

VULNERACIÓN DEL “DERECHO AL OLVIDO” E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 17 de julio de 2014

Ignacio Garrote Fernández-Díez
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de publicación: 17 de febrero de 2015

1. Resumen

El objeto de esta nota es la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de julio de 2014 (ponente Marta Rallo Ayezcurén), que resuelve una reclamación indemnizatoria por infracción del derecho a la protección de datos personales derivada de la publicación en los resultado de *Google* de enlaces a una página del Boletín Oficial del Estado (BOE) que contenía el indulto de una condena penal firme mucho tiempo después de la primera publicación de dicho indulto en la versión en papel del BOE. La tardanza en la que incurre *Google* a la hora de retirar los enlaces a dicha página web (10 meses) es considerada suficiente por la Audiencia Provincial de Barcelona para vulnerar el “derecho al olvido” del recurrente, lo que se traduce en una indemnización en concepto de daños morales de 8.000 euros.

2. Hechos

La reclamación indemnizatoria se dirige en realidad frente a tres sociedades mercantiles españolas: *Telefónica de España, S.A* como operadora del buscador *Terra*, *Google Spain, S.L.* (como responsable del buscador *Google* en España) y *Yahoo Iberia, S.L.*, como responsable del buscador *Yahoo!*, aunque en esta nota se referencia únicamente la demanda que prospera, la dirigida contra *Google Spain, S.L* (en adelante, *Google*).

El antecedente remoto del caso es un delito contra la salud pública cometido por el ahora apelante (“don Domingo”) en 1981 (treinta años antes de la presentación de la demanda), delito cuya condena fue remitida mediante indulto publicado en el BOE de 18 de septiembre de 1999 (dieciocho años después de los hechos). Dicha página del BOE fue después digitalizada e incluida en la base de datos electrónica del Boletín, de modo que *Google* incluía en sus resultados de búsqueda enlaces a esta versión

electrónica cuando se introducía como criterio de búsqueda el nombre y apellidos del ahora apelante.

En un primer momento el actor dirigió un requerimiento escrito al BOE solicitando que se eliminasen los datos personales de la página controvertida y que se hiciera imposible el acceso a ella través de Internet, a lo que el Boletín contestó señalando que tenía la obligación legal de publicar los Reales Decretos de indulto y que su normativa reguladora le impedía modificar la versión electrónica o introducir cualquier variación sobre el original en papel. Se señalaba sin embargo también por parte del Boletín que, como medida preventiva, se había retirado el nombre del actor de la base de datos electrónica, de modo que a partir de ese momento la introducción de dicho nombre como criterio de búsqueda en el buscador interno del BOE no arrojaba ningún resultado.

“Don Domingo” constata sin embargo cómo la página controvertida seguía siendo mostrada en los resultados de búsqueda de *Google* meses después de su requerimiento al BOE, de modo que solicita mediante correo electrónico al buscador que se eliminen dichos resultados, petición que recibe una contestación automatizada por parte de *Google* en la que se le indica que debe llamar al centro de Ayuda para este tipo de gestiones. Apenas un mes después (en abril de 2009) “don Domingo” plantea ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) una reclamación administrativa por infracción de su derecho a la protección de datos de carácter personal.

El 19 de enero de 2010 el Director de la AEPD estima la reclamación presentada por el actor contra *Google*, ordenando la retirada de los índices del buscador de cualquier dato personal referido a “don Domingo” y que se impida cualquier acceso futuro a los mismos. Poco después, el 22 de marzo de 2011, el ahora apelante solicita ante el Juzgado de Primera Instancia de núm. 8 de Barcelona una indemnización por los daños morales y patrimoniales causados por *Google*, que él estima en algo más de cinco millones de euros.

La sentencia de primera instancia (de 14 de noviembre de 2011) desestima íntegramente la demanda, siendo recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona y dando lugar a esta sentencia de 17 de julio de 2014 que ahora reseñamos

3. Fundamentos de Derecho

La sentencia de apelación resuelve como cuestión preliminar cuál es el bien jurídico que supuestamente ha vulnerado *Google* con su conducta, señalando que lo que se conoce en términos periodísticos como “derecho al olvido” resulta ser en realidad una manifestación de dos derechos de la personalidad distintos, el derecho al honor y a la

intimidad personal y familiar de la L.O. 1/1982 y el derecho a la protección de datos personales de la L.O. 15/1999.

El derecho al honor se ve involucrado según la A.P. Barcelona porque la información de que una persona fue condenada y posteriormente indultada por la comisión de un delito contra la salud pública es un hecho que afecta objetivamente a su buena reputación.

En cuanto al derecho de protección de datos, la sentencia trata de determinar si ha habido infracción del mismo por el mero hecho de que *Google* publique enlaces a versión electrónica del BOE muchos años después de la publicación en la versión en papel de un indulto.

Para ello la sentencia se centra en la aplicación al caso concreto del art. 19 de la LOPD, norma que designa en principio como responsable de los posibles daños causados al *responsable del tratamiento*.

En el momento de dictarse la sentencia de primera instancia era muy dudoso que un buscador de Internet pudiera ser considerado como “responsable” del tratamiento de los datos que muestra en sus resultados de búsqueda. Sin embargo, esta cuestión quedó resuelta apenas dos meses antes de la resolución de la Audiencia por la conocidísima sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 en el *caso Costeja*, que recoge a nivel europeo el llamado “derecho al olvido” en Internet.

Dicha sentencia soluciona dos extremos relevantes para el caso que nos ocupa. En primer lugar, la cuestión de si el mero hecho de mostrar una serie de enlaces cuando se introduce como criterio de búsqueda el nombre y apellidos de una persona es un “tratamiento de datos” en el sentido de la Directiva (y por tanto, del Derecho interno de los Estados miembros). En segundo lugar, si puede considerarse a un buscador de Internet como “responsable” de dicho tratamiento.

Dado que la respuesta del Tribunal de Justicia es afirmativa en ambos casos, la Audiencia Provincial de Barcelona traslada la doctrina del “caso Costeja” al supuesto que nos ocupa, concluyendo que *Google* ha realizado un tratamiento automatizado de los datos personales de “don Domingo” y que debe ser considerado como responsable por cualquier vulneración del derecho a la protección de datos que se haya cometido como consecuencia de dicho tratamiento.

A partir de ahí, la Audiencia Provincial señala que de acuerdo con el art. 19 LOPD es necesario para el éxito de la pretensión indemnizatoria que el perjudicado demuestre que ha habido incumplimiento de la normativa de protección de datos por parte del

responsable del tratamiento y que dicho incumplimiento ha causado un daño indemnizable.

Respecto de si ha habido incumplimiento de las normas de la LOPD, la Audiencia señala el carácter especialmente sensible de los antecedentes penales en la normativa de protección de datos europea (art. 8 de la Directiva 95/46 CE) y nacional (art. 7.5 de la LOPD, que los incluye dentro de la lista de los “datos especialmente protegidos”).

Y recuerda que, según la legislación española, dentro de los *principios del tratamiento* se exige que los datos tratados sean “adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades explícitas, y legítimas para las que se hayan obtenido” (art. 4.1 LOPDF). Y también se requiere en cuanto al periodo de conservación de los mismos que “serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados”, de modo que “no serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un tiempo superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados” (art. 4.5 LOPD).

Es precisamente este último aspecto (el de *durante cuánto tiempo* deben estar unos datos a disposición del público en Internet) el que conduce a la Audiencia a apreciar que habido incumplimiento por parte del responsable del tratamiento. Y ello porque el indulto se publicó originariamente en el BOE en su versión de papel en 1999, y aún seguían apareciendo en *Google* enlaces a la versión electrónica del boletín cuando se buscaba por el nombre y apellido del apelante once años después, en 2010.

De ahí concluye la Audiencia Provincial (citando de forma literal la sentencia del caso *Costeja*), que *es obligación del buscador eliminar de la lista de resultados que se obtiene a partir de una búsqueda por nombre de una persona los enlaces a páginas de terceros que contengan datos personas o información relativa a esa persona que ya no sean relevantes por el largo tiempo transcurrido, incluso cuando dichos datos no se eliminan de la página web en la que están.*

A partir de ahí la A.P. Barcelona afirma que *Google* tenía la obligación jurídica de retirar los enlaces a la página web del indulto, y que el incumplimiento de dicha obligación genera la obligación de reparar el daño causado.

Más discutible es sin embargo desde cuándo tiene *Google* dicha obligación jurídica. Y ello porque la propia Audiencia reconoce que el deber de los buscadores de eliminar de sus resultados de búsqueda datos en ciertas condiciones sólo existe desde la sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2014.

Y, sin embargo, la Audiencia fija como día relevante para fijar cuándo se comienza a producir el daño el de la notificación a *Google* de la resolución de la AEPD en la que se le ordena retirar los enlaces indeseados, esto es, el 22 de enero de 2010 (más de cuatro años antes de la sentencia del caso *Costeja*).

En todo caso, fijado de esta manera el día en el que se empieza a producir el daño, la Audiencia trata de determinar la fecha en la que *Google* dejó de mostrar en sus resultados la página del BOE controvertida, señalando que la defectuosa preparación de la demanda y su documentación probatoria sólo permite dar por seguro que los enlaces aún eran visibles en *Google* el 29 de noviembre de 2010, habiendo desaparecido ya el 26 de julio de 2011. A falta de actividad probatoria precisa por parte del demandante la Audiencia entiende que debe darse como fecha de eliminación de los resultados la de la última prueba de su existencia, esto es, el 29 de noviembre de 2010.

De ahí concluye que los daños se han producido durante un periodo continuado de 10 meses (del 22 de enero al 29 de noviembre de 2010), y que no cabe en este caso apreciar la exención de responsabilidad del art. 17 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, porque *Google* no actuó con diligencia para suprimir o inutilizar los enlaces correspondientes (la compañía tardó al menos diez meses en hacerlo desde que recibió la notificación de la resolución administrativa de la AEPD).

Para fijar la cuantía concreta de la indemnización la Audiencia rechaza todas las pretensiones del apelante sobre supuestos daños patrimoniales por falta de conexión causal entre la conducta de *Google* y los daños reclamados (daños que iban desde la pérdida de la oportunidad de vender un cuadro por tres millones de euros al fracaso de varios negocios de consultoría emprendidos por el demandante).

Se acepta sin embargo la petición de daños morales, aunque el arbitrio judicial modera la cantidad inicialmente solicitada por el demandante (más de 338.000 euros) para dejarla en la nada despreciable cifra de 8.000 euros.

Para justificar la concesión de dicha cuantía señala la Audiencia Provincial que ha tenido en cuenta criterios como la importancia del bien jurídico protegido (el derecho fundamental a la protección de datos personales), la naturaleza de la información divulgada (relativa a un antiguo delito), la gran difusión que tiene la publicación de los resultados de búsqueda en “el poderoso buscador *Google*” (*sic*) y el quebranto personal derivado de las dificultades para conseguir la supresión de los enlaces, así como la duración temporal del daño atribuible a la demandada (los diez meses referidos).