de la contratación de la reseñada póliza.

Por lo tanto, el SMS analizado, recibido por el denunciante dos días después de que fuera asistido en su condición de mutualista asegurado de la MUTUA, está promocionando un servicio de alquiler de vehículo que no está cubierto por la póliza contratada con la MUTUA ni figura como servicio asociado en las "Condiciones Generales de la Tarjeta SOY Platino", motivo por el cual se considera que dicho envío, a



la vista de la documentación obrante en el procedimiento, no forma parte de la asistencia cubierta por la póliza contratada como pretende la recurrente, sino que constituye un medio para publicitar uno de los servicios propios de su actividad. Además, en el texto del mensaje no se hace ninguna referencia a que el envío está relacionado con el siniestro sufrido por el denunciante o con la prestación de servicios ligados a coberturas de accidentes o averías.

Sobre este particular, conviene traer a colación lo manifestado por AMM en su recurso entendiéndolo como hecho probado que: *“Con independencia de que no entendemos que esos envíos son envíos publicitarios o que tengan una base publicitaria, “ad cautelam” y hasta que finalice el procedimiento de modo definitivo, ya sea con una resolución de la propia Agencia Española de Protección de Datos o a través de una Sentencia de la Audiencia Nacional, se les dará tratamiento publicitario.”* (El subrayado es de la AEPD).

A mayor abundamiento, si existiera dicha relación contractual entre ambas partes, que esta Agencia, se reitera, no reconoce se haya producido por los motivos razonados, tampoco resultaría de aplicación la excepción al consentimiento previo y expreso del destinatario de los envíos comerciales, recogida en el primer párrafo del artículo 21.2, puesto que para ello resulta preciso que las comunicaciones comerciales se refieran a productos o servicios de la empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente, requisito que no se produciría en este supuesto en que el servicio prestado estaría asociado a la cobertura de asistencia en viaje mientras que el servicio promocionado se limita a ofrecer el un servicio de alquiler de vehículos a partir de un determinado precio.

En consecuencia, probado que los hechos analizados constituyen vulneración del artículo 21 de la LSSI, se rechaza que se haya producido una vulneración de lo previsto en los artículos 47 y 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, máxime cuando la recurrente no indica el caso concreto en el que se basaría la supuesta nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, como tampoco especifica la infracción del ordenamiento jurídico que motivaría la anulabilidad de la misma.

IV

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, AUTOCLUB MUTUA MADRILEÑA S.L. no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **AUTOCLUB MUTUA MADRILEÑA S.L.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 24 de mayo de 2017, en el procedimiento sancionador PS/00590/2016.



SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **AUTOCLUB MUTUA MADRILEÑA S.L.**

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 reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos