



Roj: **SAP B 8246/2014 - ECLI: ES:APB:2014:8246**

Id Cendoj: **08019370162014100388**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **17/07/2014**

Nº de Recurso: **99/2012**

Nº de Resolución: **364/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARTA RALLO AYEZCUREN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 16ª

ROLLO nº 99/2012-A

JUICIO ORDINARIO 411/2011

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 8 BARCELONA

SENTENCIA núm.364/2014

Magistrados:

D. JORDI SEGUÍ PUNTAS

Dª MARTA RALLO AYEZCUREN

D. JOSÉ LUIS VALDIVIESO POLAINO

Barcelona, 17 de julio de 2014.

Vistos por la Sección 16ª de esta Audiencia Provincial de Barcelona, en apelación, los autos de juicio ordinario número 411/2011, de protección de derechos fundamentales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona. El demandante, don Domingo , representado por el procurador don Jordi Pich Martínez y defendido por el letrado don Fernando Matas Rey, ha recurrido en apelación contra la sentencia de 14 de noviembre de 2011 .

Han sido demandados:

- 1 . GOOGLE SPAIN, S.L., representada por el procurador don Antonio María de Anzizu Furest y defendida por la letrada doña Carolina Pina Sánchez.
- 2 . TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., representada por el procurador don Francisco Javier Manjarín Albert y defendida por el letrado don José Pérez Zahonero.
3. YAHOO IBERIA, S.L., representada por el procurador don Ángel Joaniquet Tamburini y defendida por el letrado don Juan Fernández Garde.
4. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte dispositiva de la sentencia impugnada dice: " *Desestimando la demanda interpuesta por don Domingo , contra GOOGLE SPAIN, S.A., YAHOO IBERIA, S.L. y contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., absuelvo a las demandadas de los pedimentos formulados. Se imponen al demandante las costas derivadas de este procedimiento .* "



2. Don Domingo recurrió en apelación contra la sentencia. Admitido el recurso en ambos efectos, los autos fueron remitidos a esta Sección, previo emplazamiento de las partes. Comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales y se señaló para decisión del recurso el día 11 de marzo de 2014.

Ponente: la magistrada MARTA RALLO AYEZCUREN

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Hechos relevantes

Se relacionan, por orden cronológico, algunos hechos relevantes acreditados en el juicio:

1) El Boletín Oficial del Estado (BOE) de 18 de septiembre de 1999 publicó el Real Decreto de 27 de agosto de 1999 por el que se indultó al actor, don Domingo, la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, a la que había sido condenado en sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1990. La STS resolvía el recurso de casación interpuesto contra otra de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de junio de 1986, como autor de un delito contra la salud pública, por hechos cometidos en el año 1981 (documento 1 de la demanda, f. 87 de los autos).

2) El 8 de enero de 2009, el Sr. Domingo, que se dedica profesionalmente al sector de las telecomunicaciones, informática y multimedia, se dirigió al BOE, mediante un breve mensaje de correo electrónico en el que, tras identificarse, afirmaba que desde hacía años, a través de la búsqueda en Google por su nombre y apellidos, salía una página del BOE informando de un indulto referido a él, de 1999, sobre un delito ocurrido en 1981. Pedía que retiraran sus datos. Decía que habían hundido su vida y le gustaría rehacerla (documento 72 de la demanda, f. 262).

3) El 12 de enero de 2009, el BOE contestó al Sr. Domingo. Después de resumir cuál era la principal función del BOE y la normativa reguladora del procedimiento de publicación de las disposiciones y actos de inserción obligatoria, aludía a lo dispuesto sobre la obligatoriedad de inserción en el BOE de los reales decretos de indulto, conforme al artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1870, en la redacción por la Ley 1/1988, de 14 de enero. Exponía que la página electrónica del BOE reproduce fielmente la edición en papel, por lo que cualquier modificación sobre la página significaría una manipulación sustancial del contenido que alteraría de forma grave una "fuente de acceso público", carácter del BOE de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.j) de la L.O. 15/1999, de protección de datos de carácter personal, por lo que no procedía la modificación de datos del propio boletín. Sin embargo, el organismo público decía haber adoptado las medidas a su alcance necesarias para evitar la automatización de los datos del Sr. Domingo: había eliminado su nombre del buscador del BOE y actualmente no era posible acceder a la disposición citada por el Sr. Domingo, mediante su nombre, en ninguno de los buscadores de la web del BOE. Se añadía que, siguiendo indicaciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), los documentos en que aparecía el nombre del actor habían sido incluidos en una lista de exclusión (robots.txt), para notificar a las empresas con buscadores en Internet que no debían utilizar esos datos, los cuales, en unos días, debían desaparecer de los buscadores de Internet (f. 264 y ss).

4) El 5 de marzo de 2009, don Domingo se dirigió, por correo electrónico, a Yahoo. Exponía que, desde hacía años, en su buscador, cuando se insertaba el nombre del actor y el motor realizaba la búsqueda, aparecían varias páginas ilegales -no hacía referencia alguna a la página del BOE- en las cuales se informaba de su vida pasada (1981, 1999), incumpliendo muchos artículos de la Ley de protección de datos, lo que perjudicaba al demandante en lo personal, familiar, laboral, económico y social, de manera desmesurada y en prácticamente todos los países del mundo, saliendo siempre en la primera página del buscador. Solicitaba que retiraran las páginas del buscador y reclamaba una compensación -que no cuantificaba- por los daños sufridos. Decía que *dejaba abierto* un plazo de 15 días antes de formalizar las denuncias pertinentes en espera de un posible acuerdo (ff. 267 a 269).

5) Ese mismo texto contenían los dos correos electrónicos enviados por el Sr. Domingo a Google (a info@google.com y a press-es@google.com) el 5 de marzo de 2009 (ff. 270 y 271).

6) El mismo día 5 de marzo, *The Google Team* (help@google.com) contestó al Sr. Domingo con una respuesta estándar automatizada. La parte que puede leerse (la impresión del documento corta parte del texto) remitía, para preguntas sobre los productos, a determinada página web con links a los Help Centers que ofrecían respuestas a las preguntas frecuentes. Añadía que, debido al elevado volumen de mensajes, solo se respondían aquellos remitidos de una forma específica a sus centros (f.272).

7) El equipo de Yahoo España! contestó, por correo electrónico, el 13 de marzo de 2009. Requería al remitente, para poder ayudarlo adecuadamente, determinada información sobre el link exacto donde se hallaban los resultados, la palabra clave, el número de página y el número de resultados de búsqueda comenzando de arriba



- hacia abajo (f. 267). No consta -ni se alega- que el Sr. Domingo facilitara a Yahoo los datos requeridos ni le dirigiera ninguna otra comunicación al respecto.
- 8) El 21 de abril de 2009, tuvo entrada en la AEPD el escrito del actor de reclamación contra el BOE, Google Spain S.L. y Yahoo Iberia S.L., que dio lugar al procedimiento TD/00921/2009 (ff. 282 y 292 y ss).
- 9) El 12 de noviembre de 2009, el Sr. Domingo remitió burofax a Google Madrid, Torre Picasso, Plaza Pablo Ruiz Picasso, 1, 28020 Madrid, en que exponía de nuevo la problemática descrita en su mensaje anterior. Aquí hacía referencia específica a cinco páginas web del BOE. Solicitaba que retiraran del buscador toda la información personal protegida referida a Domingo, así como los caches, información disponible internacionalmente y resúmenes de páginas y tomaran las medidas oportunas en el plazo que establecía la ley. Se refería específicamente a determinada página del BOE que, afirmaba, estaba protegida para no ser indexada desde el 2 de enero de 2009, según gabinete de la Presidencia, a requerimiento de la AEPD. Mencionaba la apertura de un procedimiento penal y una demanda civil para determinar la responsabilidad. El burofax no fue entregado debido a "destinatario desconocido" (f. 273 y ss).
- 10) El 12 de enero de 2010, el Sr. Domingo remitió e-mails (con el mismo texto de solicitud de retirada de información personal protegida) a nemesys@telefonica.es y a privacy@lycos-inc.com (hacía referencia, respectivamente, a los buscadores *Terra* y *Lycos*) (f. 285 y ss.).
- 11) El 13 de enero de 2010, el actor remitió por burofax la misma solicitud a Telefónica, que la recibió el 14 de enero de 2010 (f. 289).
- 12) Telefónica respondió por carta de 15 de febrero de 2010, con su membrete y firma de "Protección de Datos" (sin más señas; en la copia que quedó en poder de Telefónica consta que el original lo firmó la Sra. gerente de protección de datos). El escrito decía que los datos personales (nombre y apellidos) del Sr. Domingo no aparecían cuando se realizaba una búsqueda en la página de Terra y adjuntaba una copia de pantalla. Añadía que los resultados de herramientas de búsqueda eran proporcionados directamente por terceros. Este escrito fue remitido al actor, por correo con acuse de recibo, el 25 de febrero de 2010. Ausente el destinatario en el reparto, caducó en lista y Telefónica lo remitió de nuevo el 30 de marzo de 2010 (f. 290 y ss. -documentos de la demanda- y f. 1126 y ss. -documentos de la contestación de Telefónica-).
- 13) El 19 de enero de 2010, el Director de la AEPD dictó la resolución nº R/02694/2009, en el procedimiento TD/00921/2009, sobre la reclamación de don Domingo contra BOE, Google Spain y Yahoo Iberia (ff. 305 y ss):
- Estimaba la reclamación formulada y el derecho de oposición ejercido contra Google Spain e instaba a esta entidad para que adoptara las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitara el acceso futuro a los mismos.
 - Desestimaba la reclamación formulada contra el BOE.
 - Estimaba por motivos formales la reclamación contra Yahoo Iberia (consideraba procedente la exclusión de los datos personales del reclamante de los índices elaborados por Yahoo, pero tenía en cuenta que, durante la tramitación del procedimiento, ese buscador había arbitrado las medidas necesarias para evitar la indexación de los datos)
- 14) El 25 de enero de 2010, el Sr. Domingo reclamó ante la AEPD contra Lycos España Internet Services, S.L. y contra Telefónica de España, S.A.U. (Terra), por no haber sido debidamente atendido su derecho de cancelación.
- 15) Como consecuencia de la reclamación, la AEPD incoó el procedimiento TD/00326/2010, en el que dictó la resolución de 8 de julio de 2010, número R/01553/2010 (f. 1132 y ss), la cual:
- Estimó por motivos formales la reclamación contra Telefónica, aunque decidió que no procedía emitir una nueva certificación por dicha entidad, al haber quedado acreditado que había cancelado los datos del reclamante fuera del plazo establecido legalmente.
 - Desestimó la reclamación contra Lycos (porque no constaba la recepción por esta empresa de la solicitud del actor y porque no existía información acerca del administrador de la empresa en España).
- 16) La AEPD notificó la resolución al Sr. Domingo por medio de publicación en el BOE de 18 de octubre de 2010, ante dos intentos previos negativos de notificación en su domicilio (f. 1139) (en la demanda de autos, de 22 de marzo de 2011, se afirma que la resolución sigue pendiente de notificación, atendido el cambio de domicilio del actor).

2. Pretensiones del demandante



Don Domingo demandó en este juicio civil a Google Spain, S.A., Telefónica de España, S.A. y Yahoo Iberia, S.L. Solicitaba:

1) Que se declarara que los demandados habían cometido una intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar, a la imagen y al honor del demandante.

2) Que se ordenara retirar la información personal de las indexaciones y caches, en que consta publicado el Real Decreto 1396/1999, de 27 de agosto de 1999, por el que se indulta al actor por un delito cometido en 1981, y que, en adelante, se prohibieran y cesaran las indexaciones citadas.

En la audiencia previa del juicio, el demandante renunció a esta petición. Alegó que, en momento posterior a la demanda, las demandadas habían retirado la información de las indexaciones y cachés.

3) El pronunciamiento de que esta intromisión ilegítima y la vulneración del derecho a la protección de datos había causado al actor graves daños morales y económicos cuantificados en 5.586.696 euros (cinco millones quinientos ochenta y seis mil seiscientos noventa y seis euros), en los que debía ser indemnizado por los demandados.

4) Que se impusieran las costas del juicio a los demandados.

3. Sentencia del juzgado

El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

Consideró acreditado que el Sr. Domingo tuvo oportunidad de ejercer la acción de protección frente a las intromisiones ilegítimas, establecida en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, desde antes de 2007. Por tanto, a la fecha de la demanda, 22 de marzo de 2011, la acción había caducado por transcurso del plazo de cuatro años desde que el legitimado pudo ejercerla.

Estimó que tampoco cabía examinar la pretensión desde la perspectiva del artículo 1902 del Código civil (CC), por el principio de especialidad normativa.

Por lo que respecta a la vulneración alegada del derecho a la protección de datos, la sentencia invocaba el artículo 19 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPDP) y el artículo 17 de la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE). Afirmaba que las demandadas no serían responsables de los posibles daños y perjuicios derivados del acceso al contenido del BOE en el que se publicó el indulto del demandante a través de sus motores de búsqueda hasta la notificación y firmeza de las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y, por lo tanto, aunque desde su fecha hasta la interpelación judicial no habría transcurrido el plazo de prescripción de tres años del artículo 121-21 del Codi civil de Catalunya (CCC), tampoco procedería fijar indemnización alguna por vulneración del derecho a la protección de datos.

4. Sobre la caducidad de la acción de la L.O. 1/1982

La primera cuestión que plantea el recurso de apelación del demandante es la relativa a la caducidad de la acción de protección frente a las intromisiones ilegítimas, de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPDHII). La parte apelante considera errónea la apreciación de caducidad por el juzgado, mientras que las tres demandadas, Telefónica, Yahoo Iberia y Google Spain, manifiestan su conformidad con la sentencia en este punto.

Es cierto que, como señala la parte actora, los ilícitos que se producen en Internet y en bases de datos constituyen un fenómeno relativamente nuevo que obliga a aplicar a este contexto unas normas (como la LOPDHII) previstas para situaciones surgidas en un marco distinto. Por ello, nos parecen del máximo interés algunos pronunciamientos judiciales recientes.

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Primera, número 28/2014, de 29 de enero, examina la cuestión del inicio del cómputo del plazo de cuatro años previsto en el artículo 9.5 de la LOPDHII, cuando la intromisión ilegítima consiste en la inclusión indebida de los datos personales del demandante en un fichero de solvencia patrimonial, por no respetarse los principios de calidad de los datos establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPDP). El juzgado y la audiencia habían estimado que el plazo se inició cuando el afectado conoció su inclusión indebida en el fichero, por considerar que no se estaba ante un caso de existencia de daños continuados sino de daños permanentes, originados por un solo acto, la inclusión de los datos del demandante en el fichero.

La STS citada transcribe la doctrina de la STS número 899/2011, de 30 de noviembre, conforme a la cual, " es pertinente hacer una distinción entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que



se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispone el artículo 1968.2.º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción. En cambio, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado (STS 28 de octubre de 2009 y 14 de julio de 2010), si bien matizando que esto es así «cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida» (SSTs 24 de mayo de 1993, 5 de junio de 2003, 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007). En el presente caso, de acuerdo con la anterior distinción, consideramos que los daños producidos por la inclusión indebida en uno de estos registros o ficheros de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados, como lo demuestra el hecho de que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persista durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se cancela o se produce la baja del demandante en los citados registros, al margen de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública (STS 24 de abril de 2009). "

Esa doctrina es aplicada en la STS de 29 de enero de 2014 que considera que, también en el caso que examina, el plazo de caducidad no se inició mientras los datos del demandante estuvieron incluidos en el fichero. Según la sentencia, la causa a la que el demandante ligaba la intromisión en su derecho al honor (la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial) persistió en el tiempo, desplegando sus efectos hasta se produjo la baja del demandante en el citado registro y, durante todo ese tiempo, la demandada mantuvo lo que, salvando la conveniente distancia respecto del correlativo concepto penal, el tribunal denomina "dominio del hecho", puesto que en cualquier momento de ese periodo la demandada podía haber puesto fin a la conducta a la que se imputa la producción de la intromisión en el derecho del afectado.

La aplicación de esa misma doctrina en el caso de autos, en que el demandante Sr. Domingo acciona por la intromisión ilegítima "en su derecho a la intimidad personal y familiar, a la imagen y al honor" que afirma cometida por los buscadores de las demandadas, al publicar los datos personales del actor, conduce a rechazar la excepción de caducidad invocada.

5. Derechos de la personalidad afectados

El demandante considera que los buscadores Google, Yahoo, Terra y Lycos, al enlazar al usuario de Internet con el contenido del BOE que publicaba el indulto concedido en 1999, infringieron los derechos fundamentales del actor a la propia imagen, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la protección de datos personales.

El demandante plantea lo que se ha llamado el *derecho al olvido* y encauza su reclamación mediante el ejercicio simultáneo de: (1) la acción de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y (2) la acción del artículo 19 de la LOPDP.

Sin perjuicio de un análisis ulterior más detenido, cabe afirmar ya que:

I. No está implicado en el caso el derecho fundamental a la propia imagen, definido por el Tribunal Constitucional como el " *derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública* " (SSTC 19/2014, de 10 de febrero y 23/2010, de 27 de abril).

II. En cuanto al derecho al honor, la información de que una persona fue condenada por cometer un delito contra la salud pública -obtenida aquí a partir de la información sobre el indulto de la pena impuesta por el delito-, puede afectar, sin duda, objetivamente, a la buena reputación de la persona y hacerle desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio. En esa medida atañe al ámbito de protección del derecho fundamental al honor (por todas, SSTC 208/2013, de 16 de diciembre y 51/2008, de 14 de abril).

III. También puede hallarse afectado en el caso el derecho fundamental a la intimidad, aunque la información sobre la que se reclama reserva no sea propiamente de aspectos de la esfera íntima del actor, sino de actuaciones que, en determinado momento, trascendieron del ámbito íntimo y dieron lugar a decisiones del poder público (el indulto y la condena penal previa).

6. Estimamos, sin embargo, que el núcleo de la controversia lo constituye, en este caso, la responsabilidad de las entidades demandadas por el daño causado por la infracción del derecho a la protección de datos.



La STC 292/2000, de 30 de noviembre, trata de " *la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.* "

" *De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo .* "

7. Además de la posibilidad prevista en el artículo 18 de la LOPDP, de reclamar ante la AEPD por las actuaciones contrarias a lo dispuesto en esa ley -de la que hizo uso don Domingo, como resulta de los hechos declarados probados-, el artículo 19 LOPDP, bajo la rúbrica " *Derecho a la indemnización* ", establece, en su apartado 1: " *Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.* " El apartado 3 precisa: " *En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria .* "

Se trata, por tanto, de una acción de responsabilidad por daños que no exige una actuación previa ante la AEPD ni viene condicionada por esa actuación.

Tiene su origen en 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. La Directiva, tras referirse, en el artículo 22, a los recursos administrativos -en particular, ante la autoridad de control de la protección de datos- y al recurso judicial correspondiente, en su artículo 23.1 exige a los Estados miembros que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido.

No puede acogerse, por tanto, la alegación de Google Spain, en su contestación, sobre la falta de competencia objetiva de la jurisdicción civil para conocer de la demanda en sus aspectos de vulneración del derecho de protección de datos personales.

8. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014

La trascendental Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12), que responde a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, en el procedimiento sobre protección de datos personales entre Google Spain, S.L. y Google Inc., por un lado, y la AEPD y don Estanislao, por otro, contiene pronunciamientos de los que necesariamente debe partirse en esta resolución. Sin perjuicio de profundizar también más adelante en la doctrina de la STJUE aplicable al caso, conviene reproducir ahora dos de sus declaraciones finales:

1) *El artículo 2, letras b) y d), 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, debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, 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).*



3) Los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita .

9. La reclamación de don Domingo contra Telefónica

El demandante invocaba un doble fundamento fáctico en su reclamación contra Telefónica: (1) la publicación de la información sobre su indulto en el buscador Lycos y (2) la publicación en el buscador Terra.

(1) La entidad demandada ha negado desde el inicio su titularidad del buscador Lycos . La resolución de la AEPD (número R/01553/2010 del procedimiento número TD/00326/2010) hace constar que la Agencia ha comprobado que Lycos España Internet Services, S.L. pertenece al Grupo Bertelsmann y Lycos Inc. depende de Daum Communications Corp. No consta que la demandada Telefónica sea propietaria del instrumento de búsqueda Lycos ni ningún otro vínculo que la legitime pasivamente respecto de ese buscador. La carga de demostrar la titularidad del buscador pesa sobre quien la afirma, conforme a las reglas generales en la materia - artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)-. Por tanto, debe desestimarse la condena de Telefónica con ese fundamento.

(2) Telefónica admite que el portal web Terra (<http://www.terra.es>) es de su titularidad y ofrece a los usuarios acceso a distintos contenidos informativos, de entretenimiento y especializados, así como a servicios *on line* como correo electrónico, compras, chats, foros, blogs, callejeros o buscador. Al tiempo de los hechos, contenía un buscador que ofrecía dos tipos de servicios: a) la búsqueda en Terra, buscador interno de los contenidos de Terra, y b) la búsqueda en Internet, mediante el motor de búsqueda Google, que mostraba a los usuarios los resultados de búsqueda de Google dentro del buscador de Terra, gracias a un acuerdo contractual entre ambas empresas. En ambos casos, se especificaba al usuario, tanto visual como textualmente, cuándo estaba efectuando una búsqueda en Internet (Google) y cuándo una búsqueda en Terra.

El acta notarial de páginas web autorizada el 19 de mayo de 2011 por el notario de Madrid don Ángel Almoguera Gómez acredita que si se accede al portal Terra, en la dirección de Internet <http://www.terra.es>, y se introduce en la caja del texto del buscador el nombre y los apellidos del demandante no aparece ningún resultado relativo al Real Decreto de indulto (ff. 1164 y ss. de los autos). Ese dato no lo desvirtúa la parte actora, puesto que la documentación que aporta, anterior a la demanda, permite apreciar que los resultados de su información indeseada aparecen en la página de Terra solo si se utiliza el buscador de Google. Cuestión distinta, denunciada por Telefónica en su contestación, es que las impresiones de pantalla aportadas con la demanda (documentos 20 y 21) sean incompletas o parciales -pese a que el demandante se dedica profesionalmente a servicios de informática e Internet- y oculten la parte derecha de la pantalla donde aparece que la búsqueda se ha efectuado con el buscador Google.

No se ha acreditado, por tanto, que Telefónica -mediante su buscador Terra- haya cometido una intromisión en los derechos fundamentales del demandante, salvo la relativa a la tardanza en su respuesta a la solicitud de cancelación que el actor le dirigió por carta de 12 de enero de 2010. Como se ha dicho al relacionar los hechos probados básicos, esa solicitud fue remitida el mismo día 12 por correo electrónico y, al día siguiente, se reiteró por burofax -recibido por Telefónica el 14 de enero de 2010-. La demandada respondió -negando que la información apareciera en su buscador- el 15 de febrero de 2010, es decir fuera del plazo de diez días hábiles (desde la fecha de recepción del correo electrónico) que establece el artículo 32.2 del Reglamento de desarrollo de la L.O. 15/1999 , aprobado por R.D. 1720/2007, de 21 de diciembre (aunque no a los dos meses y medio de la solicitud, como afirma el actor, que omite la incidencia de su falta de recogida de la carta). El Sr. Domingo acudió a la AEPD el 25 de enero de 2010 (finalizado el plazo reglamentario de respuesta al correo electrónico, pero no al burofax). No se ha probado que el retraso en la respuesta causara un daño indemnizable al demandante, que no anuda su reclamación económica a ese hecho concreto. Por ello, deben desestimarse el recurso y la demanda, respecto de Telefónica.

10. La reclamación contra Yahoo Iberia

Los hechos del caso

En los hechos probados se ha dicho que, el 5 de marzo de 2009, don Domingo , mediante correo electrónico, solicitó a Yahoo que retirara del buscador toda la información personal protegida referida a él. El mensaje, en términos genéricos (se ha resumido en el FD 1.4), no hacía ninguna referencia al tema del indulto ni a la página web del BOE.



Yahoo contestó el 13 de marzo de 2009, requiriendo al remitente determinados datos concretos sobre el link en cuestión. El Sr. Domingo no contestó ni facilitó a Yahoo esos datos, sino que, el 21 de abril de 2009, presentó ante la AEPD el escrito de reclamación contra Yahoo Iberia, que dio lugar al procedimiento TD/00921/2009.

Como se ha expuesto (FDD 1.12), la resolución de la AEPD de 19 de enero de 2010 (R/02694/2009, procedimiento TD/00921/2009), estimó por motivos formales la reclamación contra Yahoo Iberia. Consideró procedente la exclusión de los datos personales del reclamante de los índices elaborados por Yahoo y apreció que, durante la tramitación del procedimiento, ese buscador había arbitrado las medidas necesarias para evitar la indexación de los datos.

Yahoo ha aportado a estas actuaciones dos escritos que dirigió a la AEPD, en los que, entre otras cosas, se alegaba que, recibida por Yahoo, el 3 de agosto de 2009, la comunicación de la AEPD del inicio del procedimiento TD/00921/2009, se bloquearon inicialmente en su buscador determinados enlaces que contenían datos personales del reclamante (se especificaban dos) y, más adelante, se bloqueó un tercer enlace indicado por el reclamante en sus alegaciones (se precisaba cuál). Añadía que Yahoo había identificado un enlace adicional que contenía los datos personales del reclamante, que también había bloqueado (especificaba el enlace).

Mediante dos actas notariales de presencia de 28 de abril de 2011, autorizadas por el notario de Madrid don Manuel Hurlé González, se acredita que, en aquella fecha, si se introducen en el buscador de Yahoo las direcciones antes referidas (que Yahoo afirmó a la AEPD haber bloqueado), no aparecen resultados (ff. 926 y ss.). Es cierto que se trata de una comprobación posterior a la demanda de autos y que la parte actora, en la audiencia previa del juicio, manifestó que había sido después de la demanda cuando los buscadores de las demandadas -sin distinción- retiraron el enlace a las informaciones dañosas.

Sin embargo:

(1) En la misma audiencia previa, Yahoo Iberia se opuso a la afirmación del actor, por lo que atañía a esa demandada, y reiteró rotundamente que -como había sostenido en la contestación- había cesado en las indexaciones cuestionadas desde que conoció las alegaciones ante la AEPD. La parte actora no hizo manifestación alguna en contra de esa alegación ni siquiera para clarificar la cuestión, con la admisión tácita que implica tal conducta, en la fijación de los hechos controvertidos.

(2) En cualquier caso, recaía sobre la parte actora la carga de probar que, tras las explícitas comunicaciones de Yahoo Iberia en el procedimiento ante la AEPD -y su reiteración en la contestación a la demanda-, el buscador de esta demandada continuaba mostrando en sus resultados las páginas web indeseadas: no solo se trata de un hecho constitutivo, sino de un hecho positivo de fácil prueba (acreditar que en algún momento el buscador de la demandada ofrece determinado resultado), frente a la dificultad -práctica imposibilidad- de probar el hecho negativo consistente en que en ningún momento el buscador muestra ese resultado.

Las páginas aportadas con la demanda relativas a resultados de Yahoo con los contenidos cuestionados, obtenidos con posterioridad al procedimiento ante la AEPD, no aparece que sean de la aquí demandada Yahoo Iberia, sino de otras entidades del grupo multinacional Yahoo, con personalidad jurídica propia y distinta, dato éste alegado y probado por la demandada y no negado ni desvirtuado en el juicio. Al respecto, la demandada afirma que, tras una denuncia del Sr. Domingo , que correspondió al Juzgado de Instrucción 2 de Barcelona, que ordenó, como medida cautelar, la supresión de los enlaces objeto de denuncia de los servicios de búsqueda de otras entidades extranjeras del grupo, Yahoo Iberia, por un principio de respeto a las decisiones judiciales, comunicó a otras entidades del grupo Yahoo el auto del juzgado de instrucción relativo a la eliminación de los cuatro resultados de búsqueda que Yahoo Iberia ya había eliminado. No puede imputarse a la aquí demandada Yahoo Iberia actuaciones de terceras sociedades.

11. Sobre la alegación de intromisión de Yahoo Iberia en el derecho al honor y en el derecho a la intimidad del demandante. Artículo 17 de la LSSICE

Por tanto, en el terreno de los hechos, nos hallamos ante un motor de búsqueda que, hasta el momento en que conoció el contenido exacto de la reclamación de don Domingo , en el procedimiento de la AEPD, facilitó el acceso de cualquier internauta a los datos relativos al indulto del Sr. Domingo , publicado en la página web del BOE.

Si se examina la actuación de Yahoo Iberia desde la perspectiva de la intromisión en los derechos fundamentales al honor y a la intimidad del demandante, invocada en la demanda, debe tenerse en cuenta la regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de instrumentos de búsqueda por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).



El artículo 13 LSSICE, bajo la rúbrica " Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información" , establece, en su apartado 1, que " los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley" y añade, en su apartado 2, que " para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes ."

En concreto, debe acudirse, como hizo la Sra. magistrada del juzgado de primera instancia, al artículo 17 LSSICE, cuya rúbrica es " Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda ". Este precepto no regula la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda -sujetos a la responsabilidad establecida con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico, como proclama el artículo 13.1 transcrito- sino su exención de responsabilidad por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, cuando se cumplan los requisitos que establece el precepto. El apartado 1 del artículo 17 LSSICE establece:

Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que :

- a) *No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o*
- b) *Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.*

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

12 . Se ha discutido sobre el alcance del concepto "conocimiento efectivo" que es clave en la aplicación del artículo 17 LSSICE -y del artículo 16-. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 9 de diciembre de 2009 (número 773/2009), 10 de febrero de 2011 (72/2011) y 4 de marzo de 2013 (144/2013) interpretó el concepto a la luz de la Directiva 2000/31/CE , del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

El TS señaló que " la LSSICE no se limitaba a incluir en los supuestos de exención de responsabilidad el conocimiento por parte del proveedor de resolución dictada por órgano competente que declarara la ilicitud, sino que incluía también, de conformidad con el artículo 16 de la LSSICE, la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse", como el conocimiento «que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate» o en palabras de la Directiva, en su artículo 14, «hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito» ".

El TS citaba la STJUE de 16 de febrero de 2012 (asunto C-360/10 SABAM Netlog) en relación con una cuestión prejudicial en la que se declaró contrario a la normativa comunitaria el requerimiento judicial en el que se ordenara a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer sistemas de filtrado para bloquear la transmisión de archivos que vulneraran los derechos de autor. Argumentaba, entre otras razones, que con esta situación se podría vulnerar la libertad de información, «dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito» .

Las SSTS citaban también la STJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 Google France y Louis Vuitton), que señaló que «El artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE [...] debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible» .

La aplicación de la doctrina del T.S. en el caso de autos ha de conducir a excluir la responsabilidad de la demandada por intromisión en el derecho al honor y en el derecho a la intimidad del demandante, ya que



se cumplen los requisitos del artículo 17 LSSICE. Yahoo Iberia no tuvo conocimiento efectivo de la posible ilicitud de la información a la que remitía ni de que pudiera lesionar los derechos del demandante hasta que, en el procedimiento ante la AEPD, conoció el contenido de la información. Consta, por lo expuesto en los FFD anteriores, que, a partir de ese conocimiento, actuó con la diligencia requerida para suprimir o inutilizar el enlace.

13 . Sobre la reclamación de responsabilidad de Yahoo por vulneración del derecho a la protección de datos personales

El Grupo sobre protección de datos del artículo 29 -órgano consultivo europeo independiente creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE-, en su Dictamen 1/2008, de 4 de abril de 2008 , sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda (WP 148), señaló que la cuestión de si un intermediario debe ser considerado como responsable del tratamiento, él solo o conjuntamente con otros, es distinta de la cuestión de la responsabilidad derivada de ese tratamiento. El informe hace referencia, en este punto, a las excepciones horizontales particulares (*safe harbors* o puertos seguros) relativas a la responsabilidad de los motores de búsqueda ("herramientas de localización de información") y recuerda que la Directiva sobre el comercio electrónico (2000/31/ CE) no contiene puertos seguros para los motores de búsqueda, pero que en algunos Estados miembros se han aplicado normas de este tipo. Es el caso del Estado español, en el artículo 17 LSSICE transcrito.

El derecho a la indemnización reclamada por el Sr. Domingo con base en el artículo 19 LOPDP exige la concurrencia de dos requisitos: 1) un incumplimiento del responsable o encargado del tratamiento de datos personales y 2) un daño indemnizable causado por aquel incumplimiento.

El TJUE, en la sentencia de 13 de mayo de 2014 considera *"pacífico que esta actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos"* (36).

"En consecuencia, en la medida en que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales, el gestor de este motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46 para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada " (38).

"[...] el que los editores de sitios de Internet tengan la facultad de indicar a los gestores de los motores de búsqueda, con la ayuda, concretamente, de protocolos de exclusión como «robot.txt», o de códigos como «noindex» o «noarchive», que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, no significa que la falta de tal indicación por parte de estos editores libere al gestor de un motor de búsqueda de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales que lleva a cabo en el marco de la actividad de dicho motor " (39).

Más adelante, la STJUE declara: *" En relación con el artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46 , éste dispone que los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento, en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos. Esta última aclaración, relativa al supuesto del incumplimiento de algunos requisitos recogidos en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 95/46 , tiene carácter de ejemplo y no es taxativa, de lo que se desprende que la falta de conformidad del tratamiento, que puede ofrecer al interesado el derecho garantizado por el artículo 12, letra b), de dicha Directiva, puede también derivarse del incumplimiento de otros requisitos de legalidad impuestos por ésta al tratamiento de datos personales"* (70).

"A tenor de este artículo 6 y sin perjuicio de las disposiciones específicas que los Estados miembros puedan establecer para el tratamiento con fines históricos, estadísticos o científicos, incumbe al responsable del tratamiento garantizar que los datos personales sean «tratados de manera leal y lícita», que sean «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines», que sean «adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente», que sean «exactos y, cuando sea necesario, actualizados», y, por último, que sean «conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente». En



este marco, el mencionado responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a los requisitos de esta disposición sean suprimidos o rectificadas" (72).

"El interesado puede dirigir las solicitudes con arreglo a los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 directamente al responsable del tratamiento, que debe entonces examinar debidamente su fundamento y, en su caso, poner fin al tratamiento de los datos controvertidos. Cuando el responsable del tratamiento no accede a las solicitudes, el interesado puede acudir a la autoridad de control o a los tribunales para que éstos lleven a cabo las comprobaciones necesarias y ordenen a dicho gestor las medidas precisas en consecuencia" (77).

14 . En el caso de autos existió tratamiento de datos personales, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46/CE, y Yahoo Iberia debe considerarse responsable de dicho tratamiento, en el sentido del artículo 2, letra d).

Pero, como se ha dicho, no consta que Yahoo Iberia tuviera conocimiento de que la información a la que remitía lesionaba derechos del actor hasta que conoció el procedimiento de la AEPD y, a partir de ese momento, como gestor del motor de búsqueda y responsable del tratamiento, actuó con diligencia para suprimir los enlaces correspondientes y puso fin al tratamiento de los datos controvertidos antes de la decisión del procedimiento por la AEPD -según resulta del contenido de la propia resolución de la AEPD-. Las mismas razones que excluyen la responsabilidad de Yahoo Iberia conforme al artículo 17 LSSICE han de determinar su ausencia de responsabilidad, en aplicación de la doctrina de la STJUE de 13 de mayo pasado.

En definitiva, no puede apreciarse en Yahoo Iberia, como responsable del tratamiento de datos, incumplimiento alguno de la LPDP causante de daño al actor que permita fundamentar la indemnización y debe desestimarse el recurso de apelación en este punto.

15. La reclamación contra Google Spain

Alegación de falta de legitimación pasiva

La demandada Google Spain invocó en su contestación a la demanda -y en su escrito de oposición al recurso de apelación- su falta de legitimación pasiva. Alegó que no era Google Spain, sino la estadounidense Google Inc., la sociedad que gestionaba o controlaba el motor de búsqueda de Google que indexó la página del BOE donde se publicó el indulto del demandante. Según la contestación, Google Spain es una sociedad del grupo Google pero no interviene de ningún modo, directa ni indirectamente, en el funcionamiento del buscador; su objeto social consiste en la comercialización de productos y servicios publicitarios a través de Internet y actúa en España únicamente como oficina comercial, sin ninguna función relacionada con el buscador Google.

Aportó una nota simple del Registro mercantil de Madrid que acreditaba que su objeto social era el alegado (f. 771 y ss.) Aportó también la información publicada por Red.es y Domain Tools sobre la titularidad de Google Inc de los dominios de Internet www.google.com y www.google.es (ff. 784 y ss.). Añadió que era un dato público -que constaba expresamente en las páginas de información legal y de ayuda al usuario de Google- que la sociedad responsable del buscador es Google Inc. y alegó que el propio demandante, en la página web de su empresa MVB Consulting BCN, incluía una sección dedicada a explicar el funcionamiento de Google, en la que señalaba, entre otras cosas que las oficinas que Google Inc abrió en Madrid, en 2003, se dedican exclusivamente a labores comerciales y a la promoción del sistema publicitario Adwords de Google, mientras que la dirección de Google Inc. se halla en Mountain View, California (f. 809).

Google Spain no aportó a los autos los contratos que disciplinan la relación entre Google Inc. y Google Spain ni las comunicaciones que, en su caso, hubo entre Google Spain y Google Inc., en relación con la reclamación del Sr. Domingo ante la AEPD.

No ignoramos que resoluciones de otros tribunales, españoles y extranjeros, han acogido la excepción de falta de legitimación pasiva de Google Spain -o de la filial de Google Inc. en otros países europeos-, en reclamaciones relacionadas con el buscador Google, por considerar a Google Inc. único responsable del motor de búsqueda. En contraste, la STS de 3 de abril de 2012, en un litigio -procedente de la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial de Barcelona- en que se accionaba contra Google Spain por infracción de la normativa de propiedad intelectual, imputada al funcionamiento del buscador Google, entró en el fondo y desestimó el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, que, como la del juzgado, habían examinado también el fondo de la controversia y absuelto a Google Spain, sin que se planteara objeción alguna en materia de legitimación pasiva. Ciertamente, Google Spain puede modificar su estrategia procesal al respecto, pero aquel precedente constituye un acto propio en un contexto concreto -se pedía nada menos que el cese del funcionamiento del motor de búsquedas de www.google.es- que debe valorarse.



16 . Google Inc. y Google Spain también alegaron ante el TJUE -en el caso resuelto por la sentencia de 13 de mayo pasado- que el tratamiento de datos personales controvertido lo llevaba a cabo exclusivamente Google Inc., que gestionaba Google Search sin ninguna intervención por parte de Google Spain, cuya actividad se limitaba a prestar apoyo a la actividad publicitaria del grupo Google, que es distinta del motor de búsqueda (apartado 51 de la STJUE).

" No obstante -declaró el TJUE al respecto-, como subrayaron, en particular, el Gobierno español y la Comisión, el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado «por» el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice «en el marco de las actividades» de éste" (apartado 52). Añadió que, además, "visto el objetivo de la Directiva 95/46 de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, ésta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva (véase, por analogía, la sentencia L'Oréal y otros, CEU:C:2011:474, apartados 62 y 63) (apartado 53)".

El TJUE declara: " procede considerar que el tratamiento de datos personales realizado en orden al funcionamiento de un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero pero que dispone de un establecimiento en un Estado miembro, se efectúa «en el marco de las actividades» de dicho establecimiento si éste está destinado a la promoción y venta en dicho Estado miembro de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor " (55).

" En efecto, en tales circunstancias, las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisociablemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades " (56).

" Sobre este particular, es necesario recordar que, como se ha precisado en los apartados 26 a 28 de la presente sentencia, la propia presentación de datos personales en una página de resultados de una búsqueda constituye un tratamiento de tales datos. Pues bien, toda vez que dicha presentación de resultados está acompañada, en la misma página, de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento del responsable del tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el caso de autos el territorio español " (57).

Las anteriores declaraciones de la STJUE de 13 de mayo de 2014 , aun destinadas a dar respuesta a la primera cuestión prejudicial de la Audiencia Nacional, letras a) a d), relativa al ámbito de aplicación territorial de la Directiva 95/46, fundamentan igualmente, en nuestro criterio, la legitimación pasiva de Google Spain en este juicio.

En el mismo sentido, las conclusiones del Abogado General, que observó que Google Inc. tenía filiales en varios estados miembros de la Unión Europea; que sus operaciones en Europa estaban coordinadas hasta cierto punto por su filial irlandesa; que tenía centros de datos, al menos, en Bélgica y Finlandia y que la información acerca de la localización geográfica exacta de las funciones relacionadas con el motor de búsqueda no era pública. El Abogado General se refirió al modelo de negocio de los proveedores de servicios de motores de búsqueda en Internet, basado normalmente en la publicidad a partir de palabras clave, que es la fuente de ingresos y, como tal, la razón de ser económica para proveer una herramienta de localización de información gratuita en forma de motor de búsqueda. La entidad responsable de la publicidad a partir de palabras clave (denominada "prestador del servicio de referenciación" en la jurisprudencia del TJUE -caso Google France y Google-) está vinculada al motor de búsqueda y la actividad del motor de búsqueda toma en consideración la diversificación nacional de diversos modos en relación con la disposición de los resultados de búsqueda, ya que el modelo de financiación normal de la publicidad a partir de palabras clave sigue el principio de pago por clic.

De las actuaciones de este proceso, resulta la interdependencia entre la actividad publicitaria de Google Spain (la AEPD se refirió en particular a los sistemas Adwords y Adsense) y la del motor de búsqueda Google, aunque la parte demandada no haya entrado en detalles sobre cómo se desarrolla exactamente esa tarea común. La STJUE recuerda que el artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46 define al responsable del tratamiento de los datos personales -efectuado por el motor en el marco de una actividad como la controvertida en nuestro litigio-, como "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" y destaca que la Directiva pretende garantizar, mediante una definición amplia del concepto de «responsable», una



protección eficaz y completa de los interesados. Conforme a la STJUE, el gestor del motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46 para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada. En el caso de autos, la AEPD se dirigió a Google Spain y le requirió que adoptara las medidas necesarias para retirar los datos de su índice, sin que conste que esa retirada tuviera lugar antes de la presentación de la demanda de este juicio.

17 . *La responsabilidad de Google por vulneración del derecho a la protección de datos. Incumplimiento de la normativa sobre tratamiento de datos*

Ya se han distinguido los dos planos de la actuación que la normativa de protección de datos atribuye al afectado: la reclamación ante la AEPD y la acción civil de indemnización. Ésta última, objeto del juicio, no exige como presupuesto la reclamación administrativa, sino: (1) un incumplimiento del responsable o encargado del tratamiento de datos personales y (2) que ese incumplimiento haya causado un daño indemnizable.

Se examinará, en primer lugar, si hubo incumplimiento de la normativa sobre tratamiento de datos. Resulta necesario acudir a la STJUE de 13 de mayo pasado y, concretamente, a las declaraciones siguientes:

"En el supuesto en el que se aprecie, tras una solicitud del interesado en virtud del artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46 , que la inclusión en la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, de vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, es, en la situación actual, incompatible con dicho artículo 6, apartado 1, letras c) a e), debido a que esta información, habida cuenta del conjunto de las circunstancias que caracterizan el caso de autos, es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse" (94).

Ya que el interesado puede, habida cuenta de sus derechos con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, es necesario considerar, como se desprende, en particular, del apartado 81 de la presente sentencia, que estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate" (97).

18. Don Domingo -dedicado profesionalmente al campo de las telecomunicaciones, informática y multimedia- no desempeña ningún papel en la vida pública que justifique una injerencia en sus derechos fundamentales. La parte demandada no ha afirmado -ni acreditado- lo contrario.

Google Spain ha fundamentado el interés público de la publicación en la materia sobre que versa: la concesión del indulto. La demandada señala que la información que el actor quiere eliminar es información cuya publicación obedece a una obligación legal impuesta por la Ley del indulto. Alega que los artículos 2.2 y 8.1 de la L. O. 1/1982 excluyen expresamente la consideración de intromisión ilegítima de la publicación de información cuando dicha publicación venga impuesta por ley. Cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 17 de noviembre de 2010 , conforme a la cual, la publicación del indulto es una imposición legal de obligado cumplimiento, que debe llevarse a cabo, para hacer público el derecho de gracia que concede el Gobierno, con la publicidad necesaria e información suficiente de las personas a quienes se beneficia con ella; el hecho de que, en ocasiones, esa publicidad pueda trascender al conocimiento público porque aparezca en buscadores de Internet constituye un dato que el perjudicado por ese hecho está obligado a soportar -incluso en el caso de que el reclamante no es la persona indultada, sino otra con el mismo nombre-.

Tiene toda la razón la demandada cuando subraya la necesidad de transparencia de los indultos, teniendo en cuenta que se trata de una medida excepcional que implica una renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado y alcanza interés público. De ahí, la obligada publicación en el BOE. La información sobre el indulto del Sr. Domingo fue publicada por el BOE a cuya página web remiten los buscadores. El artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1870 , de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, tras la modificación por la Ley 1/1988, de 14 de enero, establece: " *La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado.* " El Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial "Boletín Oficial del Estado", en su artículo 2.1, prevé la publicación del BOE en edición electrónica y su artículo 11.1 dispone que se garantizará, a través de redes abiertas de telecomunicación, el acceso universal y gratuito a la edición electrónica del diario oficial del Estado.



Ahora bien, el deber de publicación del indulto en el BOE y el acceso a la edición electrónica del BOE deben diferenciarse del acceso a la base de datos del BOE, a que se refiere el artículo 17 del Real Decreto de 2008: " *La Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado ofrecerá en su sede electrónica, con carácter diferenciado a la edición electrónica del «Boletín Oficial del Estado», una base de datos gratuita que permita la búsqueda, recuperación e impresión de las disposiciones, actos y anuncios publicados en el «Boletín Oficial del Estado», con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.* "

Así lo distinguió el BOE, tras la reclamación del Sr. Domingo , al exponer: (1) que la página electrónica del BOE reproducía fielmente la edición en papel, por lo que cualquier modificación sobre la página significaría una manipulación sustancial del contenido que alteraría de forma grave una "fuente de acceso público", carácter del BOE de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.j) de la L.O. 15/1999 , de protección de datos de carácter personal, por lo que no procedía la modificación de datos del propio boletín y (2) que había adoptado las medidas a su alcance necesarias para evitar la automatización de los datos y había eliminado el nombre del actor del buscador del BOE, de manera que ya no era posible acceder a la disposición citada por el Sr. Domingo , mediante su nombre, en ninguno de los buscadores de la web del BOE. Añadía que, siguiendo indicaciones de la AEPD, los documentos en que aparecía el nombre del actor habían sido incluidos en una lista de exclusión (robots.txt), para notificar a las empresas con buscadores en Internet que no debían utilizar esos datos, los cuales, en unos días, debían desaparecer de los buscadores de Internet.

19. Por otra parte, los antecedentes penales son un dato sensible. La Directiva 95/46/CE los regula en su artículo 8, dentro del "Tratamiento de categorías especiales de datos". Su apartado 5 dice: " *El tratamiento de datos relativos a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrá efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional, sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo, sólo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos.* "

La LOPDP los incluye en el artículo 7.5 entre los " *Datos especialmente protegidos* ": " *Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.* "

El artículo 136 del Código penal (CP) prevé la cancelación de los antecedentes delictivos cuando, extinguida la responsabilidad penal -y satisfecha la responsabilidad civil- hayan transcurrido determinados plazos -cinco años para las penas graves-. El artículo 136 CP establece que las inscripciones de antecedentes penales no serán públicas y que, durante su vigencia, sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley.

20 . La Directiva 95/46/CE, cuando, en su artículo 6 , enuncia los principios relativos a la calidad de los datos, exige que sean:

a) *tratados de manera leal y lícita;*

b) *recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas;*c) *adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente ;*

d) *exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas ;*

e) *conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.*

El artículo 4 LOPDP, al regular los principios relativos a la calidad de los datos exige, en su apartado 1, que los datos " *sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido* ". El apartado 2 impide que sean usados " *para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos* ". El apartado 3 establece que " *serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado* " y el apartado 5 que " *serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del*



interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados. Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos ".

Igualmente, al regular los principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos, el artículo 7 de la Directiva exige que el tratamiento de datos solo pueda efectuarse con determinadas finalidades, entre ellas, que sea " *necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento* " (letra c) o " *para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos* " (letra e) o " *para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva* " (letra f).

21 . El indulto a favor del Sr. Domingo -por unos hechos de 1981- data de 27 de agosto de 1999 y fue publicado en el BOE de 18 de septiembre de 1999. Consideramos que su aparición en 2010 en la lista de resultados de un buscador de Internet no se ajusta en absoluto a los principios de tratamiento de datos personales transcritos.

Podía haberlo concluido el gestor del motor de búsqueda, ponderando los elementos fácticos del caso. Así viene a exigirlo la STJUE de 13 de mayo de 2014 cuando declara el derecho de obtener del responsable del tratamiento, en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la Directiva, conforme al artículo 12, letra b) de la Directiva (apartado 70 STJUE), y declara que el interesado puede dirigir las solicitudes con arreglo a los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 directamente al responsable del tratamiento, que debe entonces examinar debidamente su fundamento y, en su caso, poner fin al tratamiento de los datos controvertidos (apartado 77). En concreto, la STJUE afirma que el gestor del motor de búsqueda como responsable del tratamiento, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicho tratamiento cumple los requisitos de la Directiva 95/46, para que las garantías que ella establece puedan tener pleno efecto (83).

La STJUE concluye: " *Los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita* " (88).

22. Sin embargo, antes de la relevante STJUE de 13 de mayo de 2014 esta tesis no era pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, sino todo lo contrario. Muestra de ello son las conclusiones del Abogado General en el caso C-131-2012 resuelto por la STJUE citada, conforme a las cuales, un proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet no era el " *responsable del tratamiento* " de datos personales en páginas web fuente de terceros: " *El proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet que simplemente proporciona una herramienta de localización de información no ejerce ningún control sobre los datos personales incluidos en las páginas web de terceros. El proveedor de servicios no es «consciente» de la existencia de datos personales en un sentido distinto del hecho estadístico de que las páginas web probablemente incluyen datos personales. Al tratar las páginas web fuente a fines de rastreo, análisis e indexado, los datos personales no se muestran como tales de modo específico* " (84).

Por tanto, no pueden indemnizarse daños reclamados por el demandante anteriores a la primera reclamación del Sr. Domingo a Google Spain de la que hay constancia (mensajes de correo electrónico de 5 de marzo de 2009) -como observa Google Spain, el demandante reclama incluso por daños muy anteriores a la constitución misma de Google Spain, S.L., en septiembre de 2003 (f. 771)-.

Consideramos que es la decisión de la AEPD (R/02694/2009, del procedimiento TD/00921/2009) de 19 de enero de 2010, que estimó la reclamación del actor contra Google Spain y que instó a esta entidad a que adoptara las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso futuro a los mismos -o más exactamente, la notificación de esa resolución- la que marca el momento en que el mantenimiento del resultado controvertido en el índice del buscador deviene incumplimiento culpable de las normas legales de protección de datos. Con la lectura de la resolución motivada de la AEPD, Google Spain debía conocer la antijuricidad de su actuación. La copia de la decisión remitida a don Domingo tiene fecha de salida de 21 de enero de 2010 (f. 305). Por tanto, en defecto de más precisiones por las partes, se toma como fecha de notificación a Google Spain la de 22 de enero de 2010.



23. No podemos establecer cuándo exactamente Google dejó de mostrar los enlaces a la referida información del BOE. No se precisa en el proceso. Fue, sin duda, antes del 26 de julio de 2011, fecha de la audiencia previa del juicio, en la cual el actor reconoció expresamente que ya no aparecían los datos en los buscadores de las demandadas. Del acta aportada por Google, como documento número 5 de su contestación, autorizada por el notario de Madrid don Pablo Ramallo Taboada, el 29 de abril de 2011, resulta que en aquella fecha -poco después del emplazamiento en este proceso- ya se habían eliminado los enlaces (f. 746 y ss.).

La demanda de don Domingo se presentó el 22 de marzo de 2011 y la acompañó una prolija y desordenada documentación (cortada con frecuencia en la zona de la datación). Entre esa documentación, la más reciente página de Google con los resultados indeseados data, según nuestro examen, de 29 de noviembre de 2010 (f.111). Por tanto, la información del buscador debió de retirarse entre el 29 de noviembre de 2010 y el 29 de abril de 2011.

Consideramos que recaía sobre el actor la carga de acreditar que, a la fecha de la demanda -o poco antes-, Google continuaba publicando los datos. Se trata de un hecho positivo de fácil prueba. Que se limitara a aportar la publicación de 29 de noviembre de 2010 determina, conforme a las reglas de carga de la prueba sobre los hechos constitutivos, del artículo 217 LEC, que datemos la supresión de los enlaces a 29 de noviembre de 2010.

Por tanto, desde la comunicación de la decisión de la AEPD, en 22 de enero de 2010 hasta, por lo menos, el 29 de noviembre de 2010, es decir, durante 10 meses, los datos relativos al indulto del Sr. Domingo estuvieron visibles en el índice de Google, sin que conste ni se alegue ninguna actuación de la demandada en el sentido solicitado por el demandante e indicado por la AEPD. Lo que alega Google es que la decisión de la AEPD no era firme; que contra ella formuló recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y que el tribunal, ante sus dudas, estudió el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. Ya hemos repetido que la decisión final sobre el control administrativo de la protección de datos no opera como requisito de la acción civil de indemnización por daños. La decisión de la AEPD solo tiene relevancia en este juicio como determinante, por su contenido, del momento en el cual Google Spain tuvo que conocer razonablemente que el buscador afectaba el derecho fundamental de protección de datos personales del Sr. Domingo.

24. No ha quedado del todo claro en el proceso cómo y cuándo operaron los protocolos de exclusión activados por el BOE. La demanda -extensa y poco sistemática- no trata este punto -ni le incumbía hacerlo, seguramente-. Se refiere a la carta remitida por el BOE a la AEPD, el 4 de agosto de 2009, en que el BOE confirma su escrito de 12 de enero de 2009 al Sr. Domingo, según el cual, la agencia estatal del BOE, siguiendo las recomendaciones de la AEPD, había arbitrado las medidas necesarias con el fin de evitar la indexación de los datos del interesado, para impedir que fueran susceptibles de captación por los motores de búsqueda de Internet. La carta de agosto de 2009 indica que el BOE ha revisado de nuevo las entradas del "robots.txt" de Domingo y ha constatado que se siguen manteniendo activas, es decir, que tal como se encuentran actualmente, no es posible recuperarlos de la web del BOE.

Google Spain no ha cuestionado aquellas manifestaciones del BOE. En su contestación a la demanda, parece admitir que el BOE incluyó los documentos en una lista de exclusión, mediante la herramienta "robots.txt" y concluye al respecto, con cierta ambigüedad, que cuando se utilizan los mecanismos descritos de forma correcta por parte de los titulares de páginas web se puede evitar la indexación de las webs (f. 683). Ni precisa cuándo exactamente comenzó a cumplir Google el código de exclusión del BOE en relación con la información objeto del juicio ni afirma que la utilización del protocolo de exclusión por el BOE fuera incorrecta ni por qué.

El informe pericial elaborado, a instancias de Google Spain, por los Sres. Teodulfo y Luis María, titulados superiores en informática, de Forest Digital Evidence, S.L., presentado después de la contestación por alegarse complejidad de la materia, describe detalladamente las técnicas para controlar la indexación de contenidos web por los webmaster o editores de las páginas web (fichero "robots.txt"; meta-etiqueta "robots" con el valor "noindex"; cabecera http denominada "X-Robots-Tag" o cadena de texto "User-Agent", entre otras).

En lo que atañe a su utilización en el presente caso, por parte del titular de la página boe.es, el informe señala que incluyó determinadas líneas que indicaban expresamente que: (i) los documentos PDF con referencias al real decreto de indulto, (ii) el resto de documentos en otros formatos que hacían referencia a dicho indulto y (iii) la página del BOE que contiene la publicación de ese día, no debían ser rastreados por los buscadores, por lo que sus contenidos no serían indexados ni mostrados en los resultados de búsqueda ni se generaría copia cache ni vista previa. Añade que, sin embargo, dado que el fichero "robots.txt" no impide devolver los documentos mencionados como resultado de una búsqueda web (por ejemplo, si otras páginas web enlazan a dichos ficheros y contienen el nombre del actor), sigue siendo posible que los buscadores asocien dicho nombre a los documentos y devuelvan un enlace a ellos. Para evitarlo -dice el dictamen-, el webmaster del sitio "boe.es" debería utilizar la meta-etiqueta "robots" o bien la cabecera HTTP "X-Robots-Tag" con el valor



NoIndex , cuyo uso garantizaría que bajo ninguna circunstancia fuera devuelto un enlace a los documentos como resultado de una búsqueda (lo que no ocurre a la fecha del informe, 11 de junio de 2011, según sus autores).

25. No se trata de excluir la responsabilidad de Google debido al no uso adecuado de protocolos de exclusión por el editor de la página web del BOE. La STJUE de 13 de mayo de 2014 deja claro que " *el que los editores de sitios de Internet tengan la facultad de indicar a los gestores de los motores de búsqueda, con la ayuda, concretamente, de protocolos de exclusión como «robot.txt», o de códigos como «noindex» o «noarchive», que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, no significa que la falta de tal indicación por parte de estos editores libere al gestor de un motor de búsqueda de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales que lleva a cabo en el marco de la actividad de dicho motor* " (39).

Apreciamos el incumplimiento de la normativa de protección de datos por Google Spain desde que conoció la decisión de la AEPD, en enero de 2010. Lo que se plantea ahora es si, antes de esa fecha, hubo incumplimiento imputable a la demandada, por desatender los códigos de exclusión implementados en la página del BOE, según parece, desde enero de 2009.

Las conclusiones del Abogado General en el caso resuelto por la STJUE de 13 de mayo pasado se refieren a la cuestión, razonando que el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet controla su índice, en el sentido de que decide si los códigos de exclusión de la página web fuente han de cumplirse o no y, respecto de los contenidos de la memoria oculta, la decisión de no respetar los códigos de exclusión en una página web entraña -a su juicio- responsabilidad, en el sentido de la Directiva, sobre tales datos personales. Lo mismo aplica a las situaciones en las que el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet no actualiza una página web en su memoria oculta, a pesar de que el sitio en Internet así lo solicite (apartados 91 a 93).

En su escrito de oposición al recurso de apelación, Google Spain da a entender que respetó en todo momento los códigos de exclusión utilizados por BOE. Se refiere a la declaración testifical por escrito del director del BOE, a instancia del demandante y a preguntas de ambas partes. Sin embargo, lo que el director del BOE declaró sobre el particular fue, en síntesis, que había manifestado sus dudas sobre la efectividad del uso del "robots.txt" para la finalidad perseguida; que no tenía constancia de que los buscadores se saltaran la recomendación ni le era posible saberlo, pero que existía la posibilidad de que alguno o algunos de ellos, ya sean buscadores generalistas o de los llamados especializados en determinadas materias, pudieran saltarse la recomendación. Cabría que cualquier buscador hubiera accedido al diario oficial y confeccionado su propia base de datos, luego fuente para otros indexadores/buscadores (ff. 1712 y ss.).

Como respuesta a determinadas preguntas de Google Spain, sobre si Google había remitido al director del BOE un correo electrónico indicando las medidas tecnológicas a adoptar para que determinada página web dejara de ser indexada en los resultados del buscador, el testigo adjuntaba dos cartas de Google (google.com): (1) de 28 de agosto de 2008, que solicitaba encarecidamente la instalación del archivo "robots.txt", y (2) de 28 de abril de 2011, que comunicaba a la demandada que las medidas que BOE había tomado no estaban impidiendo que determinada página fuera indexada en los buscadores, incluido el de Google. Resumidamente, porque el BOE añadía una línea *disallow* en el fichero robots.txt y la instrucción *disallow* decía a los robots que no debían visitar determinada página pero no que no podían indexarla. Google señalaba que la forma de decir a los buscadores que determinada página no debía ser indexada era permitiendo al buscador acceder a ella y usar la etiqueta *NOINDEX* . En el caso de fichero pdf, la carta de Google indicaba la inclusión de la etiqueta en la cabecera http. Coincidió, por tanto, con el informe de los Sres. Teodulfo y Luis María presentado por la propia Google Spain en este juicio.

A partir de los datos anteriores, no podemos considerar probado que Google, en el caso de autos, decidiera no respetar los protocolos de exclusión introducidos por el BOE en relación con la información del Sr. Domingo .

La conclusión es la ya expuesta: la demandada incumplió la legislación de protección de datos personales en el periodo de 22 de enero a 29 de noviembre de 2010.

26. La responsabilidad derivada de ese incumplimiento no queda excluida por el artículo 17 LSSICE, puesto que, a partir de la comunicación de la AEPD, no se cumple el requisito legal de que el prestador del servicio a) no tenga conocimiento efectivo de que la información a la que remite es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) si lo tiene, actúe con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Según la norma, " *se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos [...]* y el prestador conociera la correspondiente resolución " .



27. Daño indemnizable

El incumplimiento de la normativa de protección de datos no implica automáticamente un daño o lesión indemnizable del afectado. Don Domingo reclama la indemnización de los daños patrimoniales y los daños morales.

Daños patrimoniales

Por lo que respecta a los daños patrimoniales, el actor se refiere, en primer lugar, al fracaso del negocio M.V.B. Consulting y otros relacionados. Reclama por este concepto 2 millones de euros. No podemos concluir de ninguna manera la relación causal entre la publicación en Google, durante diez meses de 2010, del indulto relacionado con un delito contra la salud pública cometido treinta años antes, en la juventud del actor, y la frustración del negocio proyectado (dedicado a dar soporte multimedia a los clientes, a la realización de proyectos de audio y video, al alquiler de salas de ensayo a grupos musicales y a ofrecer a estos grupos servicios de promoción, publicidad y venta de CDs por medio de Internet). Ni se ha probado en autos ni resulta siquiera verosímil.

La misma ausencia de relación causal impide -sin entrar ya en la falta de acreditación del daño- acoger la reclamación de 60.000 euros por las pérdidas derivadas de la inversión que el demandante alega en " *software de alta gama, ordenadores, equipos de música, mesas de mezclas, grabadoras, cámaras, etc.* " No puede imputarse a la demandada la falta de éxito del negocio emprendido por don Domingo .

El actor reclama la suma de 88.063,51 euros como daño patrimonial por incapacidad laboral. Afirma que, como consecuencia del tratamiento ilícito de sus datos en la red, ha quedado seriamente limitado para la actividad laboral en el sector multimedia, así como para todas las actividades susceptibles de ser publicitadas a través de Internet, lo cual también condiciona, según la demanda, su actividad profesional como guitarrista. Esto significaría, en la práctica, según el demandante, la incapacidad en grado de total para cualquiera de las profesiones a las que se ha dedicado. No podemos acoger esa tesis por falta de acreditación e incluso de verosimilitud.

Tampoco se acredita ni puede concluirse la existencia de relación causal entre la publicación de los datos del actor en el buscador y la frustración de la venta de un cuadro de su propiedad que, según el demandante, es una obra de Eladio (el retrato de un diputado del común) no catalogada hasta el momento. El actor cuantifica ese perjuicio en 3 millones de euros, en que estima el precio de venta de la obra. Para descartar el nexo causal basta constatar que las cartas de las diferentes entidades que declinan la compra de la obra datan de muchos años antes de la reclamación del Sr. Domingo a Google Spain: 2001 (Chistie's de Londres, documentos 223 y 224 de la demanda); 2004 (Lord Anthony Crichton Stuart, de Chistie's, documento 225; Rijksmuseum, doc. 228; The J. Paul Getty Museum, doc. 229; The Museum of Fine Arts Houston, doc. 230; Hermitage, doc. 231 y Museo Guggenheim Bilbao, doc. 233) y 2008 (Museu Nacional d'Art de Catalunya, doc. 232).

Finalmente, no pueden imputarse causalmente a la actuación de la demandada los perjuicios, cuantificados por el actor en 100.000 euros, por la pérdida alegada de otros bienes muebles de gran valor -que ni siquiera se relacionan-, los cuales, según la demanda, habrían tenido que depositarse en determinado almacén (en el año 2008, documento 66) -como consecuencia de la ruptura del actor con su pareja y de la falta temporal de recursos económicos del Sr. Domingo para obtener una nueva vivienda- y más tarde se habrían perdido por la imposibilidad de pagar el alquiler del almacén.

28. Daños morales

El Sr. Domingo solicita como indemnización por daños morales la suma de 338.632,50 euros. Llega a esa cifra aplicando el sistema de valoración de daños causados a las personas en accidentes de circulación, en un intento de racionalizar la cuantía de la indemnización, aun reconociendo que se trata de supuestos totalmente distintos. El demandante parte del máximo de puntos de secuela, por la extraordinaria dimensión del daño; atiende a la edad de la víctima (entre 41 y 55 años) y suma un 25 % de factor de corrección "por los perjuicios económicos en una persona en plena actividad laboral con enormes expectativas de éxito".

Alega que han sido especialmente graves las repercusiones sufridas en el entorno familiar, puesto que sus hijos (de 29, 21, 19, 14 y 12 años) desconocían los hechos ocurridos hace treinta años. Atribuye también a la publicación la ruptura con su anterior pareja. Refiere asimismo el desapego de sus hermanos -por la influencia de la página de resultados relativa al actor- y la extrema cautela que debe adoptar a la hora de entablar cualquier relación. Se refiere el demandante, en fin, al valor de soportar diariamente durante once años la divulgación masiva de datos de carácter personal sin su consentimiento.

Sin embargo, junto a no entender que quepa imputar razonablemente a la actuación del buscador de la demandada los concretos problemas familiares referidos en la demanda, ya hemos razonado que solo

estimamos responsable a Google Spain por los daños causados de enero a noviembre de 2010, no por los que pudiera sufrir el actor los diez años anteriores. Según la demanda, la separación traumática de la anterior pareja -y la pérdida del apoyo familiar- se produjo en 2006, muchos años antes.

No existe en materia de protección de datos la presunción de existencia de perjuicio por la intromisión ilegítima, del artículo 9.3 de la L.O. 1/1982. Ahora bien, la naturaleza de los datos divulgados -la comisión de un delito treinta años antes-, en la medida que, como hemos dicho al inicio, se vincula con los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, conduce a que consideremos acreditada, en el caso, la causación de daño moral para el demandante. Es patente la dificultad de cuantificar el daño moral y debemos tener en cuenta, cuando menos, como orientativos, los criterios del artículo 9.3 de aquella ley: las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión efectivamente producida, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

La STS de 22 de enero de 2014 (número 12/2014), en un caso de inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD, considera indemnizable, como daño moral, " *en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas. Para calibrar este segundo aspecto ha de verse la divulgación que ha tenido tal dato*". También considera indemnizable " *el quebranto y la angustia producida por el proceso más o menos complicado que haya tenido que seguir el afectado para la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados*". La STS declara que se trata por tanto de una valoración estimativa, con utilización de criterios de prudente arbitrio.

Los criterios expuestos (así, la afectación de la dignidad del demandante por la naturaleza de la información divulgada, relativa a un antiguo delito; la publicación como resultado del poderoso buscador Google; el quebranto derivado de las dificultades para conseguir su supresión, la duración del daño atribuible a la demandada), así como la comparación con las sumas establecidas por los tribunales -en la propia STS de 22 de enero de 2014-, nos llevan a fijar prudencialmente en 8.000 euros la indemnización que Google Spain, S.L. debe pagar al demandante por el daño causado.

29 . Intromisión en el derecho al honor y en el derecho a la intimidad del demandante

En la demanda se pedía la indemnización por los conceptos dañosos que se han ido enunciando, sin que se distinguiera entre los daños causados al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales del actor. Tampoco distinguiremos en esta sentencia, debido a la imbricación en el caso de esos diferentes ámbitos. Al fijar la indemnización a satisfacer por Google Spain se ha tenido en cuenta la afectación del derecho al honor del Sr. Domingo y de su derecho a mantener reserva sobre hechos de su vida pasada. Damos por reproducidas las consideraciones efectuadas al respecto en apartados anteriores y, en concreto, las relativas a la aplicación del artículo 17 de la LSSICE, que excluye la responsabilidad por la intromisión en aquellos derechos hasta que el prestador del servicio tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos. También desde la perspectiva de estos derechos fundamentales al honor y a la intimidad, ese conocimiento se produjo en el caso de autos desde la notificación de la decisión de la AEPD a Google Spain.

30. Costas

La estimación, en parte, del recurso de apelación determina la no imposición de las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 LEC).

En cuanto a las costas de la primera instancia del juicio, la estimación, en parte, de la demanda y la ausencia de una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la materia controvertida -la responsabilidad derivada de la normativa de protección de datos, en relación con los instrumentos de búsqueda en Internet-, determina que se aprecien en el caso serias dudas de derecho que fundamentan la no imposición de las costas (artículo 394.1 LEC).

FALLAMOS

Estimamos, en parte, el recurso de apelación de don Domingo , contra la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona , en el juicio ordinario número 411/2011, seguido por don Domingo , contra GOOGLE SPAIN, S.L., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. y YAHOO IBERIA, S.L.

Revocamos, en parte, la sentencia del juzgado.

1. Estimamos, en parte, la demanda de don Domingo , contra GOOGLE SPAIN, S.L.

2. Condenamos a GOOGLE SPAIN, S.L. a pagar a don Domingo la suma de 8.000 euros, por vulneración de su derecho a la protección de datos personales.



3. Desestimamos la demanda de don Domingo , contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. y contra YAHOO IBERIA, S.L.

4 . No imponemos las costas de ninguna de las dos instancias del juicio.

5. Se devolverá, en su caso, el depósito prestado para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (si el recurso presenta tal interés conforme a la ley) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste último si se presentare conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo el depósito correspondiente.

Conforme a la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del Parlamento de Cataluña, si hubiese de fundamentarse el recurso, aunque sea en parte, en infracción del ordenamiento jurídico catalán, cabría recurso de casación, en caso de apreciarse contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del antiguo Tribunal de Casación de Cataluña, o por falta de dicha jurisprudencia.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

Así por ésta sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Barcelona, en el mismo día de su fecha, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL