

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL ASUNTO «MARIO COSTEJA» (C-131/12) SOBRE DERECHO AL OLVIDO

MARÍA ÁLVAREZ CARO

Abogada colegiada en el ICAM. Doctorando. Responsable de Asuntos Públicos y Relaciones Institucionales en la Asociación Española de la Economía Digital *

Revista Española de Derecho Europeo 51
Junio – Septiembre 2014
Págs. 165 – 187

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES DEL CASO. A. *Consideraciones generales*. B. *Resumen de los hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales*. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE. A. *Ámbito de aplicación material*. B. *Ámbito de aplicación territorial*. III. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DEL MOTOR DE BÚSQUEDA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS. A. *Conclusiones del abogado general N. Jääskinen presentadas el 25.06.2013*. B. *Sentencia TJUE, de 13.05.2014, as. «Mario Costeja» (C-131/12)*. IV. EJERCICIO DEL DERECHO AL OLVIDO ANTE EL MOTOR DE BÚSQUEDA Y CRITERIOS PARA RESOLVER EL CONFLICTO DE DERECHOS. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El pasado 13 de mayo el Tribunal de Justicia de la UE dictaba la sentencia en el asunto *Mario Costeja* (C-131/12) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE de protección de datos personales. El fallo da respuesta a la controvertida cuestión del derecho al olvido o cancelación de datos en Internet y, más en concreto, en los motores de búsqueda. El fallo, aun-

ABSTRACT: On last May 13th the European Court of Justice (ECJ) resolved a judicial case which gives an answer to the controverted issue of the right to be forgotten or cancelation of data on the Internet and, more specifically, on search engines. The resolution, although bringing up both conceptual and law application doubts, sets the guidelines in order to resolve the conflicts that can be generated regarding this matter, supporting the extraterritorial appli-

* Ganadora del Premio de Investigación 2013 de la Cátedra Google de Privacidad, Sociedad e Innovación-Universidad San Pablo CEU.

que genera dudas conceptuales y de aplicación del derecho, sienta las bases para resolver los conflictos que sobre esta materia se puedan generar, avalando la aplicación extraterritorial de la citada Directiva. Asimismo considera que el motor de búsqueda realiza un tratamiento de datos personales y es responsable del mismo, a la vez que reconoce el derecho al olvido del titular de los datos, en el sentido de que éste se pueda dirigir al buscador para que elimine dichos datos en determinados casos y con independencia de que éstos permanezcan en la web de origen.

PALABRAS CLAVE: derecho al olvido, motores de búsqueda, Directiva 95/46/CE, derechos fundamentales.

cation of the 95/46/CE European Data Protection Directive. It also considers that a search engine makes a treatment of personal data as a data controller and also recognizes the right to be forgotten of the data holder, so that he or she can ask the search engine to remove the data in certain cases and although these still appear on the editor web.

KEYWORDS: right to be forgotten (right to oblivion), search engines, 95/46/CE Directive, fundamental rights.

Fecha recepción original: 30 de junio de 2014

Fecha aceptación: 22 de julio de 2014

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES DEL CASO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

La sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de la UE del pasado 13 de mayo, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, en el Asunto C-131/12, en el procedimiento entre Google Spain S.L, Google Inc y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, da una respuesta al controvertido derecho al olvido (*right to be forgotten* o *right to oblivion* en su denominación en inglés). El fallo del Tribunal de Luxemburgo ofrece así unas directrices que necesariamente han de seguir los Estados miembros de la UE a la hora de resolver los casos que se planteen y ofrece asimismo las bases y líneas para la regulación del derecho al olvido en el futuro Reglamento Europeo de Protección de Datos. En España, hay más de 200 casos pendientes de resolverse en la Audiencia Nacional relativos al derecho al olvido. Este fallo judicial podría calificarse, si no como la sentencia más importante en materia de protección datos en la historia del TJUE, sin duda, como una de las más trascendentales en la materia. La sentencia cierra un caso mediático y polémico sobre el que han corrido ríos de tinta en periódicos y revistas jurídicas especializadas. Sin embargo, aunque el caso se ha cerrado, es ahora cuando se abre una nueva etapa, donde habrá que ver cómo se ejerce en la práctica el derecho al olvido y cómo se va perfilando el futuro con respecto al derecho al olvido.

Como primera reflexión, quisiera insistir, en que no se puede extrapolar este fallo judicial para ofrecer la misma solución a cualquier supuesto sobre derecho al olvido, ni para afirmar generalizando que existe un derecho al olvido absoluto, de todos los ciudadanos, que estos pueden ejercer frente a un buscador ante informaciones que les desagraden. La sentencia dista años luz de ampa-

rar la existencia de un derecho absoluto al olvido, sino que contempla un derecho lleno de matices y condicionantes de alcance general y particular. El fallo judicial resuelve un caso concreto, con unas determinadas características, e insiste en su argumentación en que habrá que ir resolviendo, caso por caso, para ver donde prima más el derecho al acceso a la información por parte del internauta y, donde, la privacidad del sujeto. Asimismo, afirma que la Directiva 95/46/CE, de protección de datos personales de las personas físicas, ha de interpretarse desde arriba, en el sentido de que ha de interpretarse a la luz del artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹.

Es un fallo judicial que podría suponer, en parte, replantearse las reglas del juego en Internet, y que más allá de a Google, podrá afectar a otros agentes de la Red y pone en cuestión el régimen de exención de responsabilidad del contenido de terceros que aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información². Asimismo, y precisamente por tratarse de una solución para un supuesto concreto, el fallo deja las puertas abiertas a cuestiones relacionadas con el derecho al olvido para las que este caso no da una solución, planteándose interrogantes y quedando algunas cuestiones en el aire, a las que se hará referencia a lo largo de este artículo.

B. RESUMEN DE LOS HECHOS, LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

La sentencia tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional al órgano encargado de interpretar el Derecho comunitario, planteada con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)³, en concreto por las dudas interpretativas en relación con el artículo 2, letras b) y d), artículo 4, apartado 1, letras a) y c), artículo 12 letra b) y artículo 14 párrafo primero, letra a), de la citada Directiva, así como por la interpretación del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. El caso se plantea en el marco de un litigio entre, por un lado, a Google Inc y Google Spain S.L y, por otro, el ciudadano español Mario Costeja y la autoridad de protección de datos española. Con respecto a la norma sobre la cual la Audiencia Nacional tiene dudas interpretativas, se trata 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

1. El artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE dice así: «1. Toda persona tiene derechos a la protección de datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente».
2. Ver la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico, así como la norma de transposición al derecho interno español; la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI) 34/2002, de 11 de julio.
3. La Audiencia Nacional plantea el auto el 27 de febrero de 2012, teniendo entrada en el TJUE el 9 de marzo.

de datos personales y a la libre circulación de estos datos, una norma que data ya de una época en la que Internet no es lo que era hoy en día y, desde luego, no está pensada para mucha de la problemática que se plantea en la actualidad en materia de protección de datos. De hecho, tal y como señaló el abogado general Niilo Jääskinen en sus conclusiones⁴, «cuando la Comisión Europea elaboró la propuesta de Directiva, en 1990, Internet, en el sentido actual de World Wide Web, no existía, ni tampoco existían motores de búsqueda». Por ello, en el ámbito de la UE se está actualizando la normativa aplicable a esta materia, desde que en enero de 2012 la Comisión Europea aprobó su Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos⁵.

Para contextualizar el caso objeto del litigio, y antes de entrar a abordar la argumentación de la sentencia, haré un breve repaso de los hechos. El comienzo se remonta al 5 de marzo de 2010, cuando el ciudadano Mario Costeja presenta una reclamación ante la AEPD contra *La Vanguardia Ediciones SL*, empresa que publica un periódico de gran difusión en Cataluña, y contra Google Spain y Google Inc, para ejercer un derecho de cancelación de los datos publicados relacionados con un anuncio de subasta de un inmueble por deudas a la Seguridad Social de 1998. La reclamación del señor Costeja se basaba en que cuando un internauta introducía su nombre y apellidos en el motor de búsqueda, el internauta obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico mencionado, del año 1998, en las que figuraba un anuncio de subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, deudas que el ciudadano en cuestión ya había saldado tiempo atrás. El afectado titular de los datos acude primero tanto al medio de comunicación como al buscador y pide la retirada de los datos en cuestión. Ninguno de los dos accede a su petición, por lo que el afectado acude a la AEPD. Por su parte, la AEPD⁶ considera en su resolución de julio de 2010 que *La Vanguardia* no está obligada a cancelar los datos al haber sido éstos publicados con una justificación legítima, al haber sido ordenada la publicación por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con el fin de dar la mayor publicidad a la subasta. Al contrario, obliga a Google a proceder a cancelar o borrar los datos de su buscador. El gigante tecnológico plantea un recurso ante la Audiencia Nacional, y este órgano judicial, ante las dudas sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE, plantea una cuestión

4. Ver las conclusiones del abogado general Niilo Jääskinen relacionadas con este caso y presentadas el pasado 25 de junio de 2013.
5. En octubre de 2013, el Comité LIBE (Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior) del Parlamento Europeo emitió un informe emitiendo su posición con respecto al borrador de Reglamento Europeo de Protección de Datos, incluyendo algunas modificaciones con respecto al texto original de la CE. Posteriormente, en marzo de 2014, la Eurocámara respalda en primera lectura el paquete legislativo de Protección de Datos, con 621 votos a favor, 10 en contra y 22 abstenciones.
6. El 30 de julio de 2010, mediante resolución, la AEPD desestimó la reclamación en la medida en que se refería a *La Vanguardia*, al considerar que la publicación que ésta había llevado a cabo estaba legalmente justificada, mientras que estima la reclamación en lo que respecta a Google Inc. y Google Spain, al considerarlos responsables del tratamiento y sometidos a la Directiva europea.

prejudicial ante el TJUE. La Audiencia Nacional pregunta tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo. Ya antes de la sentencia del TJUE del pasado 13 de mayo, el abogado general del TJUE, Niilo Jääskinen, dicta sus conclusiones –se tratan en todo caso de conclusiones no vinculantes–, el pasado 25 de junio de 2013, unas conclusiones que, aunque con algunos puntos en común, como en lo que respecta a la aplicación extraterritorial de la Directiva 95/46/CE, difieren notablemente de la línea que finalmente siguió la sentencia⁷. Mientras las conclusiones del abogado general no reconocieron un derecho al olvido en el sentido de poder dirigirse al buscador para que elimine una determinada información⁸, la sentencia del pasado 13 de mayo sí reconoce este derecho, permitiendo al interesado acudir ante el motor de búsqueda con independencia de que la información no desaparezca o deba desaparecer de la fuente de origen.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

Sobre la pregunta de si hay o no un tratamiento de datos personales por parte de Google Inc, la Directiva, en concreto el artículo 2.b) deja claro que un tratamiento es «*cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción*». Para el Tribunal, queda claro que la actividad de un motor de búsqueda proveedor de contenido, en la medida en que encuentra información publicada o puesta en Internet por terceros, la indexa de forma automática, la almacena temporalmente y, por último, la pone a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, e implica un tratamiento de datos personales cuando la información contiene datos personales.

En mi opinión, el hecho de que haya un tratamiento de datos personales en este caso por parte del buscador, era algo que ya tomando como base la sentencia *Lindqvist*⁹, se podría afirmar claramente, aunque en este caso se hi-

7. Las conclusiones del abogado general, Niilo Jääskinen, se pueden ver en el siguiente enlace:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=ES>.

8. Algún autor ha discrepado con las conclusiones del abogado general, considerando que «las conclusiones se acercan más a la perspectiva que mira al mercado que a la que se preocupa por la protección de las personas frente al uso de sus datos por terceros». A este respecto, ver MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: «El derecho al olvido y la sujeción de Google al Derecho europeo, según el abogado general del Estado», *Revista de Jurisprudencia*, nº1, El Derecho, 1 enero de 2014.

9. Ver la sentencia *Lindqvist*, del STJ, C-101/01, EU:C:2003-596, apdo. 25).

ciera referencia a datos en una página web y no a datos en un buscador y no tuviese nada que ver con la actividad de indexación. Según esta sentencia, la conducta que consiste en que el titular de una página web haga referencia en su web a datos personales, implica un tratamiento de datos personales. Aunque no trataba sobre buscadores sí abordaba la cuestión de datos personales en Internet. Existen diferencias notorias, no obstante, como es el hecho de que en el caso *Lindqvist* había un conocimiento de la existencia de datos personales. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, Google desconoce cuando en sus resultados de búsqueda hay datos personales y cuando no, no distinguiendo así entre datos personales y datos no personales. La sentencia *Lindqvist* deja claro, no obstante, que cualquier publicación de datos accesibles en la Red constituye un tratamiento de datos personales.

La sentencia del TJUE del pasado 13 de mayo claramente subraya que el buscador, al explorar Internet de forma automatizada, constante y sistemática, en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Tal y como destaca el TJUE, estas operaciones, están recogidas «de forma explícita e incondicional» en el artículo 2 letra b) de la Directiva, deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición. En mi opinión, el TJUE ha sido muy riguroso y acertado con esta argumentación, cuando además, insiste en que «es irrelevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales». Y asimismo es irrelevante que esas operaciones vayan referidas sólo a informaciones ya publicadas por los medios de comunicación. En cualquier caso, sigue siendo un tratamiento de datos, así como tampoco contradice esta afirmación el hecho de que los datos hayan sido previamente publicados en Internet. Por su parte, el abogado Jääskinen también consideró que había un tratamiento de datos personales por parte del motor de búsqueda, llegando a destacar en sus conclusiones que el hecho de si Google realiza o no un tratamiento de datos no requiere para él de demasiada discusión y resulta algo obvio. El hecho de que Google no edite y transforme el contenido sino que lo indexe, como un mensajero, intermediario o transmisor, no impide la existencia de un tratamiento de datos personales conforme a la Directiva 95/46/CE. Sin embargo, hay un punto importante de divergencia entre la sentencia y las conclusiones del abogado general, que es precisamente el hecho de que Google no diferencia entre datos personales y datos no personales, que unido al hecho de que se trate de un proceso automático basado en un algoritmo sin intervención humana, no siendo Google consciente de la existencia de datos personales en sus resultados de búsqueda, lleva, en parte, a Jääskinen a concluir que Google no es responsable del tratamiento de datos personales que realiza, o dicho de otra manera que el hecho de que su labor como buscador en Internet sea una labor intermediaria, debe tener un reflejo en la atribución de responsabilidades.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL

El considerando 19 de la Directiva dice así: «Considerando que el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad, mediante una instalación estable; que la forma jurídica de dicho establecimiento sea una simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica, no es un factor determinante al respecto [...]». Con respecto a cómo interpretar el artículo 4 de la Directiva sobre el derecho nacional aplicable, el TJUE considera que la normativa europea le es aplicable amparándose en el art. 4.1 apartado a) de la Directiva que dice así: «Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado, para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando: a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el derecho nacional aplicable».

La Audiencia Nacional se pregunta, con carácter principal, sobre el concepto de establecimiento, en el sentido del citado artículo de la Directiva, y sobre el recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro. El TJUE considera que se cumple con ello, en el sentido que el tratamiento es efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable en el territorio del Estado miembro.

Ante la pregunta de si debe considerarse que existe un establecimiento a los efectos del art. 4.1 a) de la Directiva, cuando la empresa proveedora del motor de búsqueda crea en un Estado miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador, que dirige su actividad a los habitantes de ese Estado, el Tribunal entiende que sí. Por ello, no entra a valorar si puede considerarse que existe establecimiento ante los otros dos supuestos que plantea la pregunta –cuando la empresa matriz designa una filial ubicada en ese Estado miembro como su representante y responsable del tratamiento de dos ficheros concretos que guardan relación con los datos de los clientes que contrataron publicidad con dicha empresa o cuando la oficina o filial establecida en un Estado miembro traslada a la empresa matriz, radicada fuera de la UE las solicitudes y requerimientos que le dirigen tanto los afectados como las autoridades competentes, en relación con el respeto al derecho de protección de datos, aun cuando dicha colaboración se realice de forma voluntaria–. El Tribunal considera que el tratamiento de datos realizado por Google se encuadra en el marco de actividad de un establecimiento del buscador y, por tanto, no entra a valorar los otros supuestos planteados.

Si bien se puede argumentar diciendo que el buscador utiliza un algoritmo para la búsqueda solicitada, trabajando de forma automática y sin intervención humana, no diferenciando entre datos personales de personas físicas y datos que no entran en esta categoría, no es menos cierto que la actividad publicitaria

que se lleva a cabo en el buscador, y de la que la compañía obtiene una nada desdeñable cantidad de ingresos publicitarios, está intrínsecamente ligada al marco de actividad del buscador, en la medida en que los términos, parámetros o palabras que se utilicen en las búsquedas van a influir en la publicidad mostrada en el buscador. Es decir, los hábitos de navegación de los usuarios del buscador son utilizados para servir un tipo de publicidad u otro y, para dar con esos hábitos de navegación, se utiliza información y datos, que en algunos casos supone información de índole económica, social, permiten establecer perfiles de personalidad o hábitos de consumo y, son por tanto, en ocasiones, datos de carácter sensible. La publicidad en el buscador –medio a través del cual Google obtiene ingresos– y la propia actividad automática del buscador de localizar la información solicitada, están intrínsecamente ligadas.

Con respecto a si a Google le aplica la normativa europea, la Directiva 95/46/CE, por una parte, está la relación que Google, en concreto Google Spain, tiene con sus clientes, las empresas anunciantes, que no cabe duda de que está sometida a la legislación española de protección de datos y a la Directiva, en cuanto que Google trata datos personales de personas de dichas empresas que se anuncian en el buscador y que son la fuente de ingresos principal para la compañía. Y, por otro lado, está el debate sobre si Google ha de cumplir con la Directiva en lo que respecta a la propia actividad del buscador, debate que tanto el abogado general del TJUE como el propio Tribunal de Luxemburgo dan por zanjado, despejando la duda. Siendo ambos coincidentes y considerando que Google Inc debe someterse a la normativa comunitaria. El Tribunal encuadra correctamente el tratamiento de datos personales en el marco de actividad del buscador. Y, por tanto, y dado que se cumpliría el requisito del artículo 4.1 a), no se entra a valorar las otras preguntas sobre otros supuestos en los que se podría tener la consideración de establecimiento en los otros supuestos que la Audiencia Nacional plantea.

¿Cuándo hay un tratamiento de datos personales en el marco de la actividad del establecimiento del responsable del tratamiento? El TJUE destaca que la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google, y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google search o al buscador de Google, que se gestiona directamente desde EE.UU, por Google Inc. No hay que olvidar aquí que hay un «vínculo indisoluble» entre la actividad del motor de búsqueda gestionado por Google Inc. y la de Google Spain y, por ello, esta última debe considerarse un establecimiento de aquélla. Aquí, y con respecto a este punto, el TJUE acude acertadamente al considerando 19, resaltando que este considerando alude a la necesidad de que haya un establecimiento estable, sin importar si se trata de una simple sucursal o una filial con personalidad jurídica. En este caso, no cabe duda de que Google se dedica a una actividad real y efectiva mediante un establecimiento estable que, además tiene la categoría de filial de Google Inc. en territorio español, con personalidad jurídica propia.

En su defensa, el argumento que utiliza Google para defender que Google Spain no trata los datos sino que lo hace Google Inc, al ser responsable o gestor del buscador, pierde fuerza al tener en cuenta la diferencia de significado entre la preposición «por» y la preposición «en». El TJUE acertadamente insiste en que «como subrayaron el Gobierno español y la Comisión, en el artículo 4. 1 a) de la Directiva 95/46, no exige que el tratamiento de datos controvertido sea realizado "por" el propio establecimiento en cuestión», sino que «se realice en el marco de las actividades de éste»¹⁰. Por ello, es irrelevante que el tratamiento lo realice Google Inc si se realiza en el marco de las actividades del establecimiento de Google Spain. Es importante, además, recordar, que esta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva¹¹.

Según se destaca en la sentencia del pasado 13 de mayo, «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, [...], se debe interpretar que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en el territorio de un Estado miembro, [...], cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en un Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado miembro»¹². Asimismo, el TJUE apunta que, en la medida en que se cumple el primero de los tres requisitos mencionados por el tribunal remitente, no entra a valorar los otros dos. Queda claro que a Google Inc le aplica la Directiva 95/46/CE y que se considera que realiza un tratamiento de datos en el marco de la actividad de un establecimiento situado en la UE. La aplicación extraterritorial de la Directiva es un importante hito «en lo referente a tratamientos de datos llevados a cabo fuera de la UE, lo que asimismo refuerza el art. 3.1 de la Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos, donde se recoge la aplicación extraterritorial para determinados supuestos»¹³.

En lo que respecta a la aplicación extraterritorial de la Directiva 95/46/CE, ya el Grupo del Trabajo del Artículo 29¹⁴ la avaló en su Dictamen 1/2008 sobre

10. Ver apartado 52 de la STJUE de 13 de mayo de 2014.

11. Ver el apartado 53 de la sentencia en la que se hace referencia a la imposibilidad de interpretación restrictiva, según la sentencia de *L'Oreal y otros* C324/09, EU:C: 2011: 474, apdos. 62 y 63.

12. Apartado 60 de la STJUE de 13 de mayo de 2014.

13. PIÑAR MAÑAS, J.L.: «Aplicación extraterritorial de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos y derecho al olvido frente a los motores de búsqueda. Comentario rápido a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, Caso GOOGLE», *Revista IURIS* (LA LEY – Wolters Kluwer), núm. 215, 1.ª quincena de junio de 2014, pp. 20 a 23.

14. El grupo de trabajo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE es un órgano consultivo independiente, creado por la citada Directiva, está integrado por las autoridades de protección de datos de todos los Estados miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea. Analiza y emite dictámenes sobre todas las cuestiones que afectan o pueden afectar a la protección de datos personales. Emite sus

cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda, emitido el 4 de abril de 2008. A este respecto, una de las principales conclusiones de este dictamen es que la Directiva de protección de datos se aplica generalmente al tratamiento de datos por los motores de búsqueda, incluso cuando su sede está fuera del Espacio Económico Europeo (EEE), y que incumbe a los que se encuentran en esta situación clarificar su papel en el EEE, así como el alcance de sus responsabilidades en virtud de la Directiva.

Asimismo, el dictamen 8/2010, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, sobre derecho aplicable, de 16 de diciembre, apunta, en relación a la noción de «marco de actividad», que se trata de un factor determinante en la determinación del ámbito del derecho aplicable. La noción de marco de actividades implica que el derecho aplicable no es el derecho del Estado miembro en el que esté establecido el responsable del tratamiento, sino el Estado miembro en el que un establecimiento del responsable del tratamiento esté implicado en actividades relativas al tratamiento de los datos personales. Este dictamen, señala, además, que, «en este contexto es crucial el grado de implicación del establecimiento en las actividades en cuyo marco se tratan los datos personales». «Además, debe considerarse la naturaleza de las actividades de los establecimientos y la necesidad de garantizar una protección efectiva de los derechos de las personas. En el análisis de estos criterios debe adoptarse un enfoque funcional».

III. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DEL MOTOR DE BÚSQUEDA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS

A. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL N. JÄÄSKINEN PRESENTADAS EL 25.06.2013

En lo que respecta a si Google es responsable del tratamiento, aquí resulta interesante hacer una comparación entre la opinión del abogado general y la sentencia del TJUE, pues difieren de manera sustancial. Según la Directiva, *«el responsable del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otro determine los fines y los medios del tratamiento de los datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario»*.

El abogado general Jääskinen entendió hace un año que Google sí realiza un tratamiento de datos, partiendo del concepto amplio de tratamiento que ha realizado la Directiva¹⁵, en su artículo 2, letra b). Es más, en su argumentación,

observaciones a través de dictámenes, decisiones, documentos de trabajo, informes o recomendaciones.

15. Se entiende por tratamiento de datos de carácter personal según la Directiva 95/46/CE, «cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización,

el abogado general insiste de manera reiterada en que no requiere demasiada discusión el hecho de si Google realiza o no un tratamiento, siendo algo obvio y evidente. Sin embargo, el abogado general consideraba que Google no era responsable de dicho tratamiento, desde el momento en que no distinguía entre datos personales y datos que no tienen esta condición, operaba de forma automática y sin intervención humana. Asimismo, argumentaba que Google no indexaba las informaciones en las que el editor web hubiese utilizado los protocolos de exclusión o códigos robot.txt y, por tanto, era esta fuente de origen la que debía utilizar esos protocolos conocidos por la industria, para el caso de que esa información publicada no debiera de permanecer publicada. El abogado general Jääskinen considera que la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico (transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, LSSI), no se aplica al motor de búsqueda Google, por la razón de que para el internauta el servicio de búsqueda del motor de Google es gratuito. En mi opinión, y ateniéndonos a la literalidad de la Directiva, no necesariamente el prestador de servicios de la sociedad de la información debe ofrecer el servicio de forma remunerada, sino que, en la citada Directiva de comercio electrónico se utiliza la expresión «normalmente remunerada», con lo que se estaría dejando abierta la posibilidad de que el servicio se preste de forma gratuita, a distancia, y que suponga una actividad económica para el prestador del servicio, por lo que, en mi opinión, podría ser aplicable al gestor de motor de búsqueda de Google la citada Directiva y la LSSI española que contempla la exención de responsabilidad del intermediario con respecto al contenido de terceros que aloja salvo conocimiento efectivo. En cualquier caso, y con independencia de que sea o no sea aplicable la Directiva, el abogado general Jääskinen estima que, por analogía, debe aplicarse dicha exención de responsabilidad y el intermediario, el gestor del motor de búsqueda, no debe ser responsable del contenido del editor web si no hay una resolución administrativa o judicial que indique la ilicitud, inadecuación o inexactitud del contenido –en este caso de los datos personales– y si al mismo tiempo, en la página web de origen se borra ese contenido. Pues bien, esta pregunta sobre el alcance de la responsabilidad es la que, en función de cuál sea la respuesta, va a determinar si existe o no un derecho al olvido en el sentido de poder dirigirse al buscador para la eliminación de contenido.

Con respecto a la responsabilidad de los intermediarios prestadores de servicios de la sociedad de la información, en España, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre (*SGAE v. Asociación de Internautas*), comenzó una jurisprudencia relativa a esta materia, en la línea de contemplar una responsabilidad en el caso de conocimiento efectivo por parte del intermediario, tratándose de la primera vez que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la exclusión de responsabilidad contemplada en la LSSICE. En la citada sentencia se acoge con claridad la interpretación «no limitativa» o abierta del conoci-

comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción».

miento efectivo, considerando que una lectura cerrada del precepto en donde se contempla la exención de responsabilidad de los intermediarios no resulta conforme con la Directiva de comercio electrónico, defendiendo que se puede alcanzar un conocimiento efectivo «a partir de hechos o circunstancias» aptos para posibilitar un conocimiento de la realidad. Otra sentencia también del Alto Tribunal español que más recientemente ha analizado la cuestión es la STS de 4 de marzo de 2013 (*caso Malaya v. Google*), y ésta vez, exonerando a Google de responsabilidad por facilitar el enlace a una noticia supuestamente difamatoria de una persona y elaborada por un tercero. El Supremo, en esta sentencia de 2013, rechaza que Google se escude en su domicilio societario en EE.UU, considerando que la competencia de la jurisdicción española para conocer tales demandas por vulneración del derecho al honor se extiende frente a los demandados que cuentan, como Google, con establecimientos o sucursales en España. Sin embargo, exonera al buscador de responsabilidad porque, en este caso, el afectado no había remitido a Google la resolución judicial en la que se declaraba la falsedad de la noticia y sólo le había comunicado que había emprendido acciones civiles sin enviarle la resolución, ante lo que el Tribunal consideró que no se estaba ante una situación de conocimiento efectivo.

Asimismo, con respecto a la limitación de responsabilidad de prestadores de servicios de la sociedad de la información, aunque no aplicado al derecho al olvido, hay jurisprudencia comunitaria que conviene destacar, que apunta a que «la limitación de responsabilidad sólo se aplica cuando un prestador de este tipo no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados»¹⁶. Cabe recordar que el artículo 15.1 de la Directiva de Comercio Electrónico impide imponer al prestador de servicios de la sociedad de la información una obligación general de supervisar los datos que transmiten o almacenan terceros o una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. Además, atendiendo al considerando 42 de la Directiva de Comercio Electrónico, esta exención de un deber de control activo se basa en el hecho de que la actividad de este tipo de prestadores es «de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.

Por otra parte, y asumido que se realiza un tratamiento de datos personales por parte del motor de búsqueda, se puede hablar de una tercera categoría de entidades que tratan datos, que no encajaría en el concepto de responsable del tratamiento ni encargado del tratamiento. A este respecto, J. APARICIO SALÓM¹⁷, destaca que los conceptos de responsable y encargado del tratamiento en la Directiva 95/46/CE no son exhaustivos. Este autor destaca que al estar delimita-

16. Ver sentencia del STJ de 23 de marzo de 2010 (Gran Sala), asuntos C-236/08 a C-238/08, *Google France c. Louis Vuitton Malletier SA y otros*.

17. APARICIO SALÓM, J.: «El tercero a quien se comunican los datos: un tercer género entre quienes tratan datos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* n° 34/2014 (Enero-abril).

dos mediante unos requisitos excluyentes (respectivamente, determinar los fines y medios del tratamiento de datos o realizarlo en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento), las entidades que tratan datos personales sin cumplir los requisitos mencionados no encajan en ninguno de estos dos conceptos. No obstante, la Directiva de protección de datos reconoce expresamente la existencia y legitimidad de un tercer género en el artículo 7.f), al que denomina «el tercero a quien se comunican los datos», regulando un estatuto jurídico, según el cual no tendrían las obligaciones del responsable del tratamiento. Esta tercera categoría de agentes sería ante la que se está en casos en los que una entidad realiza el tratamiento por cuenta propia, es decir, para realizar un interés legítimo que ostenta (sin determinar los fines y medios del tratamiento). Para el autor citado, «el tratamiento de datos que desarrolla el buscador encaja en la figura del tercero a quien se comunican los datos, pues el buscador, sin perjuicio de haber desarrollado una infraestructura que permite la prestación del servicio, sigue las instrucciones que los editores incluyen en la web (protocolo robot.txt)». En lo que respecta a esta tercera categoría de entidades que tratan datos, la Propuesta de Reglamento Europeo eliminó la referencia a la misma en el artículo 6.1.f), referencia que, no obstante, se ha reintroducido tras la revisión realizada por el Comité LIBE el pasado octubre y el Parlamento Europeo confirma en la posición adoptada en marzo de 2014.

B. SENTENCIA TJUE, DE 13.05.2014, AS. «MARIO COSTEJA» (C-131/12)

Conviene analizar la finalidad perseguida con el derecho de cancelación de datos en Internet, que no es otra que el titular de los datos esté en control de los mismos y pueda proceder a cancelarlos cuando resulten inadecuados, excesivos o no pertinentes. El dato en cuestión fue obtenido en 1998 y publicado en un periódico con una finalidad determinada, que era dar publicidad a la subasta para obtener el mayor número de licitadores posible, por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La legitimidad de la publicación en origen era ésta. ¿Se podría decir que ese interés legítimo o la finalidad con la que los datos fueron publicados a día de hoy permanecen? La única justificación para que ese dato permanezca a día de hoy en la fuente de origen es la legítima existencia de hemerotecas digitales para poder acceder vía online a informaciones que fueron publicadas hace años en el periódico. Por tanto, se basaría en un interés legítimo del editor web. Las hemerotecas digitales de los periódicos cumplen una finalidad necesaria en todo lo que es la investigación periodística e histórica pero, no se puede poner en duda, que la existencia de Internet y de buscadores como Google, amplifica y pone a disposición de una gran cantidad de personas, a modo cuasi automático, toda esa información de los periódicos online. Y precisamente por esto, la finalidad de la hemeroteca digital, que no es otra que ser un pequeño recopilatorio de la historia para ser utilizado con fines de consulta o investigación, puede pervertirse y hacerse un uso de la información en Internet con otros fines que claramente pueden atentar contra la intimidad, honor o privacidad de las personas.

Lo que pretendo explicar con la reflexión anterior no es otra cosa que explicar la conclusión de que Internet o un buscador como Google, a fin de cuentas es mucho más invasivo y amenazante para la privacidad y la protección de datos que una hemeroteca de un periódico, por las propias características de Internet, en el sentido de que permiten llegar a un gran número de personas, fácilmente, y casi en tiempo real. Sin embargo, debemos de tener en cuenta las características del medio del que hablamos, de Internet y de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que, según la normativa que les aplica están exentos de responsabilidad con respecto a los contenidos de terceros que alojan. Tras una lectura de la sentencia, la primera reflexión que hago es cuestionar la compatibilidad del fallo judicial con el derecho comunitario, en concreto con la propia Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI) y la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico. Ciertamente es que aquí, en esta normativa, se hace referencia al conocimiento efectivo como una excepción a esta exención de responsabilidad, pero supone un elemento de incertidumbre y arbitrariedad llegar a extender el concepto de conocimiento efectivo, de manera que la propia reclamación del titular afectado en todo caso suponga un conocimiento efectivo de la ilicitud, inexactitud o inadecuación del contenido alojado, sin necesidad de que deba mediar la resolución de un órgano administrativo o judicial o, al menos, en el caso que nos ocupa, sin que se el editor web o fuente de origen deba proceder asimismo a la eliminación de los datos.

A mi juicio, el proveedor de servicios de motores de búsqueda en Internet no puede cumplir de forma aislada con las obligaciones del responsable del tratamiento establecidas en los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva en relación con los datos personales contenidos en páginas web fuente alojadas en servidores de terceros. Primero, porque el derecho al olvido puede devenir en ineficaz. Si lo verdaderamente pretendido es la cancelación de los datos en Internet, el hecho de hacer única y exclusivamente responsable a un prestador de servicios de la sociedad de la información, puede resultar en un procedimiento ineficaz para el fin pretendido, al poder seguir estando esa información accesible desde la web de origen, así como desde otros buscadores. Aunque la cuota de mercado de Google como buscador sea muy elevada, hay unos cuantos buscadores en el mercado, así como otro tipo de páginas webs, blogs o redes sociales, en las que se podría seguir haciendo referencia a la información y, en algunos casos, dar con la misma utilizando el nombre y apellidos de una persona como parámetro de búsqueda, igual que en el supuesto planteado. Asimismo hay que tener en cuenta que este caso concreto plantea la búsqueda utilizando como parámetros sólo el nombre y apellidos de la persona, con lo que otros supuestos quedarían, en principio, fuera. En resumen, hay que recordar que este caso trata sobre un supuesto muy concreto, en el que la búsqueda de la información en Google se hace utilizando el nombre y apellidos de una persona como parámetro de búsqueda y hay otros supuestos de búsqueda de información bajo otros parámetros que aquí no se analizan.

Aunque quizá la expresión no sea la más adecuada, da la impresión de que

se trata de una forma un tanto privilegiada al medio de comunicación en la resolución de este caso concreto, considerando que el buscador debe proceder a eliminar de sus resultados de búsqueda en determinados casos una información, con independencia de que en la web de origen (versión online del periódico) permanezca. *Descargar toda la ira* en el buscador de Google no es la mejor opción, o al menos, la más eficaz. Si existen medios para evitar la indexación y pueden ser utilizados por la web de origen, dar cabida a la utilización de estos, lograría mejor la finalidad pretendida. La sentencia del pasado 13 de mayo, en el momento en el que ofrece argumentos para atribuir la responsabilidad al gestor del motor de búsqueda y considerarle responsable del tratamiento de los datos –ver en el apartado 34– destaca que para lograr una protección eficaz y completa de los interesados no se puede excluir de esta disposición al gestor de un motor de búsqueda, por lo que en la Directiva se ofrece una definición amplia de «responsable del tratamiento». Precisamente por este argumento, considero que el hecho de no otorgar ningún tipo de responsabilidad al editor web impide el logro del objetivo de la disposición –artículo 2 letra d)–, imposibilitando una protección eficaz y completa, ya que se podría seguir accediendo a la información por otras vías. Si existen medios para evitar la indexación y pueden ser utilizados por la web de origen, dar cabida a la utilización de estos como un modo para evitar la indexación, sería más apropiado desde el punto de vista de lograr la finalidad pretendida con el ejercicio del derecho al olvido, que no es otra que lograr la cancelación de esos datos en Internet. A fin de cuentas, no hay que olvidar que Google no es Internet. Hay más agentes que operan en la Red.

De esta manera, y suponiendo que el medio de comunicación tuviese que utilizar los protocolos de exclusión, todos tendrían que seguir esas instrucciones de no indexación que daría la web de origen y, desde luego, el procedimiento sería mucho más efectivo. Asimismo, y frente al argumento de que hay una base legal para la publicación en origen, nada que objetar a ese punto, pero sin embargo, el TJUE deja abierta la vía a considerar que una información que en su día fue publicada sobre una base legal pueda cuestionarse pasado un tiempo, en el sentido de no ser legítima su indexación pasado cierto tiempo, dado que la razón de la publicación en origen (que, en el caso que nos ocupa era dar la mayor publicidad en una subasta, por orden de un órgano administrativo, para la concurrencia de un mayor número de licitadores) ya no existe y, precisamente, la indexación y el fácil acceso masivo a esa información en Internet, suponen un atentado contra la protección de datos del titular. Son datos irrelevantes para el conocimiento público y acaecidos largo tiempo atrás, con lo cual, ¿cabe preguntarse si debemos de someter a la información a una «fecha de caducidad»? o dicho de otra forma, nos preguntamos si algo que fue publicado sobre una base legítima, con el transcurso del tiempo, pueda dejar de tener legitimidad dicha publicación. Con respecto a este punto, resulta interesante leer alguna lectura de V. MAYER-SCHÖNBERGER¹⁸, quien plantea precisamente la

18. Ver la obra de MAYER-SCHÖNBERGER, V.: *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, Princeton University Press, 2011.

caducidad de la información y defiende vehementemente el olvido como una función humana tan importante, o más si cabe, que el recuerdo.

El apartado 93 de la sentencia destaca que «incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos, puede devenir con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron. Este es el caso, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido».

En relación con lo anteriormente expuesto, con la idea de que información publicada de modo legítimo con una base legal en un momento determinado, pasado el tiempo, decaiga esa justificación para su publicación, conviene mencionar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera que el deber de diligencia debe ser observado por el medio de comunicación no sólo en el momento de la publicación, sino que también ha de observarse diligencia en relación con el mantenimiento de la información publicada en la hemeroteca digital¹⁹. Si bien el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ampara la libertad de expresión e impide borrar datos de hemerotecas digitales, el Tribunal de Estrasburgo contempla otras soluciones para amparar a su vez al afectado por la publicación de una información. Por ejemplo, contempla la publicación de reseñas o advertencias para que conste si hay un procedimiento judicial o una resolución, favorable al afectado por la información, y posterior en el tiempo. Por tanto, se podría hablar de un deber de contextualización de la información, ante supuestos de inexactitud.

Una línea similar a la jurisprudencia de Estrasburgo ha seguido la jurisprudencia italiana con la sentencia de la Corte de Casación 5525/2012, de 5 de abril, que, sin embargo no fue compartida por la jurisprudencia alemana²⁰. La sentencia de la Corte de Casación italiana va en la línea de reconocer un deber de contextualización o actualización por parte del medio de comunicación y, ante un caso de una información sobre la que después acontecieron sucesos posteriores relacionados, el tribunal italiano considera que el periódico tiene el deber de «remedar la veracidad de la noticia inicial, perdida parcialmente como consecuencia de la evolución de los acontecimientos, mediante la integración en la misma con las sucesivas y nuevas noticias producidas con posterioridad a los hechos narrados». Sin embargo, en la sentencia del Supremo alemán citada, en la que se hace alusión a la mención en un programa de radio al suceso relativo a la condena de dos personas por la muerte de un actor años atrás, se considera que reconocer una descontextualización de la información sería contrario a la libertad de expresión.

La sentencia del TJUE del pasado 13 de mayo apunta literalmente que, en efecto, el hecho de que los editores web dispongan de protocolos «no archive»,

19. Ver la STEDH, as. *Węgrzynowski y Smolozewski vs. Polonia*, de 16.07.2013.

20. Ver sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 15 de diciembre de 2009 (BGH, VI ZR 277/08).

«no index» o códigos de exclusión, «esta circunstancia no modifica el hecho de que el gestor determina los fines y los medios de este tratamiento. Además, aun suponiendo que dicha facultad de los editores de los sitios de Internet signifique que éstos determinen conjuntamente con dicho gestor los medios del mencionado tratamiento, tal afirmación no elimina en modo alguno la responsabilidad del gestor, ya que el artículo 2, letra d) de la Directiva prevé expresamente que esta determinación pueda realizarse sólo o conjuntamente con otros». Considero que, sobre todo desde un punto de vista de eficacia y logro del fin pretendido, hubiera sido más acertado considerar que la responsabilidad es conjunta y que Google puede estar obligado a borrar la información en determinados casos pero, a su vez, el editor web, en determinados casos también, tenga que estar obligado a previa o simultáneamente incluir protocolos de exclusión para evitar la indexación. No parece descabellado plantearse si la responsabilidad de este tratamiento podría ser una responsabilidad conjunta entre el gestor del motor de búsqueda y el editor web o incluso plantearse una responsabilidad subsidiaria del buscador que operase sólo para el caso de no haber seguido los protocolos robot.txt utilizados por el editor.

Google Inc y Google Spain utilizaban como argumento que el editor web era quien disponía de los medios «más eficaces y menos restrictivos» para hacer que la información sea inaccesible. Sin duda. Para una mayor eficacia y logro del fin pretendido, el editor web debería incorporar las medidas para evitar la indexación de la información, ya que, de ser únicamente Google search quien borre la información, esos datos dejarían de estar disponibles en el buscador de Google en territorio europeo, pero, sin embargo, se seguiría pudiendo acceder a los mismos desde otros buscadores y sitios web, así como desde fuera del territorio de la UE. En el apartado 84 de la sentencia se reconoce que «habida cuenta de la facilidad con la que la información publicada en un sitio de Internet puede ser copiada en otros sitios y de que los responsables de su publicación no están siempre sujetos al Derecho de la UE, no podría llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados si éstos debieran obtener con carácter previo o en paralelo la eliminación de la información que les afecta de los editores de los sitios de Internet». Precisamente y por esa misma razón no se puede llevar a cabo una protección eficaz y completa si la información sigue permaneciendo en la página web de origen o puede ser indexada por otros buscadores.

A tenor del artículo 6 de la Directiva 95/46/CE, «los datos han de ser 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, en este marco, el responsable del tratamiento debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a los requisitos de esta disposición sean suprimidos o rectificadas. Entre las medidas razonables, en mi opinión, cabe que el buscador de Google se vea obligado a eliminar los datos pero, para suprimirlo de Internet, la medida más efectiva, insisto, es que el propio editor web en donde los datos se publicaron

en origen incorpore los mencionados protocolos de exclusión. ¿qué ocurriría si el mercado no lo tuviese tan copado Google search y se repartiese de otra manera la presencia o el uso de buscadores en Internet en España? Pues un titular afectado se dirigiría a un buscador determinado, que podría verse obligado a borrar los datos, pero esos mismos datos seguirían accesibles desde otros buscadores o webs y si el titular tuviese que ir, buscador por buscador, reclamando sus derechos, devendría en un procedimiento muy costoso para el ciudadano e ineficaz, lo que podría verse claramente mejorado si, desde un principio, el editor web incorpora los citados códigos de exclusión.

IV. EJERCICIO DEL DERECHO AL OLVIDO ANTE EL MOTOR DE BÚSQUEDA Y CRITERIOS PARA RESOLVER EL CONFLICTO DE DERECHOS

La propia esencia de los derechos fundamentales nos transmite que se tratan de derechos no absolutos que pueden entrar a su vez en conflicto con otros derechos de igual rango y que, el conflicto entre derechos de esta índole, siempre demanda un ejercicio de ponderación de los intereses en conflicto, para la búsqueda de un punto de equilibrio.

El artículo 7 de la Directiva permite el tratamiento de los datos cuando es necesario 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. De este modo, la sentencia destaca que se precisa de una «ponderación de los derechos e intereses en liza».

El TJUE en esta sentencia deja claro que el derecho del titular de los datos afectado está por encima del interés económico del gestor del motor de búsqueda, y en general, aunque hay que ver caso por caso, por encima del derecho del internauta al acceso a la información. Según el Tribunal, el mero interés económico del gestor del motor de búsqueda no justifica la injerencia en los derechos del interesado. En el apartado 81 de la sentencia, se destaca que, sin embargo, «en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar en situaciones como las del litigio, un justo equilibrio».

El artículo 12.b) de la Directiva habla de la obligación de los Estados miembros de garantizar a todos los interesados el derecho a obtener de los responsables del tratamiento, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la Directiva, en particular, «al carácter incompleto o inexacto de los datos». Como observación, sin duda, un dato que alude al carácter moroso de una persona que ya ha saldado sus deudas hace más de 15 años, y además, ese dato se ofrece de forma descontextualizada, es inexacto. Esta materia sobre la protección de datos, y más en concreto sobre el caso que nos ocupa y que es la base de este fallo judicial, se aborda el conflicto

entre el derecho al acceso a la información, la libertad de información y expresión y el derecho a la protección de datos –no obstante, y a diferencia de las conclusiones del abogado general, en la sentencia del TJUE no se hace ninguna referencia expresa al derecho a la información y libertad de expresión, sino al interés económico del gestor del motor de búsqueda y al interés legítimo del internauta en acceder a la información–.

El derecho a la protección de datos entra en conflicto o puede entrar en conflicto con otros derechos e intereses, como por ejemplo, con la innovación y desarrollo tecnológico o seguridad. Además, y como ya se ha mencionado, más allá de tratarse de una cuestión sobre un conflicto entre derechos e intereses, la cuestión que tratamos también afecta de lleno a los prestadores de servicios de la sociedad de la información como, en este caso, por ejemplo, un buscador en Internet, e invita a reflexionar sobre el encaje de esta sentencia con la condición de intermediario neutral de un buscador.

Si partimos de la base de que el derecho a la protección de datos tiene el carácter de derecho fundamental –un derecho autónomo, independiente del derecho a la intimidad aunque derive del mismo-²¹, la resolución de conflictos que se puedan plantear entre éste y otro derecho, que también puede que sea fundamental como en el caso del derecho a la información, es lógico que sea dentro de lo que es un ejercicio de ponderación de los derechos en conflicto, la búsqueda de un punto de equilibrio o un *balancing test* como dirían los anglosajones. Por ello, el hecho de que el TJUE haya resuelto en la línea de que el buscador –el prestador de servicios de la sociedad de la información, que considera responsable del tratamiento de los datos– debe hacer una ponderación de los intereses en juego, yendo caso por caso, para ver cuándo debe primar el acceso a la información por parte del internauta y cuándo el derecho a la protección de datos de un ciudadano afectado, no ha de sorprender, en lo que se refiere a la necesidad de analizar las circunstancias del caso concreto sin que haya una respuesta generalizada.

La actividad informativa de los medios de comunicación, en ocasiones, puede colisionar con otros derechos, como por ejemplo, con el derecho al honor, intimidad y propia imagen de los ciudadanos. Por ello, los periódicos y otros medios ya vienen haciendo ese ejercicio de ponderación de los derechos en conflicto para decidir si una determinada información está amparada por el derecho a la información y libertad de expresión o, por el contrario, no reúne los requisitos para estar amparada por ese derecho constitucional y de rango fundamental. Los periódicos son empresas privadas que vienen estando obligadas a hacer esa valoración todos los días cuando deciden si algo reúne los requisitos para ser noticia y poder quedar al amparo del artículo 20 de la Constitución Española²². Sin embargo, y aunque tanto un prestador de servicios de la

21. Ver las sentencias del Tribunal Constitucional, STC 292/2000, de 30 de noviembre y 290/2000, de 30 de noviembre.

22. El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 dice así: «1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, las ideas, opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) a la

sociedad de la información como un medio de comunicación sean ambos empresas privadas, un buscador como Google, tiene un estatus jurídico diferente al de un medio de comunicación en su condición de prestador de servicios de la sociedad de la información.

En concreto en el artículo 16 de la LSSICE se hace referencia a la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información de alojamiento o almacenamiento de datos y, en concreto, en el artículo 17²³ se hace referencia a la exención de responsabilidad de los buscadores.

Por tanto, un buscador, según la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSICE) que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico, no sería responsable del contenido que aloja, en su condición de mero intermediario, salvo que tenga conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido. Este fallo judicial, obliga a hacer una reflexión sobre la posible contradicción entre un derecho al olvido que obligue a Google a borrar datos sin una resolución administrativa o judicial de por medio y la exención de responsabilidad que contempla la Directiva de Comercio Electrónico. Aunque me gustaría hacer una puntualización, que es que la LSSI habla de conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido y, en el caso que nos ocupa de esta sentencia

producción y creación literaria, artística y científica. c) a la libertad de cátedra. d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, y especialmente, en el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».

23. El artículo 17 de la LSSICE dice así: «1. 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 al que se refiere el apartado 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. 2 La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización de facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos».

del TJUE de 13 de mayo de 2014, no se trataba de contenido ilícito, pues la publicación de la información por parte del editor web o fuente de origen (en este caso el periódico *La Vanguardia*) estaba amparada por la Ley. Más que contenido ilícito, en este caso sería contenido inexacto, inadecuado o desproporcionado.

Por otra parte, la sentencia equipara a Google con un medio de comunicación (cuando no lo es) obligándole a hacer una ponderación de los intereses en conflicto, una ponderación de derechos y ver cuál prima más, ofreciendo sólo el criterio de condición de personaje público o interés público de la información²⁴. Google no es un medio de comunicación que cree contenido. Tampoco es un órgano administrativo ni judicial, entes más propios para decidir sobre materias que afectan a derechos fundamentales.

Al fin y al cabo, la labor de ponderación de intereses tiene claras semejanzas con la labor que tienen que hacer los medios de comunicación todos los días para valorar si una información es o no noticia y si está amparada por el derecho a la información y tiene interés público y, por tanto debe ser publicada. El conflicto principal que se plantea cuando se trata de medios de comunicación no es con la protección de datos sino con la intimidad, el honor o propia imagen, pues en numerosos conflictos en los que están implicados los medios de comunicación, el problema surge por la falta de veracidad de la información (aquí resulta importante señalar el deber de diligencia y que el periodista o medio está amparado por lo que se conoce como haber actuado con diligencia, contrastando las debidas fuentes y demás, aunque luego resulte que no es verdad lo publicado). No obstante, en ocasiones, los conflictos en los medios surgen por publicar algo que vulnera la intimidad aunque sea verdad.

Con respecto a la obligación de ponderación de los intereses en conflicto a la que la sentencia obliga a Google cual si fuera un medio de comunicación, es decir, a tener que realizar un juicio de valor, caso por caso, para ver cuándo prima el derecho de los internautas al acceso a la información y cuándo el derecho a la protección de datos del ciudadano afectado, coloca a Google en una posición delicada de tener que decidir sobre cuestiones altamente sensibles relativas a derechos fundamentales, ofreciendo sólo unos criterios muy genéricos para resolver dichos conflictos, criterios que son muy generales y poco precisos. En concreto, dice que se utilizará como criterio para decidir cómo resolver el conflicto de derechos, la relevancia en la vida pública del afectado, o si una información es de interés público. En mi opinión, son criterios poco precisos que dan pie a la interpretación y realmente la casuística puede ser muy variada y compleja. Sin embargo, y en contra de algunas interpretaciones de

24. Ver el apartado 81 de la sentencia, que destaca que el punto de equilibrio entre los intereses o derechos en conflicto puede depender «en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública».

esta sentencia que han venido a considerar que el fallo supone un varapalo para el gigante tecnológico, si bien le quita la razón en el litigio concreto, está otorgando a Google un amplio poder al permitirle decidir sobre cuestiones delicadas relacionadas con el ámbito de los derechos fundamentales.

Aunque haya ciertas semejanzas a cómo se resuelve el conflicto entre si una información debe o no ser publicada por un medio de comunicación con la labor de ponderación a la que Google está obligado a partir de esta sentencia, cuando un tribunal considera que una información carece de interés público y, por tanto, no puede ser publicada porque atenta contra otros derechos fundamentales, ¿acaso no se está impidiendo a todos los medios de comunicación dicha publicación? Es decir, que no se permitiría a un medio publicarla y a otro no, ya que si se considera que es irrelevante para el conocimiento público, ningún medio de comunicación tendría una justificación legal para publicarlo. Sin embargo, considerando que sólo Google debe proceder al borrado de los datos, no tiene mucho sentido justificar el borrado alegando que carece de interés público, mientras que se permita que tales datos permanezcan en la web de origen o estén accesibles a través de otros buscadores de Internet. Si carece de interés público, debería carecer de dicho interés para todos los buscadores y la única manera de asegurar la no indexación por ningún buscador es la toma de medidas simultáneas o previas por parte del editor web, incorporando los protocolos de exclusión, de modo que aunque se pueda acceder a los datos desde la propia página del editor web, no se permita la indexación por ningún buscador.

V. CONCLUSIONES

Esta sentencia sobre derecho al olvido marca un hito en la historia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de derecho de protección de datos personales. Marcará sin duda un antes y un después y sienta las bases para ir resolviendo los casos que en relación con el derecho al olvido se planteen en los distintos Estados miembros. No obstante, no son pocas las dudas que generan. Por una parte, este caso es un caso muy concreto de búsqueda de información en el buscador de Google a partir del nombre y apellidos de una persona. ¿Qué ocurre si se hace la búsqueda a través de un cargo y del cargo se puede deducir que hace alusión a una persona determinada? Para este y otros supuestos de búsqueda de información bajo otros parámetros de búsqueda diferentes al nombre y apellidos, la sentencia no ofrece respuesta.

¿En qué medida se logrará la efectividad del derecho o el fin pretendido si se sigue pudiendo acceder a la información desde fuera de la UE, desde otros buscadores o desde la propia página web de origen? Son bastantes las preguntas en torno al derecho al olvido que aún permanecen sin respuesta clara. Los ciudadanos pueden no saber dónde están sus datos como consecuencia de que Google tenga que borrarlos y puedan seguir siendo indexados por otros buscadores. Si, por el contrario, se utilizase la vía de que también se pueda acudir ante la fuente de origen para dar satisfacción a las demandas de los ciudadanos

para ejercitar el derecho al olvido y fuese ante esta fuente de origen ante quien deben ejercitarlo en primera instancia, habría un mayor control por parte del ciudadano, ya que se evita el hecho de que esa misma información pueda aparecer en otros lugares. Aunque con una amplia cuota de mercado de Google, eliminar un dato del buscador de Google no es eliminar un dato de Internet. Asimismo la sentencia personaliza en Google pero, ¿qué ocurre con un buscador de un medio de comunicación, por ejemplo, una hemeroteca online? Google no es Internet, Google no edita contenido, no interpreta los datos ni introduce juicios de valor ni es un medio de comunicación. Asimismo, ¿qué ocurre con respecto a los blogs o redes sociales que puedan hacerse eco de los datos que permanecen en la web de origen? ¿podría llegar a ejercer el derecho al olvido frente a blogs o redes sociales?

Asimismo a Google se le otorga un amplio margen de interpretación para valorar cuándo debe primar un derecho y cuándo otro derecho o interés, ofreciendo sólo dos criterios muy generales e imprecisos. Habrá que ir viendo cómo se van resolviendo en la práctica las peticiones de derecho al olvido, abriéndose ahora una nueva etapa. De momento, Google ha formado un Comité de expertos para valorar las cuestiones sobre derecho al olvido y ha habilitado un formulario para canalizar las peticiones relativas al derecho al olvido, habiendo recibido más de 40.000 peticiones relativas a la cancelación de datos en el buscador en cuestión de semanas.