

¿ES O NO ES GOOGLE SPAIN RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES?*

Iuliana Raluca Stroie

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

1. Introducción

Antes de analizar la sentencia objeto de este estudio, cabe recordar que la STJUE de 13 mayo 2014 (Asunto C-131/12)¹ que originó el "derecho al olvido" determinaba que si bien el tratamiento de datos personales se lleva a cabo por la entidad estadounidense Google Inc. como sociedad matriz, la filial española Google -aunque sólo sea un agente promotor de venta de espacios publicitarios que se generan en la página web del motor de búsqueda- resulta responsable por el tratamiento de los datos personales en cuanto realiza esta actividad en el marco de las actividades de la sociedad matriz. Esto quiere decir que no se precisa que el tratamiento de datos personales sea efectuado por el propio establecimiento, sino que es suficiente que se realicen por una filial en el marco de sus actividades. El TJUE llegaba a esta conclusión en virtud de una interpretación extensiva de la Directiva 95/46 con la finalidad de aplicar las transposiciones nacionales de la citada Directiva si el tratamiento de datos personales se realiza en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento (que sería el Google Inc.) en el territorio del Estado miembro.

Ahora bien, la reciente Sentencia (Sala 3ª) del TS, de 14 de marzo de 2016 introduce una importante novedad en la jurisprudencia sobre el derecho al olvido. La Sala de lo Contencioso del TS entiende que la filial española de Google no puede ser considerada responsable del tratamiento de datos toda vez que de la indexación de los mismos se realizaba en el buscador de la entidad estadounidense.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

¹ Sobre la que ya se ha escrito en este Centro. Véase, LYCZKOWSKA K., "Matando al mensajero Google". Tienes derecho a que lo olviden... salvo que ellos tengan derecho a recordarlo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 10/2014.

2. La sentencia que declara a Google Spain no responsable

2.1. Hechos

Veamos los hechos que han dado lugar a este recurso de casación. La Agencia Española de Protección de datos (a continuación AEPD) había estimado la reclamación del interesado contra Google Spain, S.L. como representante en España de la compañía estadounidense del sitio web en el que aparecían los datos personales del interesado para la exclusión de los mismos de la web. La Audiencia Nacional desestimó el recurso de Google Spain interpuesto en contra de dicha resolución confirmando la responsabilidad de la recurrente. Basándose en la doctrina del TJUE (Sentencia de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12), la Audiencia argumentó básicamente que: "i) la actividad de un motor de búsqueda como proveedor de contenidos debe calificarse de tratamiento de datos personales, ii) es el gestor del motor de búsqueda el responsable de dicho tratamiento, iii) corresponde al gestor del motor de búsqueda adoptar, en su caso, las medidas en aplicación de la LOPD para hacer efectivo el derecho de oposición del afectado, iv) la normativa europea en materia de protección de datos y, por ende, la legislación del país de la Unión Europea donde se encuentra el establecimiento, en este caso en España, es de aplicación cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro". Ante la alegación de falta de legitimación pasiva de Google Spain la Audiencia señala que la responsabilidad de la recurrente deriva tanto de la "unidad de negocio que conforman ambas sociedades" como de la "doctrina de los actos propios" si se tiene en cuenta la actuación de Google Spain en los procedimientos ante la AEPD y en los procesos ante los Tribunales.

En los siete motivos del recurso, Google Spain alega incongruencia *extra petita* al entender que la Audiencia introdujo un motivo nuevo en su razonamiento relativo a la noción de corresponsabilidad, infracción de la jurisprudencia que cita sobre la doctrina de los actos propios, que las críticas contra el reclamante y su actividad profesional –al tratarse de una persona conocida públicamente– que aparecen en Internet, están amparadas por la libertad de expresión y el derecho a la información.

2.2. Argumentos del Tribunal Supremo

En primer lugar el Tribunal aclara que no se trata de congruencia *extra petita* en cuanto la propia parte recurrente alego en el juicio *a quo* falta de legitimación pasiva en cuanto que la resolución impugnada estimó la solicitud de tutela contra ella no en la condición de representante de Google Inc. sino como responsable del tratamiento de datos siendo un argumento "a mayor abundamiento" el hecho de que la propia recurrente "ha reconocido su condición de responsable del tratamiento al actuar como tal frente a terceros" siendo cuestión distinta la diferente configuración mercantil de las dos entidades que no son ajenas entre sí.

Entrando en el núcleo de la cuestión -establecer la corresponsabilidad en el tratamiento de datos de la recurrente- la Sala recuerda que la definición² contenida en la letra d) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, "consta de tres componentes fundamentales: el aspecto personal («la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo»); la posibilidad de un control plural («que solo o conjuntamente con otros»); los elementos esenciales para distinguir al responsable del tratamiento de otros agentes («determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales»)". En relación a este último aspecto cabe destacar que determinar *los fines* (aquí entrarían los datos que deban tratarse, la duración de su conservación, el acceso a los mismos) le corresponde de facto al responsable del tratamiento mientras que la determinación de los *medios* del procesamiento puede ser delegada por el responsable del tratamiento en la medida en que se trate de cuestiones técnicas u organizativas. En definitiva, se trataría de establecer en primer lugar cuál es la actividad de tratamiento de la que se trata y después una valoración fáctica en relación a la intervención concreta de los sujetos en la determinación de los fines y los medios. En este sentido recuerda la definición³ contenida en la letra b) del art. 2 de la Directiva 95/46/CE, y que de conformidad a la interpretación del TJUE "la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d)". Por tanto no cabe duda que la responsable de la actividad antes mencionada es Google Inc., como sujeto que determina los fines y los medios del tratamiento de datos personales. No obstante, la sentencia de instancia declara la corresponsabilidad de Google Spain en virtud de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades. Conforme se declara en la sentencia ahora analizada lo fundamental para apreciar o no la corresponsabilidad en el tratamiento de los datos es la participación en la determinación de los fines y los medios de dicho tratamiento y si bien tanto la Directiva como la LOPD se refieren a la corresponsabilidad cuando se *emplean los términos solo o conjuntamente con otros* resulta evidente que en el caso de autos la promoción de productos o servicios

² Se entiende por «responsable del tratamiento»: la 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 caso de que los fines y los medios del tratamiento 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.

³ Conforme al art. 2 b) de la Directiva 95/46/CE «responsable del tratamiento» es "la 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 caso de que los fines y los medios del tratamiento 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".

publicitarios en beneficio del responsable -realizada por Google Spain-, es una actividad ajena a la determinación de los fines y medios del tratamiento. Por lo tanto, la responsabilidad de quien realiza la gestión del motor de búsqueda no puede ser trasladada a quien realiza actividades que tengan que ver con el soporte económico del motor de búsqueda pero que no participa de una forma "concreta" e "identificada" en una actividad directamente vinculada a la indexación o almacenamiento de información o de datos. Señala el Tribunal que la necesidad de identificación de los intervinientes viene impuesta por el Dictamen 1/2010 del GT29⁴ y esto es así porque si bien en las definiciones antes mencionadas se contempla la posibilidad de que varios sujetos resulten responsables por su participación en el tratamiento de datos, dicha participación no tiene por qué ser igual y no cabe una presunción de responsabilidad solidaria. Por ello es fundamental determinar el grado de participación de cada uno.

A continuación la Sala descarta que la unidad de mercado que la recurrente comparte con Google Inc. pueda ser argumento justificativo de su corresponsabilidad en cuanto el TJUE lo que hace aplicar una norma comunitaria a un sujeto que tiene su domicilio social fuera de UE pero que tiene una filial en uno de los Estados miembros. No habría tal necesidad si la filial fuera considerada corresponsable. El hecho de que el TJUE utiliza como "norma de conexión territorial" el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46, consistente en que el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro, refleja que no se exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado por el propio establecimiento en cuestión. Con la vinculación que se aprecia entre las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro lo que persigue es "evitar la elusión del cumplimiento de la normativa europea sobre la materia con base en el argumento de que el responsable del tratamiento no tiene su sede social en territorio europeo, lo que le permitiría sustraerse a las obligaciones y garantías que en dicha normativa se establecen".

Asimismo, la Sala considera injustificada la sentencia ahora recurrida, por un lado en cuanto declara la corresponsabilidad de la recurrente pero no identifica su grado de participación y por el contrario declara la responsabilidad de Google Inc. como entidad que gestiona el motor de búsqueda. Por otro lado, tampoco considera acertada la aplicación de la doctrina de los actos propios toda vez que: "i) la propia Sala de instancia no habla de actuaciones indubitadas o concluyentes por parte de Google Spain, S.L., en el sentido de asumir la condición de responsable del tratamiento, sino que, por el contrario, dice que estamos ante un indicio; ii) no se advierte ni valora por la Sala de instancia la distinta condición en que puede intervenir en tales procedimientos una persona física o jurídica, mero interesado o titular de derechos u obligaciones; iii) que solo la comparecencia como responsable del tratamiento de datos, es decir, de la determinación de los fines y medios del

⁴ "En el dictamen de la Comisión sobre la enmienda del PE, la Comisión menciona la posibilidad de que «varias partes determinen conjuntamente, para una única operación de tratamiento, los fines y los medios del tratamiento que se vaya a llevar a cabo» y, por lo tanto, en tal caso, «cada uno de estos corresponsables del tratamiento debe considerarse vinculado por las obligaciones impuestas por la Directiva de proteger a las personas físicas cuyos datos se estén tratando»".

tratamiento de datos, puede dar lugar a manifestaciones o actos válidos de reconocimiento de tal condición; iv) que la condición de responsable del tratamiento de datos viene definida legalmente, como se ha indicado antes de forma prolija, y su régimen jurídico no puede modificarse por las actuaciones de quien carece de facultades de disposición al respecto; v) que la legitimación ha de examinarse en cada procedimiento y, por lo tanto, ha de estarse a la actitud del compareciente en el mismo, que este caso ha sido, desde la vía administrativa, negar tal legitimación". Por tanto, el hecho de que Google Spain haya sido la demandada y en algunos casos, condenada a cumplir con la obligación de desindexación de resultados de búsqueda no representa un "acto propio" sino simplemente una "omisión" -como señala el TS- de invocar falta de legitimación pasiva.

Por último, el hecho de que Google Inc. haya creado después de la STJUE de 13 de mayo de 2014 un Consejo Asesor (con expertos en regulación europea y presidido por el Presidente de dicha sociedad), cuyo principal objetivo es cumplir con el denominado "derecho al olvido" en Internet así como la puesta a disposición de los usuarios de un formulario⁵ para solicitar la cancelación de los datos personales, no representan otra cosa que unos argumentos más para declarar que la única responsable del tratamiento de datos de su motor de búsqueda que actúa como tal es la entidad estadounidense.

3. La Sentencia que condena a Google Spain

Pero la **Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 5 abril 2016, RJ 2016\1006**, considera por el contrario que Google Spain es responsable y debe indemnizar al reclamante por vulnerar su derecho a la protección de datos personales al no retirar del buscador la información sobre el indulto que se le concedió en 1999 por un delito cometido en 1981, a pesar de que el afectado lo había solicitado.

La sentencia desestima la alegación de Google Spain de considerar a la sociedad matriz Google Inc única responsable del tratamiento de los datos y argumenta que esa solución supondría en la práctica un serio obstáculo para la efectividad de los derechos fundamentales en cuanto el afectado debería litigar contra la sociedad matriz estadounidense lo que supondría la dilación del procedimiento y unos gastos elevados.

Si bien la Sala de lo Civil ha tenido en cuenta las recientes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo tribunal, que estimaron la falta de legitimación alegada por Google Spain, como la analizada anteriormente, concluye que no tienen efecto prejudicial sobre el recurso que resuelve la Sala de lo Civil por la existencia de distintos criterios rectores en las jurisdicciones civil y contencioso

⁵ Sobre el que daba cuenta en este Centro LYCZKOWSKA K. en: ¿Cómo ejercer el derecho al olvido ante google?, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2014/21.pdf>

administrativo y por la diversidad de las normativas que se aplican por unas y otras.

Es curioso que la condena a Google Spain se realiza no por incumplimiento de la normativa sobre protección de datos –pues proveían de una fuente pública como lo es el BOE- sino porque después de 10 años de la publicación del indulto y 20 años después de que se cometiera el delito, tras ser requerida por el afectado para que cancelara el tratamiento automatizado de esos datos personales en relación al indulto, Google siguió realizando dicho tratamiento durante 8 meses.

La sentencia realiza una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información y el respecto a los derechos al honor y a la intimidad cuando la información se refiere a un indulto señalando que los parámetros que se han de tener en cuenta para dicha ponderación son “el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tenga la información publicada y, el interés público en que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado en una búsqueda hecha en un buscador como Google”.

Por tanto, si la publicación en el BOE de los indultos se hace por imposición legal - conforme declaró la STS de 18 de noviembre de 2010, (RJ 2010, 8529)- “transcurrido un plazo razonable, deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo el tratamiento”.