

### Sentencia del Tribunal Supremo 1562/2020, de 15 de junio

#### **A VUELTAS CON LOS SISTEMAS DE EXCLUSIÓN PUBLICITARIA. LA IMPORTANCIA CAPITAL DE LA LISTA ROBINSON PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA PRIVACIDAD**

El Título IV de la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales](#) (LOPDGDD), recoge «Disposiciones aplicables a tratamientos concretos» incorporando una serie de supuestos lícitos entre los que se encuentran los ficheros de exclusión publicitaria. Más concretamente, el art. 23 LOPDGDD establece la licitud de aquellos tratamientos de datos personales que tengan por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubiesen manifestado su negativa u oposición a recibirlos (más conocidos como sistemas de exclusión publicitaria).

En torno a la importancia capital de estos sistemas de exclusión publicitaria como mecanismo esencial para la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia 1562/2020, de 15 de junio.

Dicho pronunciamiento judicial trae causa del recurso de casación número 601/2019, interpuesto por Mutua Madrileña Automovilista, Sociedad de Seguros a Prima Fija (en adelante la aseguradora), contra la Sentencia de 11 de mayo de 2018, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que confirma en reposición la [Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos \(AEPD\)](#), de 24 de noviembre de 2015. La referida Resolución sancionadora impone a la entidad aseguradora una multa de 40.001 euros por una infracción de los artículos 17.1 y 30.4 de la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal](#) (LOPD), en relación con lo dispuesto en los artículos 34.b), 48 y 51.1 del [Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal](#) (RLOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3.e) de la ya derogada LOPD, al entender que la compañía había obstaculizado de manera reiterada el derecho de oposición de uno de sus usuarios, vulnerando con ello la tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal de este.

Antes de proceder al análisis de los elementos nucleares en los que se fundamenta el fallo de la Sala Tercera, los cuales coinciden con el esclarecimiento de aquellas cuestiones que presentan interés objetivo casacional, conviene reseñar brevemente una serie de consideraciones de sumo interés realizadas por el Tribunal en torno a la externalización de los servicios informáticos y las posibles fisuras que dicha práctica, cada vez más extendida, puede ocasionar en la eficacia del régimen jurídico de protección de datos de carácter personal.

En el supuesto que nos ocupa, la sentencia impugnada aborda la cuestión de si la responsabilidad por el impedimento o la obstaculización del ejercicio del derecho de oposición al tratamiento de datos debe imputarse a Mutua Madrileña o si, por el contrario, la vulneración de la normativa de protección de datos personales debe imputarse a aquellas terceras entidades con las que la aseguradora había contratado la realización de una campaña de publicidad, consistente en el envío masivo de correos electrónicos.

Señalado lo anterior, y en contraposición a la argumentación tautológica ofrecida por la aseguradora, la cual considera que no se le puede hacer extensible el derecho de oposición a tratamientos que son realizados por terceras entidades que tienen como objeto social, precisamente, el envío de emails de marketing y que, consecuentemente, como responsables de los mismos, deben adoptar las medidas oportunas para garantizar que los envíos se hacen de forma correcta, tanto disponiendo del consentimiento necesario como revisando, asimismo, los ficheros comunes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales o Lista Robinson, el Tribunal Supremo arguye lo siguiente:

[... ] de conformidad con las previsiones legales, tanto de la LOPD como del nuevo [Reglamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#), distingue entre las figuras de responsable del tratamiento y de encargado del tratamiento. Diferencia que se contiene en los apartados d) y g) del artículo 3 de la LOPD, así como en el artículo 5.q) del Real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, siendo a tal responsable del tratamiento a quien la Ley impone las obligaciones derivadas del régimen jurídico de la protección de datos y quien ha de sufrir las sanciones junto al encargado del tratamiento (art. 43 LOPD) cuando dichas obligaciones no se respetan.

En tal sentido, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2004, [...] refiere la diferenciación de dos responsables en función de que el poder decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específica. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento.

De todo lo anterior, se desprende que la concurrencia de un encargado del tratamiento en absoluto exime de responsabilidad a la entidad Mutua Madrileña (responsable primigenio del tratamiento), incluso en aquellos supuestos en los que existan cláusulas contractuales precisas orientadas a materializar la externalización de servicios de mercadotecnia. Esta idea que ahora enunciamos, tal y como evidencia la Sala Tercera del Tribunal Supremo, deriva de la propia esencia del tratamiento de datos

personales con fines publicitarios, en la medida en que la figura de la entidad beneficiaria y la de responsable del tratamiento confluyen en una misma persona jurídica, debiendo ser, por tanto, la entidad beneficiaria del tratamiento la que, en último término, determine los fines y medios del repetido tratamiento de datos con la finalidad de evitar lesionar la privacidad de la ciudadanía, por lo que la misma no puede ser exonerada de responsabilidad.

Clarificada la responsabilidad de la aseguradora en el ilícito administrativo, corresponde analizar detalladamente la cuestión que reviste interés casacional, que no es otra que la de precisar si una entidad que sea responsable del tratamiento de datos personales y que contrate con otra la publicidad de sus productos y servicios está obligada a proporcionar a esta el fichero en el que se reflejen las solicitudes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales contemplado en el artículo 48 RLOPD.

En torno a esta cuestión, conviene recordar que el artículo 30.4 LOPD establece que, en relación a los tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial, «[l]os interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud».

Por su parte, el artículo 35.3 RLOPD determina que «[e]l responsable del fichero o tratamiento deberá excluir del tratamiento los datos relativos al afectado que ejercite su derecho de oposición o denegar motivadamente la solicitud del interesado en el plazo previsto en el apartado 2 de este artículo».

Dentro del concreto ámbito del tratamiento de datos para actividades de publicidad y prospección comercial, al que se refiere este recurso, el derecho de oposición está específicamente contemplado en el artículo 51.1 RLOPD, cuyo apartado tenor literal establece que «[l]os interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud».

A su vez, en el mismo ámbito del tratamiento de datos para actividades de publicidad, el artículo 48 RLOPD contempla «los ficheros de exclusión del envío de comunicaciones comerciales», señalando que «los responsables a los que el afectado haya manifestado su negativa a recibir publicidad podrán conservar los mínimos datos imprescindibles para identificarlo y adoptar las medidas necesarias que eviten el envío de publicidad».

Finalmente, el artículo 51.4 RLOPD establece, en relación a aquellos supuestos en los que una compañía encarga a terceros una campaña de marketing, lo siguiente:

Si el derecho de oposición se ejercitase ante una entidad que hubiera encomendado a un tercero la realización de una campaña publicitaria, aquélla estará obligada, en el plazo de diez días, desde la recepción de la comunicación de la solicitud de ejercicio de derechos del afectado, a comunicar la solicitud al responsable del fichero a fin de que el

mismo atiende el derecho del afectado en el plazo de diez días desde la recepción de la comunicación, dando cuenta de ello al afectado.

En opinión del órgano judicial, **la adopción de las medidas o cautelas necesarias para asegurar la efectividad del derecho de oposición al tratamiento** de sus datos por parte de Mutua Madrileña, como responsable del fichero, **subsisten aunque las campañas publicitarias no se realicen a partir de los datos de sus propios ficheros**, sino con bases de datos de otras compañías contratadas por Mutua Madrileña, y en este caso quedó acreditado que la recurrente no comunicó a las empresas con las que contrató la realización de servicios de publicidad la oposición del denunciante a recibir publicidad de la Mutua, ni en definitiva adoptó previsión alguna para asegurar la exclusión de su cliente de los envíos publicitarios contratados con terceras entidades.

Sentado lo anterior, el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia establece los criterios interpretativos y resuelve la controversia en los siguientes términos:

Cuando una entidad responsable del tratamiento de datos personales, ante la que se ejercite el derecho de oposición al tratamiento de datos personales para actividades publicitarias, contrate con otra la publicidad de sus productos y servicios, está obligada a adoptar las cautelas y medidas razonables para garantizar la efectividad del derecho de oposición; y una de dichas medidas puede consistir en la comunicación de los datos excluidos de tratamiento publicitario a la empresa con la que contrate la prestación de servicios publicitarios.

Finalmente, el Tribunal Supremo realiza una serie de valoraciones en torno a la supuesta prescripción de la infracción administrativa, alegación esgrimida por la parte recurrente al considerar que desde el momento en el que el denunciante ejerció su derecho de oposición por última vez, el 23 de octubre de 2012, hasta que se inició el expediente sancionador, el 1 de junio de 2015, había transcurrido el plazo de dos años de prescripción de las infracciones graves, establecido en el artículo 47, apartados 1 y 2, de la LOPD.

En opinión del órgano judicial, la tesis defendida por la aseguradora es errónea, ya que la infracción que se imputa a Mutua Madrileña consistió en una conducta omisiva que da lugar a una infracción permanente, vinculada al periodo en el que se mantiene la inacción, siendo, por tanto, de aplicación la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo referente al inicio del plazo de prescripción en las infracciones permanentes, recogida en la sentencia de fecha 29 de mayo de 2019, que considera que la fecha de comienzo del cómputo del plazo de prescripción es la de la finalización de la conducta típica y no la de su comienzo.

Por todo lo anterior, la Sala Tercera declara no haber lugar al recurso de casación número 601/2019, interpuesto por Mutua Madrileña Automovilista contra la sentencia de 11 de mayo de 2018, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el procedimiento ordinario 315/2016, lo que nos permite realizar dos importantes consideraciones. La primera de estas

apreciaciones es que, una vez más, el viejo Estado de Derecho ha demostrado que los criterios y parámetros empleados por la Agencia Española de Protección de Datos para salvaguardar la tutela jurídica efectiva de la privacidad son acertados y proporcionales a los intereses en juego. Y la segunda de estas consideraciones es, pese a la creencia popular generalmente extendida en contrario, que los sistemas de exclusión publicitaria constituyen una herramienta capital para minimizar el alcance y la injerencia que la virulenta mercantilización de los datos personales comporta para la privacidad de la ciudadanía en los albores de la cuarta revolución industrial o industria 4.0.

José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ  
Personal Investigador en Formación (FPU)  
Área de Derecho Administrativo  
[jldoal@usal.es](mailto:jldoal@usal.es)