

Derecho al olvido y la creación de derechos

JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA¹

La red es hoy exponente definitivo de que el sueño de Borges de crear la “Biblioteca Universal” es posible y se ha hecho realidad. Todo absolutamente está en la red o va a estarlo a golpe de ratón. Hasta el infinito. La red informática todo lo tiene y todo lo retiene. Y desde luego, como genuina “memoria histórica”, también nuestra intimidad, nuestra imagen, nuestras acciones, también hasta nuestra personalidad, están ahí.

Y la red no se olvida. Tiene, como Funes el Memorioso, retentiva total, recordación permanente y que no perdona ni cancela. Lo que cae en su espacio, ahí queda y permanece “ad aeternum”.

Con lo cual, cualquier dato personal pasa a constituir un elemento que para siempre queda a disposición universal de cualquier curioso, aunque tales datos perjudiquen a quien se refiere y cuyos derechos de la personalidad se lesionen.

Los datos, pueden estar publicados informáticamente, bien porque se hayan incluido voluntariamente, bien porque resulte obligado hacerlo (por ejemplo, publicación en el B.O.E., de un indulto). Y como de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, tales publicaciones tienen carácter oficial constituyen fuentes accesibles al público que se pueden consultar y utilizar sin el consentimiento del titular de tales datos. Y aumenta exponencialmente el problema cuando tales

¹ Catedrático de Direito Público. Director do Departamento de Direito Público da Univesidad Complutense de Madrid.

datos ya figuran fuera de los periódicos oficiales y han pasado a ser noticia de prensa y demás medios.

Ante esta situación: ¿tenemos derecho a que “nos dejen en paz”, a que se “olviden de nosotros”? y ¿Cuándo y cómo podríamos ejercer ese derecho y en qué consiste? ¿Hay daños y perjuicios reclamables por el uso banal, ligero o malicioso de tales datos? ¿Y si, por el contrario, se buscan esos datos malos para un fin lícito, como tener un contraste de veracidad sobre una persona que aspira a que se la crea o que va a ejercer un puesto de responsabilidad o simplemente laboral?

Podríamos decir que el derecho al olvido consiste en lograr efectivamente que los datos personales de un sujeto de derecho no puedan ser localizables en la red. Si unos datos que fueron lícitamente publicados en un momento y que ahora se piensa que perjudican objetivamente a la persona, pueden encontrarse fácilmente, en segundos, en Internet, está apareciendo un nuevo derecho, todavía en germen, que protege el interés jurídico de la personalidad de dicho sujeto y que permite oponerse a la localización y difusión de tales datos. La era de la informática, vemos, está creando una nueva generación de derechos.

Obsérvese cómo entran en contradicción varios poderes, potestades y derechos, de distintos sujetos jurídicos. Así, de un lado, está el derecho a la intimidad, dignidad y específicamente el de protección frente a la informática. Sin embargo, por otro lado, está el propio principio de legalidad, que impone determinadas publicaciones (sanciones, indultos...), así como la transparencia y el propio derecho a la información.

Luego, complicando mucho la cuestión, habrá que distinguir entre el sujeto público (continua o esporádicamente noticioso) y el sujeto privado, así como si el medio de publicación es oficial y obligado o expresión pura del derecho a la información.

Una primera aproximación la dio la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2009, sobre el caso de un Abogado cuyos

nombres y apellidos coinciden casualmente con los de un delincuente indultado, por lo que el Letrado solicita responsabilidad patrimonial del Ministerio de Justicia por no haber cancelado el enlace que permitía dicha búsqueda, que según el demandante le ocasionaba un grave perjuicio patrimonial y profesional que cuantificaba. La Audiencia Nacional, niega la responsabilidad ya que existe una razón legal para soportar ese daño (los indultos han de ser publicados de acuerdo con la Ley de 1870) y además no se había probado realmente si había existido lesión.

Hay que decir que una cosa es publicar por imperativo legal y otra bien distinta es conservar para siempre tales datos. Así, la Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe 0214/2010, establece que se incorporen técnicas (código norobot. Txt) para limitar la indexación del nombre y apellidos de una persona cuya sanción se publicó en un Diario Oficial. Indica la Agencia que *“dado que el interesado ya se ha dado por notificado de los mencionados actos administrativos, objetivo que se pretendía con su publicación en los citados diarios oficiales, por parte de la Diputación Provincial de Córdoba y la Diputación Provincial de Cádiz, se dictaran las órdenes oportunas para limitar la indexación del nombre y apellidos de DON... en los mencionados documentos mediante la incorporación de un código norobot. Txt., con objeto de que en el futuro los motores de búsqueda de Internet no puedan asociarlo al interesado”*

Y la Resolución de la AEPD R/01902/2010 en procedimiento TD/00800/2010, obliga al B.O.E., a evitar la indexación de los datos personales de quien así lo reclame *“con objeto de que en el futuro los motores de búsqueda de Internet no puedan asociarlas a la reclamante”*.

Y la Resolución TD/266/2007 (que hemos encontrado en inglés en la AEPD), indica taxativamente: *“A la luz de lo indicado, puede proclamarse que ningún ciudadano, que no tenga el status de personaje público o que no sea sujeto de noticias de relevancia pública, tiene que resignarse a soportar que sus datos personales circulen por*

la red sin poder reaccionar o corregir su inclusión ilegítima en un sistema universal de comunicación como Internet” Y a continuación, dicha resolución hace un balance entre las libertades de expresión e información, y la intimidad de la persona privada, para concluir a favor de esta última, indicando que tiene derecho a la cancelación de los datos.

Se trata de evitar la “cárcel de papel” o mejor, de bytes, en que podemos encontrarnos todos.

Ante la Audiencia Nacional, pionera en este orden jurídico en prácticamente todo el mundo, están planteados cinco casos en los que al final, se exige del buscador que cancele los enlaces con los datos personales, de manera que caiga en el olvido las noticias perjudiciales para una persona que así lo demande; lo cual, en Europa puede contar con simpatías enormes por el sujeto privado, si bien en Estados Unidos la solución puede ser bien distinta ya que esos datos se incorporan al mercado de búsquedas y al otro lado del Atlántico prima más este segundo aspecto basado no solo en la insobornable libertad de expresión e información, sino también en el libre mercado.

La Audiencia plantea así, al final, una cuestión prejudicial, teniendo que elegir entre los cinco casos indicados, unos de carácter público y otros privados.

La cuestión principal es procesal, ya que se trata de conocer si es la AEPD el organismo competente para obligar a los buscadores mundiales, como Google, a atender a las peticiones de los ciudadanos españoles cuando solicitan la cancelación, rectificación u oposición, de los datos, o si es la sede principal la que determina el foro y la jurisdicción.

En caso de que fuera competente la Autoridad española, ésta podría ordenar la cancelación de los enlaces, orientar los derechos en juego al menos en el plano técnico, proceder a sancionar en caso de incumplimiento de la Ley y de sus propias potestades, etc. Etc.,

Las Directivas aplicables son dos: la 95/46/CE sobre protección de datos (complementada por la Directiva 97/66CE hoy sustituida por

la 2002/58/CE y la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico. Ambas son la base de la denominada “Sociedad de la Información”.

Los “puntos de conexión” a favor de la competencia de la AEPD, son amplios y variados: registro del sitio, uso de nuestra lengua (y autóctonas); orientación de resultados al público español; rastreo con visitas a ordenadores situados en España; actividad promocional y publicidad específicamente española; servidores utilizados en nuestro país; usuarios españoles como recurso; aceptación de políticas de privacidad de dicha utilización en España: cookies o programitas de referencia dejados en los ordenadores españoles; categorías y pertinencia relevante según el mercado español; establecimiento y sede de filial también en España; papel significativo de información española en el tratamiento realizado en el buscador; venta de publicidad específicamente española.

Son pues múltiples los puntos de conexión que, entendemos, determinarían la competencia de la AEPD y la consecuente competencia de la Audiencia Nacional.

Si todos estos elementos, que se dan, acaban determinando la atribución de competencia a las Autoridades españolas, existiría apoyo en el artículo 8. 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, protege “a toda persona”, con inclusión pues de los ciudadanos europeos que quedarían sin protección si un buscador convenciera a los Tribunales Europeos de que es la legislación de su sede principal (California) la única aplicable y por tanto la que determinaría también el foro y la jurisdicción. Pero entender que los buscadores son meros intermediarios, aunque inclusive en tal caso, (Sentencia Lindqvist del Tribunal de Justicia de 6/11/2003), ese dato sería irrelevante. Al igual que no es relevante que los datos sean públicos, ya que la Sentencia 16/12/08 Satakuna Markkinapörsi y Satamedia, C-73/07) indica que si no se aplicara al ámbito de lo público la intimidad protegida por la legislación de protección de datos, la Directiva quedaría vacía de contenido.

Son muchos los aspectos a considerar. Porque asimismo en el ámbito privado, donde no podrá en modo alguno cancelarse totalmente los datos negativos, al menos sí que resulta exigible el principio de la integridad, veracidad y realidad completa informativa. Esto es, si se publica una noticia, podría obligarse al buscador a que el enlace, persistentemente, condujera siempre a la noticia completa, que en muchas ocasiones puede ser favorable (por ejemplo, que se publique que existe un juicio por imprudencia y luego resulte absuelto: sería obligado conducir a la absolución, parte esencial de la noticia sobre la persona).

En fin, se abre un campo apasionante a este nuevo derecho, en el que los Tribunales Españoles están haciendo noticia en todo el mundo. ¡Y esperemos que esta buena noticia, no caiga en absoluto en el olvido! Nuestros Tribunales y Autoridades Administrativas, cuando lo hacen bien, tienen que ser colocadas donde corresponde, en este caso, en el primer lugar de la protección jurídica ante un nuevo derecho, del que desde luego, no hay que olvidarse.

ANEXOS

- I. POSICIÓN DEL ESTADO A TRAVÉS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE LA UNIÓN EUROPEA.
- II. AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL PLANTEANDO LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

ANEXO I

Núm. Abogacía.- 6684/2008

Núm. Sección.- 1/594/2008

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL (SECCIÓN PRIMERA)

EL ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que por Ley ostenta en el recurso de referencia, ante la Sala comparece y DICE:

Que se le ha dado traslado de la providencia de la Sala de 25 de febrero de 2011, y dentro del plazo concedido al efecto formula las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- En relación con el posible planteamiento de una Cuestión Prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del art. 267 TFUE, trasladado por la Sala a las partes para que formulen alegaciones, esta representación manifiesta que considera improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial.

En primer lugar, dicho planteamiento no se considera pertinente, porque para la resolución del presente recurso es más que suficiente la normativa legal existente en España, tal y como reiteradamente se ha puesto de manifiesto a la Sección a la que nos dirigimos, derivada tanto del contenido de las resoluciones impugnadas, los escritos de contestación a la demanda, y como se puso de manifiesto en la vista celebrada el 19 de enero de 2011.

En análogos términos, y para un supuesto que podemos calificar de análogo existente en nuestro ordenamiento jurídico, se ha manifestado el Tribunal Constitucional. Así es doctrina del Tribunal Constitucional, ratificada en su reciente sentencia 115/2009, de 18

de mayo, que “el art. 35.1 LOTC exige que la norma con rango de Ley de la que tenga dudas un Juez o Tribunal debe ser «aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo». Es decir, la norma cuestionada debe superar el denominado «juicio de relevancia», o lo que es lo mismo, la justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de su validez, habida cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la Ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita”.

Si se realiza en el presente recurso ese “juicio de relevancia”, que podemos entender como presupuesto del planteamiento de la cuestión prejudicial, ha de concluirse que, para enjuiciar el supuesto concreto, la normativa nacional existente con creces sería más que suficiente para resolver las cuestiones planteadas. Ello es así por los siguientes motivos:

Primero.- La vinculación de la dignidad con otros derechos y en especial con intimidad personal y familiar, honor y familiar es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional véanse, entre otras, las SSTC 64/1986, 197/1991, 214/1991, 20/1992, 242/1992, 336/1993 y 176/1995. Es más en palabras del propio Tribunal Constitucional «el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el art. 18. C.E. aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la “dignidad de la persona” que reconoce el art. 10 C.E.”

El derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado». Así el TC en STC 254/1993 Fundamento Jurídico sexto señala al respecto:

«Dispone el art. 18.4 C.E. que «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en si mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la «informática».

Segundo.- Y es en este marco donde tanto la LOPD como su normativa de desarrollo amparan y legitiman la actuación de la Agencia Española de Protección de Datos. Para todas las cuestiones planteadas la normativa de aplicación y legitimaría el requerimiento efectuado a la sociedad recurrente vendría determinada por:

El artículo 18.1 de la LOPD señala que *“Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia Española de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine”*.

El artículo 16 regula el derecho de rectificación y cancelación:

1. *El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días.*

2. *Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.*

3. *La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.*

4. *Si los datos rectificados o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación.*

5. *Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado.*

El artículo 17 de la LOPD regula el procedimiento de oposición, acceso, rectificación o cancelación:

1. *Los procedimientos para ejercitar el derecho de oposición, acceso, así como los de rectificación y cancelación serán establecidos reglamentariamente.*

2. *No se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación.*

La vigente LOPD incorpora el derecho de oposición, trasponiendo la Directiva 95/46/CE. A tal efecto, el artículo 6.4, que establece una previsión general, según el cual “En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, este podrá oponerse al su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una situación concreta. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.”.

El Real Decreto 1720/2007 regula la materia en los artículos 34 y 35, al disponer:

Artículo 34: Derecho de oposición

El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos:

a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.

b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este Reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.

c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este Reglamento.

Artículo 35: Ejercicio del derecho de oposición

1. El derecho de oposición se ejercitará mediante solicitud dirigida al responsable del tratamiento.

Cuando la oposición se realice con base en la letra a) del artículo anterior, en la solicitud deberán hacerse constar los motivos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal del afectado, que justifican el ejercicio de este derecho.

2. El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de oposición en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En el caso de que no disponga de datos de carácter personal de los afectados deberá igualmente comunicárselo en el mismo plazo.

3. El responsable del fichero o tratamiento deberá excluir del tratamiento los datos relativos al afectado que ejercite su derecho de oposición o denegar motivadamente la solicitud del interesado en el plazo previsto en el apartado 2 de este artículo.

En el presente caso, hecho éste no controvertido, ha quedado suficientemente acreditado, que el reclamante solicitó de Google Spain cancelación de sus datos personales, no recibiendo en ningún supuesto una respuesta motivada por Google Spain, a pesar de ser ésta una obligación legal para la misma, como hemos acreditado anteriormente.

El incumplimiento por parte de Google Spain, de dicha obligación, legítima en todos sus extremos la resolución recurrida, y la competencia de la Agencia de Protección de Datos para conocer de la reclamación por la actuación de dicha entidad contraria a los preceptos de la normativa invocada.

Es decir, el reconocimiento y protección de este “derecho al olvido” tal y como ha sido llamado en diferentes formas se encuentra más que amparado y regulado por las normas de protección de nuestras normas nacionales invocadas y citada. Las medidas de control frente a todos y cada uno de los buscadores existentes hoy día, encuentra su amparo legal en nuestras leyes internas de protección de datos, siendo más que suficientes las medidas de control establecidas y entre ellas, la que es objeto del presente pleito.

Por lo tanto para esta representación procesal no existen dudas sobre la conformidad a derecho de la actuación de la AEPD, no sólo con el Derecho español, sino también con el Derecho de la UE.

No obstante lo anterior y a la vista de que la Sala ha propuesto el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales idénticas en cinco procedimientos diferentes, esta Abogacía del Estado considera que debería defenderse ante el órgano judicial la conveniencia de que se limitase el número de procedimientos en los que plantear las diferentes cuestiones. Los antecedentes de hecho del caso concreto

pueden tener una gran influencia en la sentencia que en su día dicte el TJUE. Por ello, aportar los antecedentes de 5 casos con 5 interesados distintos únicamente contribuiría a generar confusión y hacer más difícil a todos los intervinientes y a los propios jueces europeos la resolución del asunto.

Asimismo debe decirse que, si bien en los casos en que se plantean por un mismo órgano judicial nacional, similares cuestiones en procedimientos diferentes, lo habitual es que el TJUE acumule todos los asuntos, sin embargo ello no es así, cuando existe cierta separación temporal en el planteamiento de las cuestiones ante el TJUE. En estos casos el TJUE suele tramitar con separación la primera cuestión prejudicial planteada, suspendiendo la tramitación de los demás asuntos. Una vez dicta sentencia, suele resolver los asuntos suspendidos por medio de auto, sin dar traslado ni a las partes ni a los Estados miembros y recordando la jurisprudencia que deriva de la primera sentencia dictada. Con ello se pone de manifiesto la preferencia del TJUE por centrar los asuntos, así como de evitar la confusión que supone contar con distintos hechos de distintos procedimientos de origen.

Por otra parte, debe recordarse que el planteamiento de la cuestión prejudicial permite a las partes en los procesos nacionales (y por tanto, no sólo a Google y a la AEPD, sino también a los distintos code mandados en estos procesos) acudir ante el TJUE, tanto para formular observaciones escritas, como para intervenir en la vista oral. Por ello en la elección por la Sala del/los procedimiento/s en el/los que se plantee/n la cuestión debe tenerse en cuenta esta circunstancia.

En coherencia con lo anterior esta representación procesal solicita el planteamiento de una sola cuestión prejudicial; y en atención a las cuestiones objeto de debate del presente procedimiento entendemos que por los intereses afectados sería procedente su elección por el siguiente orden, en los cinco casos seleccionados:

Primero: PO 1/86/2009. Reclamante D..... Funcionario de Instituciones Penitenciarias.

El reclamante solicitó a Google Spain S.L el derecho de oposición de conformidad con lo previsto en los artículos 6,4,17 y 30.4 de la LOPD, con fecha 23 de abril de 2008. Sus datos personales aparecían localizados en el Boletín Oficial del Estado de fechas 10 de marzo de 1998 y 9 de junio de 1996 y en las resoluciones de 11 de febrero de 1998 y 12 de junio de 1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Solicitó de Google que retirara los enlaces que llevaban desde su nombre hacia los BOE en los que se le mencionaba.

Fundamentaba su solicitud, en que según el artículo 6.4 de la LOPD existen motivos fundados y legítimos relativos a su situación personal para “la evitar la difusión pública desproporcionada de unos datos de carácter personal unido a un hecho de rechazo social, como es una sanción disciplinaria, así como al conocimiento de los mismos por elementos de la banda terrorista ETA, de la que los Funcionarios de Instituciones Penitenciarias somos objetivos”. El funcionario pretendía evitar que la banda terrorista ETA tuviera conocimiento de sus datos.

Segundo caso alternativo a plantear: PO 1/594/2008. Reclamante D..... Empresario.” Empresa de Servicios y consultoría David S.L”.

En análogos términos solicitó de Google Spain S.L. que retirase de su buscador los enlaces que los remitían a las páginas del Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, donde se comunicaba una sentencia contra él. (Anuncio en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña que consta publicado en el n.º 4417, página 19.923, de 1 de julio de 2005, que recoge literalmente el edicto del Juzgado de Primera Instancia n.º 46 de Barcelona, sobre actuaciones de juicio de procedimiento ordinario.

Afirma el solicitante para el ejercicio del derecho de oposición que aquel fue un hecho aislado, y además ya pagado en su totalidad.

El empresario reclamaba que se retirasen los enlaces vinculados a su nombre ya que ello le origina un perjuicio moral y económico a la hora de buscar trabajo, realizar cualquier transacción privada o comercial con cualquier empresa o en su formación continuada al relacionarse con los centros donde había estudiado, etc

Tercer caso alternativo a plantear: P.O 1/309/2009. Reclamante D..... Ejercitó ante Google Spain S.L el derecho de oposición de sus datos personales que aparecen localizados en el Boletín Oficial de las Islas Baleares de fecha 9 de junio de 2001, número 69, manifestando que la información publicada hace referencia a una notificación para el cumplimiento de una sanción administrativa que ya fue debidamente cumplida en tiempo y forma. Alegaba como motivos fundados y razonados el motivo de la sanción y la relación en particular con el ejercicio de su actividad profesional. Además dicha sanción fue cumplida mucho tiempo antes (más de dos años) de interponer su reclamación inicial.

Cuarto caso alternativo a plantear: P.O 1/212/2009. Reclamante. D..... Datos publicados en el periódico El País.

D..... solicitó a Google Spain S.L el derecho de oposición de conformidad con lo previsto en los artículos 6,4,17 y 30.4 de la LOPD.

Con fecha 20 de junio de 2008, el reclamante ejercitó el derecho de oposición de sus datos personales que aparecen publicados en el diario El País el día 28 de octubre de 1991, indicando que existen motivos fundados por tratarse de manifestaciones falsas que perjudican su buen nombre personal, y profesional, para evitar la difusión pública desproporcionada de unos datos de carácter personal. La noticia de 1991 hacía referencia a una imprudencia temeraria cometida por el reclamante, una acusación de la que saldría absuelto dos años después. Los efectos de la noticia le ocasionaría unos grandes perjuicios en su esfera personal, laboral, económica y moral, en atención a su actividad profesional.

Quinto caso alternativo a plantear: P.O 1/211/2009. Reclamante D^a.....

D^a..... solicitó a Google Spain S.L el derecho de oposición de conformidad con lo previsto en los artículos 6,4,17 y 30.4 de la LOPD.

Con fecha 21 de noviembre de 2006, el reclamante ejercitó el derecho de oposición de sus datos personales que aparecen localizados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de fecha 17 de marzo de 2005, indicando que existen motivos fundados por tratarse de manifestaciones que perjudican su buen nombre personal, y profesional, para evitar la difusión pública desproporcionada de unos datos de carácter personal.

SEGUNDA.- No obstante, las precisiones anteriores, para el supuesto que la Sección a que nos dirigimos entendiese que es procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, por esta Abogacía del Estado, se procederá a realizar una serie de cuestiones unas de carácter general (relativas a la forma de planteamiento de la cuestión) y otras alegaciones relativas a cada una de las cuatro cuestiones planteadas.

– Generales:

UNO.- Con carácter general hemos de señalar en relación a la sistemática empleada por el órgano judicial para estructurar las cuestiones, que no resulta conveniente tratar conjuntamente las cuestiones relativas a la interpretación de la Directiva 95/46/CE y a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Ese tratamiento conjunto introduce cierta confusión en el debate que pueda tener lugar ante el TJUE y además en este caso, no parece estar justificado tampoco desde un punto de vista jurídico.

No podemos olvidar que el considerando 14 de la Directiva 2000/31/CE establece que “la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal se rige únicamente por la Directiva 95/46/CE ... y la Directiva 97/66/CE (hoy Directiva 2002/58/CE) ..., que son enteramente aplicables a los servicios de la sociedad de la información. Dichas Directivas establecen ya un marco jurídico comunitario en materia de datos personales y, por tanto, no es necesario abordar este aspecto en la presente Directiva para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, en particular la libre circulación de datos personales entre Estados miembros. La aplicación y ejecución de la presente Directiva debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, en particular en lo que se refiere a las comunicaciones comerciales no solicitadas y a la responsabilidad de los intermediarios, la presente Directiva no puede evitar el uso anónimo de redes abiertas como Internet”. Asimismo el artículo 1.5 b) de la Directiva 2000/31/CE dice que “la presente Directiva no se aplicará (...) a cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE”.

Por ello parece conveniente separar las cuestiones que se refieren a la interpretación de la Directiva de protección de datos y las que afectan a la Directiva sobre la sociedad de la información. Y en este sentido lo más claro sería dedicar las primeras cuestiones a la primera Directiva, reservando para el tema de la Directiva de sociedad de la información la última o últimas cuestiones.

DOS.- Conviene advertir sobre la conveniencia, en la medida de lo posible, de reformular las preguntas para que presenten un carácter inequívocamente interrogativo, aún mayor de la que presentan en el texto de la providencia notificada. **En este sentido se incluye al final de este escrito una propuesta de redacción concreta de cada una de las cuestiones sugeridas.**

– Particulares sobre las distintas cuestiones propuestas.

A) La aplicabilidad al presente supuesto, por razones de territorialidad, de la Directiva 95/46/CE.

En relación con esta cuestión, sería deseable centrar la pregunta en los concretos artículos de la Directiva 95/46/CE de los que se desprende su aplicación a las actividades de Google.

Así, la Directiva 95/46/CE establece en su artículo 4, apartado 1, que “los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que hayan 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... c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea”.

Google Spain, desarrolla una actividad consistente en promocionar, facilitar y/o procurar la venta de productos y/o servicios de publicidad on-line a través de internet para terceros en España. En la medida en que dicha actividad implica cierto tratamiento de datos la aplicación de la Directiva debe producirse, al amparo del artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva.

Sin perjuicio de lo anterior, Google Inc., como empresa que gestiona el sitio web www.google.es, debe ser en todo caso considerado como un responsable que recurre a medios situados en España. Tal y como afirma la demandante, las visitas que se hacen al sitio web www.google.com desde ordenadores conectados a internet en España se dirigen al sitio web www.google.es. Éste es un sitio registrado bajo un dominio español (por la entidad española Red.es), que utiliza el castellano (con posibilidad de empleo del catalán, euskera y gallego) y cuyos resultados de búsqueda están específi-

camente dirigidos al público español. Asimismo la labor de rastreo que hace posible el funcionamiento del buscador implica la visita a numerosos servidores ubicados en territorio español de los que se extrae información en su mayor parte en español, que da respuesta a las búsquedas de ciudadanos españoles. Finalmente el empleo de ordenadores situados en España por los usuarios de Google también constituye un recurso a medios en España. Por todo ello parece claro que en todo caso se recurre a medios situados en el territorio español.

Este análisis se encuentra en línea con el “Dictamen sobre cuestiones de protección de datos en relación con buscadores”, (Dictamen sobre cuestiones de protección de datos en relación con buscadores” de 4 de abril de 2008, WP 148, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29) en el cual se ha establecido, por un lado, que “si un establecimiento nacional se ve implicado en el tratamiento de datos de los usuarios, se le aplica el artículo 4 (1) (a) de la Directiva”, y por otro, que “los buscadores que recurren a medios en el territorio de un Estado miembro (EEE) para el tratamiento de datos personales también se encuentran dentro del ámbito de la legislación en materia de protección de datos del Estado miembro”.

Durante la sustanciación de este procedimiento, se ha probado y acreditado que el tratamiento de datos de carácter personal asociado al servicio de búsqueda GOOGLE utiliza siempre medios situados en territorio español con fines distintos del mero tránsito. El buscador hace uso de las cookies que se almacenan en los ordenadores de los usuarios y los servidores de contenidos a los que los robots previamente han solicitado información para elaborar los índices, los cuales son claramente considerados como “medios” por el GT29. De acuerdo con la información que el propio GOOGLE facilita en su sitio web (<http://www.google.es/privacy/ads/>), estos ficheros se utilizan por el buscador “para interpretar los tipos de páginas visitados o el contenido visualizado”. La compañía ha reconocido que “En función de esta información, Google asocia el navegador con categorías de interés relevantes y las utiliza para mostrar anuncios basados en intereses.”

En consecuencia, los resultados de las búsquedas realizadas desde territorio español están en todo caso condicionados por el contenido de esos ficheros.

Es más en materia de PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD-USO DE COOKIES, el propio GOOGLE reconoce para la Red de Display de Google, que:

“Google puede insertar dichas cookies en el navegador para interpretar los tipos de páginas visitados o el contenido visualizado. En función de esta información, Google asocia el navegador con categorías de interés relevantes y las utiliza para mostrar anuncios basados en intereses”

Pero es que a mayor abundamiento, el establecimiento de GOOGLE en España (GOOGLE SPAIN, S.L., con domicilio en la plaza Pablo Ruiz Picasso, n.º 1, de Madrid) desempeña un papel significativo en el tratamiento realizado por el buscador, tal y como quedó acreditado en la pericial practicada en este proceso, no rebatida en ningún momento por el demandante. Por ello el tratamiento asociado al servicio de búsqueda se efectúa en el marco de las actividades del establecimiento de GOOGLE en España.

La Agencia tiene constancia y así se ha acreditado a lo largo del procedimiento de que GOOGLE participa en la venta de publicidad que está directamente relacionada con el servicio de búsqueda y que está específicamente destinada a los habitantes del territorio español.

En este sentido, dada la actividad de Google, parece que la solución de este asunto, desde el punto de vista del Derecho de la UE entra en el ámbito material de aplicación de la Directiva 95/46 por aplicación de sus artículos 4, apartado 1, letra a) y 4 apartado 1, letra c).

Sin perjuicio de lo anterior existe otra norma de Derecho de la UE que sería conveniente mencionar en la cuestión prejudicial. Se trata del artículo 8, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En este artículo se dispone que “Estos datos se tratarán de modo legal, 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 la conciernan y a su rectificación”.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha concedido a la Carta, por aplicación del artículo 6.1 TUE, el mismo valor jurídico que a los Tratados. El derecho a la protección de datos es reconocido ahora por el artículo 8, apartado 1 de la Carta a “toda persona”, lo que obviamente incluye a los ciudadanos europeos. Éstos se verían privados de su derecho si se interpretasen los artículos 4, apartado 1 letra a) y letra c) de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que la circunstancia de que Google invoque su establecimiento principal en un tercer Estado permite excluir a dicha empresa del ámbito de aplicación de la Directiva. A nuestro juicio esa interpretación sería contraria al artículo 8 de la Carta que persigue proteger a toda persona, pero especialmente a los ciudadanos europeos de todo tratamiento ilícito de los datos que les conciernen, con independencia del lugar de establecimiento del responsable.

Por todo lo anterior parece conveniente reformular la cuestión para que se refiera a los concretos artículos de la Directiva relativos a su aplicación territorial incluyendo además una remisión al artículo 8, apartado 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Como se ha dicho antes, al final de este escrito se incluye una concreta propuesta en este sentido.

B) Si la actividad de GOOGLE, como buscador de contenidos de terceras personas, puede considerarse un tratamiento de datos tal como lo define el artículo 2.b) de la Directiva 95/46. En caso afirmativo, si GOOGLE debe garantizar los derechos de cancelación y oposición mencionados en los artículos 12.b y 14.a de la citada Directiva. Asimismo, si la solicitud del interesado puede ampararse en el derecho de oposición del citado artículo 14.a en relación con el artículo 7 letras e) y f) de la citada Directiva.

1º) Según la jurisprudencia del TJUE “en cuanto al concepto de «tratamiento» de dichos datos que utiliza el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46, éste comprende, con arreglo a la definición del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, «cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales». Esta última disposición enumera varios ejemplos de tales operaciones, entre las que figura la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos. De ello se deriva que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole”. (sentencia de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01, Rec, p. I-12971, apartado 25).

Desde este punto de vista y en la medida en que la actividad de Google consiste en hacer referencia en su página web a datos que, como en este caso, tienen carácter personal, su actividad debe calificarse como tratamiento a efectos de lo dispuesto en los artículos 2, letra b) y 3, apartado 1, de la Directiva 95/46.

La circunstancia de que Google califique su actividad como de “buscador” en el sentido de que sólo “intermedia” contenidos suministrados por terceras personas es irrelevante para la aplicación a su actividad del concepto de tratamiento. Por una parte, esa actividad de “buscador” o de “intermediación” carece de una previsión específica de exclusión en la Directiva 95/46 y, por otra parte, la definición del artículo 2, letra b) es lo suficientemente amplia (“cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos”), como para que la actividad de Google deba entenderse incluida en el concepto de tratamiento que emplea la Directiva.

Por lo que respecta a la cuestión de que se trate de datos ya publicados con anterioridad, debe recordarse que según la jurisprudencia “una excepción general a la aplicación de la Directiva en favor de datos publicados dejaría esta última en gran medida vacía de contenido. En efecto, bastaría con que los Estados miembros publicaran

los datos para que quedaran sustraídos a la protección prevista por la Directiva". (sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*, C- 73/07, Rec. p. I-7075, apartado 48).

Más allá de la reformulación de la cuestión que se incluye al final de este escrito, sería quizás conveniente que en el auto de planteamiento de la cuestión se hiciese referencia a esta jurisprudencia concreta del TJUE para enmarcar debidamente la cuestión.

2º) En cuanto a "si GOOGLE debe garantizar los derechos de cancelación y de oposición mencionados en los artículos 12.b y 14.a de la citada Directiva", lo primero que debe señalarse es que realmente, según estos 2 artículos, es el Estado quien debe garantizar el derecho al interesado (tal y como por otra parte ocurrió en este caso).

En el artículo 12, letra b), se dispone que "los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento...b) 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", mientras que en el artículo 14, letra a) se señala que "los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a ...a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos".

Dado lo señalado hasta aquí puede afirmarse que ambos preceptos son susceptibles de ser aplicados a este caso. La relación entre estas dos disposiciones ha sido reflejada en alguna ocasión por la jurisprudencia. En el asunto *Rijkeboer*, el TJUE señaló que "El artículo 12, letra a), de la Directiva, contempla un derecho de acceso

a los datos principales y a la información sobre los destinatarios o las categorías de los destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos. El citado derecho de acceso es indispensable para que el interesado pueda ejercer los derechos que se contemplan en el artículo 12, letras b) y c), de la Directiva, a saber, en su caso, cuando el tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la misma, obtener del responsable del tratamiento de los datos, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos [letra b)], o que proceda a notificar a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos, toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado, si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado [letra c)]. El derecho de acceso es, igualmente, condición necesaria para el ejercicio por el interesado del derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales, contemplado en el artículo 14 de la Directiva, como lo es para el derecho a recurrir por los daños sufridos, previsto en los artículos 22 y 23 de ésta". (sentencia de 7 de mayo de 2009, Rijkeboer, C-553/07, Rec, p. I-3889, apartado 50, 51 y 52).

Debe advertirse que si finalmente la aplicación de la Directiva a este supuesto se hace al amparo del artículo 4, apartado 1, letra a), entonces Google Spain será la responsable del tratamiento. Por el contrario, si la aplicación de la Directiva se hace al amparo del artículo 4, apartado 1, letra b), entonces el responsable sería Google Inc. No obstante lo anterior debe recordarse que de conformidad con el artículo 4, apartado 2 de la Directiva en este caso "el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento". Por ello en opinión de la AEPD Google Spain debe ser considerado en este caso representante de Google Inc en España, como ya lo es ya para otras actuaciones ante la AEPD, según el propio demandante lo reconoce.

En todo caso debe reiterarse que los derechos que al interesado reconoce la Directiva deben ser respetados por Google, estando el

Estado miembro obligado a garantizar esos derechos y la pregunta debería reformularse en este sentido, tal y como se hace al final de este escrito.

3º) Por último, respecto a “si la solicitud del interesado puede ampararse en el derecho de oposición del citado artículo 14.a en relación con el artículo 7 letras e) y f) de la citada Directiva”, la primera precisión es que no parece correcto integrar el supuesto que nos ocupa en el ámbito de aplicación del artículo 7, letra e) de la Directiva. En este artículo se dispone que “los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si...e) es necesario 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”. No habiéndole sido conferido a Google Inc, ni a Google Spain poder público alguno, ni teniendo atribuido el cumplimiento de una misión de interés público, no parece que dicho precepto le pueda resultar de aplicación al caso que aquí se trata. En este sentido se propone a la Sala que no incluya este precepto en la cuestión prejudicial a plantear.

En cuanto al artículo 7, letra f) de la Directiva, en el mismo se dispone que “los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si...f) 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 que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”, por lo que el mismo sí podría resultar de aplicación.

Desde este punto de vista el artículo 14, letra a) de la Directiva señala que “los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a...a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas

propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos”.

El Considerando 45 de la Directiva explica que “cuando se pudiera efectuar lícitamente un tratamiento de datos por razones de interés público o del ejercicio de la autoridad pública, o en interés legítimo de una persona física, cualquier persona deberá, sin embargo, tener derecho a oponerse a que los datos que le conciernan sean objeto de un tratamiento, en virtud de motivos fundados y legítimos relativos a su situación concreta; que los Estados miembros tienen, no obstante, la posibilidad de establecer disposiciones nacionales contrarias”;

La aplicación de este artículo exige por ello que el órgano judicial haga explícito en el auto de planteamiento cuáles son los motivos fundados y legítimos relativos a la situación concreta del interesado o de los interesados que justifican su derecho de oposición, para que el TJUE pueda resolver adecuadamente sobre la cuestión. Aunque en opinión de la AEPD corresponde al órgano judicial nacional hacer la comparación de intereses a que se refiere el artículo 7, letra f) de la Directiva, es decir, a pesar de que el órgano judicial nacional es el competente para aplicar el artículo 7, letra f) de la Directiva, sin embargo parece conveniente que el TJUE cuente con los antecedentes adecuados para pronunciarse sobre el asunto. En este sentido se recuerda la propuesta hecha anteriormente de que se elija, de entre todos los procedimientos en los que actualmente es posible el planteamiento de la cuestión, el más representativo y de que sólo se plantee la cuestión en ese proceso.

También sería conveniente reformular la cuestión para reflejar que al amparo del artículo 7, letra f) de la Directiva es el interés prevalente del interesado lo que justifica su derecho de oposición, tal y como hacemos al final de este escrito.

C) Si la AEPD, al amparo del artículo 28.3 párrafo segundo de la Directiva 95/46/CE puede requerir a GOOGLE para que cancele o bloquee la información, aun cuando su mantenimiento en la página de origen sea lícita, pero el solicitante considere que su aparición en los resultados de búsqueda atenta a su privacidad, dignidad o al derecho al olvido.

Respecto del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 95/46/CE, cabe decir que efectivamente, en su calidad de autoridad de control, la AEPD, dispone, entre otros, de los poderes efectivos de intervención a los que se refiere el segundo guión de dicho apartado. Entre estos poderes se encuentra el de ordenar el bloqueo, supresión o destrucción de datos o el de prohibir provisional o definitivamente un tratamiento. La circunstancia de que el mantenimiento en la página de origen sea lícita no afecta a esta cuestión, en la medida en que el poder de intervención se dirige contra Google, en calidad de responsable del tratamiento de los datos.

A juicio de esta Abogacía esta cuestión no plantea dudas, desde el punto de vista de la Directiva, por lo que a nuestro juicio sería conveniente suprimirla. En todo caso, si se decide mantenerla, convendría reformularla para que presentase un carácter interrogativo.

D) Si la AEPD, en relación con las citadas Directivas, puede requerir directamente al buscador, sin dirigirse previa o simultáneamente al webmaster para exigir la retirada de la información.

Debe recordarse que los interesados en este procedimiento han dirigido su petición de cancelación únicamente contra Google y no contra el webmaster. Es muy importante que el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial subraye este hecho, ya que la AEPD actúa en todo caso a instancias del interesado. Si el interesado no se dirige contra la página en la que figura el dato en origen, la AEPD tampoco puede hacerlo. Es muy importante que el TJUE tenga la certeza de que estos interesados no se han dirigido contra el webmaster, sino exclusivamente contra el buscador.

Tal y como se ha explicado con anterioridad, de los artículos 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE resulta que el Estado debe garantizar el derecho del interesado a la rectificación o a la oposición frente al responsable del tratamiento. El Estado miembro sin embargo no puede imponer a terceros determinadas actuaciones, cuando el propio interesado no se ha dirigido frente a ellos. La Directiva no contempla una actuación de este tipo.

A nuestro juicio esta cuestión también está clara, luego no debería plantearse. No obstante, para el caso de que se decida hacerlo, debería sugerirse la interpretación de algún precepto en concreto de la Directiva. Dado que de lo que se trata es de poner de manifiesto es que los procedimientos desarrollados por las autoridades nacionales de protección de datos s inician por solicitud del interesado, quizás el precepto más adecuado para formular la cuestión sería el artículo 28, apartado 4, párrafo primero, en el que se dispone que “toda autoridad de control entenderá de las solicitudes que cualquier persona, o cualquier asociación que la represente, le presente en relación con la protección de sus derechos y libertades respecto del tratamiento de datos personales. Esa persona será informada del curso dado a su solicitud”. Por ello la pregunta debería reformularse en caso de plantearse para hacer referencia a la interpretación de este precepto.

E) Sobre la Directiva de comercio electrónico.

La aplicación la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), a los buscadores plantea una problemática especial.

Resumidamente la Comisión considera que los motores de búsqueda no aparecen regulados en el marco armonizado que la misma persigue, pero los Estados miembros pueden, dentro del margen de maniobra que la propia Directiva les otorga en las materias no

reguladas expresamente por la misma, adoptar normas específicas en relación con los buscadores, sin que dichas normas puedan considerarse contrarias a la propia Directiva, sino por el contrario, beneficiosas para el adecuado desarrollo del mercado interior. Esta posición se desprende del Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), de 21 de noviembre de 2003 (documento COM (2003) 702 final) (Documento n.º 1 que se acompaña con este escrito).

Esto produce la importante consecuencia de que no en todos los Estados miembros los motores de búsqueda se consideran prestadores de servicios de la sociedad de la información, a pesar de que en España así sea, tal y como la Directiva permite.

Por otra parte los artículos 12 a 14 de la Directiva establecen un régimen de responsabilidad específico y limitado para los prestadores de servicios de intermediación, entre los que se encontrarían los motores de búsqueda. Aclara el considerando 40 que “La divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia. En algunos casos, los prestadores de servicios tienen el deber de actuar para evitar o poner fin a actividades ilegales. Lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella; convendría que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados miembros”.

En ese sentido debe decirse que la Directiva sí obliga a los Estados miembros a prever un régimen de responsabilidad específico y limitado para los buscadores. Y en este sentido una cuestión previa que podría tener interés en el presente caso no es si la Directiva 2000/31/CE resulta de aplicación a los motores de búsqueda en Internet, sino si el marco establecido por la citada Directiva habilita a los Estados miembros a aplicar las reglas de responsabilidad de los artículos 12 a 14 a los motores de búsqueda. En resumen, si es conforme al Derecho de la UE, y en particular a la Directiva 2000/31/CE, la normativa de un Estado miembro que establezca para los motores de búsqueda un régimen similar al establecido en los artículos 12, 13 ó 14 de la Directiva.

Pero en todo caso debe recordarse que el artículo 13, apartado 2 de la Directiva 2000/31 dispone que “el presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla”, mientras que el artículo 14, apartado 3 de la misma establece que “el presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos”.

En este sentido parece claro que la actuación de la autoridad de española de protección de datos queda amparada por el artículo 13, apartado 2, o, en su caso, artículo 14, apartado 3 de la Directiva 2000/31 y que la pregunta a formular debiera hacerse en relación con esto preceptos, ya que en todo caso nos encontramos ante una actuación de una autoridad nacional de protección de datos al amparo de la Directiva 95/46 y no ante una actuación de una autoridad administrativa por la comisión de infracciones del régimen establecido por la Directiva de la sociedad de la información.

La jurisprudencia del Tribunal ha reconocido recientemente la aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31 a los buscadores, en concreto, a Google France. Se trata de asunto Google France (sentencia de 23 de marzo de 2010, Google France, C-236/08 a C-238/08, todavía no publicada, apartados 109 y 110) en el que el TJUE ha declarado que “la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se aplica en caso de «un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio» y significa que el prestador de tal servicio no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a menos que, tras llegar a su conocimiento, gracias a la información recibida de un perjudicado o de otro modo, la ilicitud de estos datos o de las actividades del destinatario, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”, por lo que “tal como se ha indicado en los apartados 14 y 15 de la presente sentencia, el legislador engloba en el concepto de «servicio de la sociedad de la información» los servicios prestados a distancia, mediante equipos electrónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios y normalmente a cambio de una remuneración. Teniendo en cuenta las características del servicio de referenciación controvertido en los asuntos principales, resumidas en el apartado 23 de la presente sentencia, debe llegarse a la conclusión de que reúne todos los elementos de dicha definición”.

En esa ocasión se trataba de interpretar el artículo 14 de la Directiva, porque lo que se analizaba era, tal y como consta en los apartados 22 y 23 la sentencia, el servicio remunerado de referenciación denominado “AdWords”, adicional al propio motor de búsqueda de Google. Por ello la cuestión se planteó en relación con el almacenamiento de datos previsto en el artículo 14.

En este caso sin embargo, dado que lo que se analiza es la actividad de Google en tanto que motor de búsqueda, parece conveniente que la cuestión se plantee también respecto del artículo 13 de la

Directiva, cuyo apartado 2, como decíamos antes, ampara la actuación de la AEPD.

TERCERA: A modo de conclusión, y para el supuesto en que la Sección a que nos dirigimos entendiese procedente la formulación de la cuestión prejudicial proponemos la redacción de las cuestiones en los siguientes términos:

A) ¿Deben interpretarse los artículos 4, apartado 1, letra a) y letra c) 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, en relación con el artículo 8 apartado 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en el sentido de que la autoridad española de protección de datos debe aplicar el Derecho español adoptado para la aplicación de la Directiva a las actividades de Google?

B) ¿Debe interpretarse el artículo 2.b) de la Directiva 95/46 en el sentido de que la actividad de GOOGLE, como buscador de contenidos de terceras personas, puede considerarse un tratamiento de datos? En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 12, letra b) y 14, letra a) de la citada Directiva en el sentido de que los Estados miembros deben garantizar los derechos de cancelación y oposición frente a GOOGLE? Asimismo, ¿debe interpretarse el artículo 14, letra a) en relación con el artículo 7 letra f) de la citada Directiva en el sentido de que el interés del interesado puede amparar su derecho de oposición?

C) ¿Debe interpretarse el artículo 28, apartado 3, párrafo segundo de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que la autoridad española de protección de datos puede requerir a GOOGLE para que cancele o cese en el tratamiento de la información, aun cuando su mantenimiento en la página de origen sea lícita, pero el solicitante

considere que su aparición en los resultados de búsqueda atenta a su privacidad, dignidad o al derecho al olvido?

D) ¿Debe interpretarse el artículo 28, apartado 4, párrafo primero de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que la autoridad española de protección de datos debe requerir directamente al buscador, sin necesidad de dirigirse previa o simultáneamente al webmaster para exigir la retirada de la información?

E) ¿Deben interpretarse los artículos 13, apartado 2 y 14, apartado 3 de la Directiva 2000/31/CE en el sentido de que la autoridad española de protección de datos puede exigir a Google la retirada de los datos de los interesados en un caso como éste?

Por lo expuesto,

A LA SALA SUPLICA que tenga por evacuado el trámite conferido y por hecha la anterior manifestación.

OTROSÍ SUPLICA, se tenga por aportado junto con este escrito, como documento n.º 1 el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, con el título “Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”.

Es justicia que pide en Madrid a 22 marzo de 2011

EL ABOGADO DEL ESTADO

ANEXO II

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: Primera

MADRID

AUTO

ILMO. SR. PRESIDENTE

DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS

LOURDES SANZ CALVO

NIEVES BUISAN GARCIA

JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Actuaciones Previas

1.1. D. Mario Costeja Gonzalez (el afectado), de nacionalidad española y con domicilio en la localidad de El Escorial (Madrid), ejercitó con fecha 23 de Noviembre de 2009 el derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales ante “La Vanguardia Ediciones, S.L” (periódico de gran difusión en España, especialmente en Cataluña). En su solicitud afirmaba que al introducir su nombre en el buscador de “Google” aparecía la referencia a una página del periódico “La Vanguardia” con enlaces a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social. El afectado afirmaba que el embargo al que se vio sometido en su día estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente.

1.2. Con fecha 24 de noviembre de 2009, “La Vanguardia Ediciones” contestó al interesado entendiendo que no procedía la cancelación de sus datos, dado que la publicación se realizó por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de su Secretaría de Estado de la Seguridad Social, siendo ejecutora la Tesorería General de la Seguridad Social en la Dirección Provincial de Barcelona.

1.3. Con fecha 8 de Febrero de 2010 el Sr. Costeja remitió escrito a Google Spain S.L. ejercitando su derecho de oposición solicitando que al introducir sus nombre y apellidos los resultados de búsqueda con los links de La Vanguardia.

1.4 En la contestación dada por Google Spain S.L. le remitía a la empresa Google Inc. con domicilio social en California (EEUU), por entender que ésta era la empresa que presta el servicio de búsqueda en Internet, sin perjuicio de informarle que para ejercer sus derechos de cancelación u oposición sobre sus datos personales debería dirigirse al webmaster de la página web que publica esos datos en Internet.

2. Procedimiento administrativo ante la Agencia Española de Protección de Datos.

2.1. Con fecha 5 de marzo de 2010, tuvo entrada en el Registro General de la Agencia Española de Protección de Datos la reclamación del Sr. Costeja solicitando, entre otras cosas, que se exigiese al responsable de la publicación “on line” de La Vanguardia que eliminase o modificase la publicación para que no apareciesen sus datos personales o bien utilizase las herramientas facilitadas por los buscadores para proteger su información personal. También solicitaba que se exigiese a Google España o Google Inc, para que eliminase o bien ocultase sus datos para que dejen de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejen de estar ligados a los links de La Vanguardia.

2.2. La Agencia Española de Protección de Datos instruyó expediente por denegación del derecho de cancelación de datos dando traslado para alegaciones tanto a Google Spain SL como a Google Inc. La notificación se remitió al domicilio de los abogados designado por Google Spain que recibió la comunicación que se le dirigía a ella, pero no se hizo cargo de la notificación dirigida a Google Inc.

Google Spain SL presentó sus alegaciones. Google Inc. no presentó alegaciones.

2.3. El Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó resolución el 30 de julio de 2010 en la que se estimó la reclamación formulada por el Sr. Corteja contra Google Spain SL y contra Google Inc “instando a esta entidad para que adopte las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos” e inadmitió la reclamación formulada contra La Vanguardia Ediciones SL. En cuanto a La Vanguardia Ediciones S.L. consideró que se había denegando de forma motivada la cancelación solicitada de los datos personales del afectado, en atención a que la publicación de los citados datos tenía justificación legal y su fin era dar la máxima publicidad a las subastas para conseguir la mayor concurrencia de licitadores por lo que se inadmite el procedimiento de tutela en relación a La Vanguardia Ediciones S.L.

3. Procedimiento judicial

3.1. Contra esta resolución recurrieron ante este Tribunal tanto la empresa Google Inc como Google Spain, en dos recursos independientes que se acumularon por Auto de 20 de julio de 2011. Ambas demandas solicitan la nulidad de la resolución administrativa impugnada. (Se adjunta copia de ambas demandas).

En este procedimiento actúa como demandada la Agencia Española de Protección de Datos y como codemandado se personó D. Mario Costeja.

3.2. El Abogado del Estado, en representación de la Agencia de Protección de Datos, contestó a las demandas oponiéndose a las mismas. (Se adjunta copia de la contestación a la demanda).

Así mismo el representante procesal del Sr. Costeja contestó a las demandas y solicitó la desestimación de los recursos. (Se adjunta copia de su contestación a la demanda).

3.3. Se abrió un periodo de prueba y tras la práctica de la misma todas las partes personadas presentaron escritos de conclusiones.

3.4. Por providencia de 17 de enero de 2013 este Tribunal acordó conceder un plazo de 15 días a las partes personadas para que presentasen alegaciones, de cara el posible planteamiento de una cuestión prejudicial del art. 267 del TJUE, en relación con determinadas cuestiones (Se adjunta copia de la providencia).

Todas las partes personadas presentaron sus escritos de alegaciones.

El Abogado del Estado considera que no es necesaria el planteamiento de cuestión prejudicial de interpretación pero, en caso de que se decidiese plantear, realiza una serie de consideraciones sobre las cuestiones a plantear (Se adjunta copia de su escrito de alegaciones).

El representante del Sr. Costeja presenta alegaciones respecto del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE tanto en relación con la aplicación territorial de la normativa de protección de datos como en cuanto a las dudas que suscita la normativa comunitaria en relación con las cuestiones de fondo que se sustancian en este recurso. (Se adjunta copia de su escrito de alegaciones).

La empresa Google Spain SL considera que no es indispensable el planteamiento de la cuestión prejudicial para la resolución del recurso ni para la interpretación del derecho comunitario, pero no se opone al planteamiento de la misma. En su escrito se contienen una serie de alegaciones tanto respecto de la aplicación territorial de la normativa comunitaria y nacional para resolver el caso que

nos ocupa como las cuestiones de interpretación de fondo que se plantean. (Se adjunta copia de su escrito de alegaciones).

La empresa Google Inc. no se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE y realiza alegaciones coincidentes con las formuladas por la empresa Google Spain. (Se adjunta copia de su escrito de alegaciones).

FUDAMENTOS JURÍDICOS

1. Objeto de la presente controversia.

La presente controversia se enmarca en el ámbito de la protección de los datos de las personas físicas, específicamente en la tutela de los derechos de supresión, bloqueo (cancelación) y oposición del afectado al tratamiento de sus datos personales frente a la actividad desarrollada por los proveedores de motores de búsqueda de información en internet (en adelante “buscadores”) y muy específicamente contra el buscador del grupo “Google”. La Agencia Española de Protección de Datos, acogiendo la petición de tutela del afectado, requirió a Google Spain SL y Google Inc “para que adopten las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos”.

El presente recurso plantea el problema referido a las obligaciones que tienen los buscadores en internet (en este caso el buscador “Google”) en la protección de datos personales de aquellos afectados que no desean que determinadas informaciones, publicadas en páginas web de terceros que contienen sus datos personales y permiten relacionarles con la misma, sean localizadas, indexadas y sean puestas a disposición de los internautas de forma indefinida. La resolución dictada por la Agencia de Protección de Datos (en adelante AEPD) considera que los buscadores en el ejercicio de esta actividad realizan un tratamiento de datos y son responsables del mismo por lo que están obligados a hacer efectivo el derecho de cancelación y/o oposición del interesado y a cumplir con los requerimientos que

les dirija la AEPD en la tutela de estos derechos. Y al mismo tiempo afirma que también como intermediarios de la sociedad de la información están sometidos a la normativa en materia de protección de datos estando obligados a atender los requerimientos que le dirija la autoridad competente, en este caso de la AEPD.

Desde cualquiera de estas perspectivas, la AEPD entiende que puede adoptar medidas de tutela de su derecho ordenando la retirada e imposibilitando el acceso a determinados datos por parte de los buscadores cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos, a su dignidad entendida en un sentido amplio, que incluiría la mera voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros. Y que este requerimiento puede dirigirse directamente a los buscadores, sin suprimir los datos o la información de la página donde inicialmente está alojada e, incluso, cuando el mantenimiento de esta información en dicha página esté justificada por una norma legal.

2. Planteamiento General.

2.1. La protección de datos de las personas físicas se regula fundamentalmente en la Directiva 95/46/CE que, según dispone su artículo 1º, tiene por objeto “la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”.

La citada Directiva 95/46/CE se dictó en los años anteriores a la expansión de internet y a la aparición, o al menos a la utilización generalizada, de los motores de búsqueda como herramienta que facilita la localización de datos e información en la red. Es por ello que las previsiones contenidas en la misma no contiene referencia expresa alguna a los servicios de la sociedad de la información ni, con mayor motivo, una previsión específica respecto a la actividad

que desarrollan los “buscadores” en internet y su sometimiento, y con qué límites, a la normativa en materia de protección de datos.

2.2. Directivas posteriores que regulan la actividad de los servicios de la sociedad de la información se remiten, en materia de protección de datos, a la Directiva 95/46/CE. Este es el caso de la Directiva 2000/31/CE, que “(14) *La protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal se rige únicamente por la Directiva 95/46/CE ...*”, añadiéndose que dicha Directiva es “*enteramente aplicable a los servicios de la sociedad de la información, y que la “aplicación y ejecución de la presente Directiva debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, en particular en lo que se refiere a las comunicaciones comerciales no solicitadas y a la responsabilidad de los intermediarios,.....*”. Así se recoge también en el artículo 1.5.b) de dicha Directiva establece que no se aplicará “*a cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE.*”

La Directiva 2000/31/CE limita la responsabilidad de los servicios de la sociedad de la información, en determinados supuestos íntimamente relacionados con la actividad desplegada por los buscadores en Internet (el artículo 13 referido a la memoria tampón, caching) y el art 17 (referido al alojamiento de datos) siempre que su actividad que se considera «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada». Pero, por otra parte, en su considerando cuadragésimo quinto señala que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos, incluidas las órdenes de las autoridades administrativas competentes para la retirada de datos o impedir el acceso a los mismos.

La Ley española 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, dictada en

desarrollo de dicha Directiva 2000/31/CE, incluye (Anexo b) a los buscadores como servicio de la sociedad de la información, en concreto como un “servicio de intermediación”. Dicha norma en sus artículos 8 y 17 limita la responsabilidad de los buscadores respecto de la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios, pero permite se les pueda requerir para que retiren los datos que atenten o pueden atentar contra determinados principios (entre ellos la dignidad de la persona) o cuando tengan conocimiento efectivo que de la información que remiten puede lesionar derechos de tercero susceptibles de indemnización. La AEPD, amparándose en su condición de autoridad competente y aplicando los artículos 8 y 17 de la Ley 34/2002, considera que puede exigirle al buscador la retirada de los datos personales del afectado al amparo de la normativa de protección de datos, aun en los supuestos en los que su publicación deba mantenerse en la página web del editor cuando considera que lesionan el derecho a la protección de datos del afectado.

Es por ello que el problema se reconduce finalmente a la interpretación y aplicación de la Directiva 95/46/CE dictada para la protección de datos de las personas físicas frente a los buscadores.

2.3. Las dificultades en la interpretación y aplicación de la Directiva 95/46/CE respecto a las tecnologías desarrolladas después de su publicación y la necesidad de obtener una interpretación uniforme de la misma justifican, a juicio de este Tribunal, el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación en relación con determinados preceptos de dicha Directiva, dirigida a resolver diferentes dudas relacionadas con la actividad de los buscadores de información en internet y su sometimiento a la normativa en materia de protección de datos.

2.4. Conviene aclarar que los buscadores realizan diferentes actividades y no todas ellas afectan a la presente controversia.

En primer lugar como prestadores de servicios a los usuarios. Se trataría de la recogida de los datos de los usuarios instalando en su

ordenador unos dispositivos informáticos (“cookies”) que permiten al buscador reconocer al mismo usuario en visitas ulteriores desde el mismo ordenador. Esta actividad no es relevante en el caso que nos ocupa.

En segundo lugar como proveedor de contenidos. En el ejercicio de esta actividad los buscadores localizan, indexan, almacenan temporalmente y ponen a disposición de todos los usuarios de la red, la información que aparece contenida en páginas web de terceros que aparece relacionada con los criterios de búsqueda, información que puede incluir o no datos personales de las personas físicas. Es esta última actividad la que interesa y afecta a la presente controversia y a la que nos referiremos en adelante.

3. Ámbito de aplicación territorial de la normativa comunitaria y nacional en materia de protección de datos.

3.1. El primero de los problemas que se plantean en el presente litigio se refiere a la posibilidad de aplicar la Directiva 95/46/CE, y consecuentemente la normativa nacional que la transpone en España, para tutelar el derecho a la protección de los datos de un nacional español y que tiene su residencia en España, frente a la empresa Google Inc., que tiene su domicilio en un Tercer Estado (en este caso en EEUU) y su filial en España, Google Spain SL.

3.2. Respecto de este problema, esta Sala considera acreditados los siguientes hechos:

– El servicio de búsqueda de Google (Google Search) se presta a nivel mundial a través de la web www.google.com. En muchos países existen versiones locales adaptadas al idioma nacional a las que se accede en función de la ubicación geográfica del usuario. La versión española del servicio se presta a través del sitio www.google.es, dominio que tiene registrado desde el 16/09/2003. El buscador de Google es uno de los más utilizados en nuestro país.

– El buscador “Google” lo gestiona Google Inc (empresa matriz del grupo), con domicilio en California (1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, California).

– El buscador Google indexa páginas web de todo el mundo, incluyendo páginas web ubicadas en España (en este caso se indexó información contenida en una página web española). La información indexada por las “arañas” del buscador Google se almacena temporalmente en servidores cuya ubicación (país y localidad) se desconoce (la empresa la mantiene secreta por razones competitivas).

– El buscador “Google” no sólo facilita el acceso a los contenidos alojados en las páginas web indexadas, sino también aprovecha esta actividad para incluir publicidad de empresas de bienes o servicios, normalmente asociada a los patrones de búsqueda introducidos por el usuario. Esta publicidad es contratada con el grupo empresarial “Google”, a cambio de un precio, por las empresas que desean utilizar esta herramienta para ofrecer sus servicios a los internautas.

– El grupo Google utiliza una empresa filial, Google Spain SL, como agente promotor de venta de los espacios publicitarios que se generan en el sitio web del buscador, dicha empresa dirige su actividad fundamentalmente a las empresas radicadas en España. Dicha empresa tiene personalidad jurídica propia y domicilio social en Madrid, y fue creada el 3/09/2003. Actúa como agente comercial del grupo en España y tiene como objeto social “promocionar, facilitar y/o procurar la venta de productos y servicios de publicidad “on line” a través de Internet para terceros, actuando como agente comercial, así como marketing de publicidad “on line” etc..”, dicha empresa contaba con 70 empleados en el 2009.

– La empresa Google Inc., designó a Google Spain SL como responsable del tratamiento en España de dos ficheros inscritos por Google Inc. ante la AEPD, tales ficheros tenían por objeto contener los datos de las personas relacionadas con los clientes de servicios publicitarios que en su día contrataron con Google Inc.

3.3. El artículo 4 de la Directiva 95/46/CE establece como criterios de conexión, relevantes para el supuesto que nos ocupa, los siguientes:

“1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que hayan 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.....

....

c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.

2. En el caso mencionado en la letra c) del apartado 1, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.

La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos, dictada para transponer al derecho español dicha norma comunitaria, reproduce en el art. 2.1 a) y c) estos dos mismos criterios con una redacción similar a la contenida en la Directiva comunitaria.

La discrepancia de las partes y las dudas interpretativas de este Tribunal surge tanto para determinar si le empresa Google posee un establecimiento en España, en los términos previstos en el art. 4.1.a) de la Directiva; como para establecer si dicha empresa recurre a medios que se encuentran en territorio español para realizar su actividad, en los términos previstos en el art. 4.1.c) de dicha norma.

3.4. Existencia de un establecimiento en España.

La Directiva 95/46/CE en su exposición de motivos considera que (19) *“el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable, siendo indiferente la forma jurídica de dicho establecimiento (simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica)”*.

Varias son las dudas interpretativas que surgen a este Tribunal respecto a este apartado.

3.4.1. La primera aparece relacionada con la actividad que la empresa filial Google Spain SL realiza en España.

La AEPD considera que la empresa Google tiene un establecimiento en España, Google Spain SL, sucursal del grupo que sirve para promocionar la publicidad que financia la actividad de la empresa.

La empresa Google entiende que hay que separar la actividad mercantil de GOOGLE SPAIN S.L. y la de GOOGLE INC. Esta última es la que gestiona el buscador “Google”, pero al tener su domicilio en California esta fuera del ámbito de aplicación de la normativa española y que solo está sometido a la jurisdicción norteamericana y a la normativa de protección de datos de EEUU. Y respecto a Google Spain SL, entiende que no puede considerarse como un establecimiento a los efectos de aplicar ni la Directiva comunitaria ni la normativa española en materia de protección de datos, pues su actividad no está relacionada con el tratamiento de datos sino que se limita a representar a Google Inc. en el negocio que ésta desarrolla de vender el espacio publicitario disponible en su página Web.

No ha resultado acreditado que la filial Google Spain SL realice en España una actividad directamente relacionada con la indexación o almacenamiento de la información o datos contenidos en las páginas web de terceros. No debe olvidarse, sin embargo, que si bien el éxito del buscador “Google” consiste en proporcionar a los internautas una herramienta que sea útil y eficaz para localizar la información existente en Internet, su negocio se basa en vender

los espacios publicitarios del buscador a las empresas (sus clientes) que quieren anunciar sus bienes y servicios. La actividad destinada a la promoción de estos espacios publicitarios y la captación de nuevos clientes en España esta encomendada a la empresa filial del grupo Google Spain SL, empresa domiciliada en nuestro país en donde actúa de forma estable y permanente, dirigiendo su principal actividad respecto de empresas asentadas en España. De modo que la actividad de promoción y venta de estos espacios publicitarios se constituye como parte esencial del negocio de Google y puede entenderse estrechamente vinculada a la actividad de su buscador de contenidos en España por cuanto dicha publicidad aparece junto con los resultados de búsqueda y normalmente relacionada con los criterios de búsqueda introducidos por el usuario.

Por todo ello cabe preguntarse si la actividad de Google Spain SL cumple las exigencias para ser considerada un “establecimiento” en los términos previstos en el art. 4.1.a) de la Directiva permitiendo la aplicación de la legislación nacional en materia de protección de datos frente al buscador “Google”.

3.4.2. La segunda duda se refiere a la actividad de la filial Google Spain SL como empresa que representa a la empresa Google Inc (empresa matriz) ante la Agencia Española de Protección de Datos y colabora con la AEPD en hacer llegar a la empresa matriz las solicitudes de los afectados y los requerimientos y notificaciones de la AEPD.

La AEPD argumenta que Google Inc. tiene designado a Google Spain como su representante ubicado en territorio español, conforme a lo exigido por el artículo 3.1.c), segundo párrafo del Reglamento de la LOPD aprobado por Real Decreto 1720/2007 y así aparece en el Registro General de Protección de Datos. Y que dicha empresa colabora con la Agencia de Protección de Datos para dar traslado a la empresa matriz de las solicitudes de los afectados y los requerimientos que le dirige la Agencia de Protección de Datos.

La empresa Google Inc., por su parte, admite que designó a Google Spain SL como responsable del tratamiento en España de dos ficheros inscritos por Google Inc. ante la AEPD si bien tales ficheros tenían por objeto contener los datos de las personas relacionadas con los servicios publicitarios que en su día contrataron con Google Inc. Y aunque admiten que es cierto que la Agencia ha notificado a Google Inc. en el domicilio de los Abogados de Google Spain SL. y que se designó ese domicilio en el registro de los ficheros que Google Inc. tiene dados de alta en la Agencia, ello fue a los solos efectos de facilitar a los interesados el ejercicio de los derechos de oposición, cancelación, acceso y rectificación en relación con los datos incluidos en esos ficheros, (según lo exige el artículo 5.1.c) de la LOPD) pero no con carácter general para la notificación relativa a toda la actividad de Google Inc.

La pregunta que se plantea al TJUE respecto a este punto es la siguiente:

¿Debe interpretarse que existe un “establecimiento”, en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE, cuando concurra alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- 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,

o

- cuando la empresa matriz designa a 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 Unión Europea, 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?

3.5. Recurso a medios situados en España.

La Directiva 95/46/CE no incluye una definición de “medios” si bien en su exposición de motivos afirma en su apartado (20) que *“el hecho de que el responsable del tratamiento de datos esté establecido en un país tercero no debe obstaculizar la protección de las personas contemplada en la presente Directiva; que en estos casos el tratamiento de datos debe regirse por la legislación del Estado miembro en el que se ubiquen los medios utilizados y deben adoptarse garantías para que se respeten en la práctica los derechos y obligaciones contempladas en la presente Directiva”*.

Los buscadores utilizan soportes técnicos para la captación, indexación y almacenamiento temporal de la información ubicada en páginas web de todo el mundo, que pueden estar centralizados o dispersos en diferentes países y los índices generados se guardan en servidores ubicados en lugares remotos y muchas veces secretos. Todo ello plantea enormes dificultades para determinar cuando nos encontramos frente a un “recurso a medios” radicados en un Estado miembro.

La Agencia de Protección de Datos considera que el índice se actualiza de forma dinámica a partir de la información ofrecida por los robots y el rastreo de las arañas web ubicadas, entre otros, en servidores web españoles, como lo demuestra que una de las facilidades que la versión española del servicio de buscador ofrece al usuario es, discriminar el resultado de su búsqueda en función del idioma de redacción de los documentos o de la localización geográfica de los servidores web que los alojan. Lo que, a su juicio, viene a demostrar que, para la prestación del servicio de búsqueda a los usuarios españoles, es requisito ineludible que se utilicen medios técnicos ubicados en territorio español. También considera como recursos a medios ubicados en España la utilización de ordenadores

personales, terminales y servidores y que la utilización de cookies y dispositivos de software similares por parte de un proveedor de servicios online puede considerarse como recurso a medios en el territorio del Estado miembro.

La empresa Google, por el contrario, afirma que el proceso el buscador no se realiza mediante el recurso a medios sitios en España puesto que ningún equipo de Google se encuentra en España, ni las arañas ni los robots que utilizan se instalan en los servidores que visitan. Google Inc. no emplea medios ubicados en España para la obtención de la información ni para el procesamiento de la misma. Los equipos de "Google" llevan a cabo la indexación de los contenidos mediante un software que les permite conectarse de manera sistemática y continuada con todas las direcciones de Internet ("URLs") que identifican en las páginas Web que encuentran a su paso. Los equipos de Google no se necesitan desplazar ni hacer uso de ningún medio para conseguir la información visitando, navegando y rastreando.

Las dudas que se plantean pueden sintetizarse en las siguientes:

En primer lugar, si puede considerarse como un "recurso a medios" la utilización por parte de la empresa Google de sus arañas o robots que acceden a servidores situados en España para obtener la información contenida en páginas web españolas que posteriormente indexa, discriminando el resultado de su búsqueda en función del idioma de redacción de los documentos o de la localización geográfica de los servidores Web que los alojan. Ello plantearía el problema de que el prestador de servicios en internet estaría sometido a todas las leyes y a las jurisdicciones de todos los países cuyos servidores alojaran información a la que los buscadores tuvieran acceso, pero, al mismo tiempo, facilitaría una tutela eficaz de los derechos de los afectados.

En segundo lugar, cabe preguntarse si la actividad de almacenamiento temporal en los centros de datos de la información indexada puede ser considerada como "un recurso a medios" en relación con el tratamiento de datos (suponiendo que esta exista). Y en el caso de que

así se considerase, cabe plantearse si una adecuada interpretación de la Directiva exige que la empresa especifique y pruebe donde están ubicados esos medios (centros de datos o servidores), pudiendo aplicarse, en caso contrario, el criterio de conexión con el Estado miembro que mantenga otros aspectos que le relacionen con la información tratada (por ej: información procedente de una pagina web radicada en un Estado miembro, información referida a ciudadanos de uno de los Estados miembros que reclaman la tutela, relevancia de la información en ese Estado miembro etc..). Lo contrario, dada la dificultad de conocer donde se ubican esos medios en atención a la tecnología actualmente existente, conllevaría el peligro de hacer inoperante la aplicación de este criterio y consecuentemente la efectividad de la normativa comunitaria y nacional en materia de protección de datos.

La empresa Google no ha revelado el país donde se almacena la información indexada afirmando que el lugar donde se ubican estos índices es secreto y que se mantiene secreto porque forma parte de la ventaja competitiva que Google tiene frente a sus competidores, por lo que al desconocerse donde se almacena la información indexada por voluntad expresa de la sociedad que lo gestiona no es posible descartar, aunque no existe constancia de que así sea, que dicha información estuviese almacenada en cualquier Estado miembro, incluida España, y, por lo tanto, que estuviese acudiendo a medios (almacenamiento temporal de información indexada en servidores de la compañía) radicados en España.

¿Debe interpretarse el art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que existe un “recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro”

cuando un buscador utilice arañas o robots para localizar e indexar la información contenida en páginas web ubicadas en servidores de ese Estado miembro

o

cuando utilice un nombre de dominio propio de un Estado miembro y dirija las búsquedas y los resultados en función del idioma de ese Estado miembro?,

¿Puede considerarse como un recurso a medios, en los términos del art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE, el almacenamiento temporal de la información indexada por los buscadores en internet? Si la respuesta a esta última cuestión fuera afirmativa, ¿puede entenderse que este criterio de conexión concurre cuando la empresa se niega a revelar el lugar donde almacena estos índices alegando razones competitivas?

3.6. Utilización de otros criterios de conexión para una protección eficaz del derecho fundamental.

Cabe plantearse, finalmente, si aun cuando no concurriesen estos puntos de conexión, previstos en el art. 4 de la Directiva 95/46/CE, sería preciso realizar una interpretación que, a la luz del art. 8 la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, permita utilizar otros criterios de conexión para proporcionar una tutela eficaz de este derecho a los ciudadanos de la Unión Europea.

La finalidad de la Directiva 95/46/CE es brindar una protección eficaz en la Unión Europea a los datos de las personas físicas (así se desprende de los apartados 10 y 18 de su exposición de motivos), que difícilmente sería compatible con la pretensión de la empresa Google de que los afectados que quieran ejercitar sus derechos de supresión, bloqueo y/o oposición frente a su buscador tengan que acudir a la jurisdicción de los Estados Unidos y someterse a la normativa dicho Estado. Esta empresa considera que no resulta aplicable la normativa comunitaria (ni consiguientemente la nacional) de protección de datos y que los afectados no pueden acudir a las autoridades y, en su caso, a los tribunales de justicia nacionales para la tutela de sus derechos.

La Directiva 95/46/CE se dictó en un momento en que los buscadores de internet, o no existían o eran muy incipientes, por lo que las

normas de conflicto no están, en principio, diseñadas para afrontar los peligros que han sobrevenido con los cambios tecnológicos. Pero con la aprobación sobrevenida de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que según dispone el art. 6 del TUE que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, se reconoce el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 8 de la Carta), por lo que parece razonable acudir a una interpretación y aplicación de las normas comunitarias que permita una tutela eficaz de este derecho, pues la Carta persigue, según su exposición de motivos, “*reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos*”.

Una protección eficaz de este derecho fundamental no puede depender del lugar donde la empresa decida asentar los medios técnicos. La utilización de soportes técnicos inmateriales, que permiten prestar los servicios desubicados del territorio al que van dirigidos y, en muchos casos, sin contar con medios residenciados en el mismo, complica una tutela eficaz de las eventuales lesiones de los derechos de la personalidad que se producen en el ciberespacio, especialmente en materia de protección de datos. Sin desconocer el peligro añadido que supondría la posibilidad de suprimir los establecimientos y medios que tuviere para impedir la aplicación de la normativa comunitaria o nacional, o cambiar el centro de gestión de recursos y medios, localizándolo en aquellos países que careciesen de una normativa de protección de datos o en los que sus normas fuesen más permisivas con la tutela de estos derechos.

De modo que la actividad desplegada por el buscador, aun cuando se considere que es gestionado desde fuera de la Unión y no dispone de un establecimiento ni recurre a medios ubicados en un Estado miembro, es susceptible de lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y la tutela de este derecho debería situarse donde se ubica el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela eficaz del mismo, incluyendo la posibilidad

de permitir una aprehensión integral del conflicto que comprenda los intereses en juego y de las normas implicadas.

Por ello sostener que la indexación de datos procedentes de páginas web situadas en España, en relación con una información publicada en España, en base a una norma legal española, que afecta a datos de un ciudadano español y que fundamentalmente puede tener una repercusión negativa, a juicio del afectado, en su entorno personal y social sito en España (centro de intereses), tenga que defender la tutela de su derecho a la protección de datos en EEUU, por ser el lugar que el gestor del buscador ha elegido para ubicar los medios técnicos, colocaría a los afectados en una situación de especial vulnerabilidad e impediría o dificultaría enormemente la tutela eficaz de este derecho que podría resultar incompatible con el espíritu y finalidad que inspira la Directiva y, sobre todo, con una tutela eficaz de un derecho fundamental contenido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Es por ello que, con independencia de la respuesta a las preguntas anteriores y especialmente en el caso en que se considerase por el Tribunal de Justicia de la Unión que no concurren los criterios de conexión previstos en el art. 4 de la Directiva, se plantea la siguiente pregunta:

¿Debe aplicarse la Directiva 95/46/CE en materia de protección de datos, a la luz del art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el país miembro donde se localice el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela más eficaz de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea?

La respuesta a estas preguntas referidas a la aplicación territorial de la Directiva comunitaria resulta decisiva para resolver el presente litigio, puesto que de ella depende la aplicación de la normativa de protección de datos dictada en la Unión Europea, y consecuentemente la normativa nacional que la traspone, en materia de protección de datos a la actividad desarrollada por la empresa Google en relación con los derechos de supresión, bloque y/o oposición ejercidos por el

afectado y amparados por la Agencia. Caso de no considerarse aplicable dicha normativa se cuestionaría la competencia de la Agencia de Protección de Datos y de la decisión por ella adoptada respecto a las empresas del grupo “Google” para que adopten las medidas necesarias para retirar los datos del índice e imposibilitar el acceso futuro a los mismos.

4. Actividad de Google, en cuanto buscador de contenidos, y su encaje en el concepto de tratamiento de datos contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46/CE.

Uno de los problemas en torno al que gira este procedimiento se centra en determinar si la actividad que desempeñan los buscadores de información en internet, cuando localizan e indexan información contenida en paginas web pertenecientes a terceros, en el supuesto que esta información incluya datos personales, están realizando una actividad que puede quedar encuadrada dentro del concepto “tratamiento de datos personales”, definido en el art. 2.b) de la Directiva.

La actividad de los buscadores, como proveedores de contenidos, podría sintetizarse como sigue: Dada la gran cantidad de información disponible en internet los buscadores permiten a los usuarios acceder a la misma de forma rápida, introduciendo criterios de búsqueda (palabras, grupos de palabras o simplemente caracteres). Los buscadores, con la finalidad de facilitar y acelerar la búsqueda, rastrean previamente los servidores de contenidos conectados a la red mediante un software (conocidos como robots o arañas) para que les proporcionen información sobre los contenidos existentes en los mismos. Con esta información elaboran un índice de palabras (con millones de palabras) que relacionan con la referencia a las páginas web en la que aparece esa palabra. Esta información se almacena y periódicamente se actualiza visitando las páginas de origen conforme a las instrucciones recibidas por la empresa que gestiona el buscador. Los buscadores no intervienen en la elaboración de dicha información, ni la modifican, ni identifican el significado

de los términos (desconociendo si se trata de una palabra sin sentido alguno, del nombre de una persona o de cualquier otro significado). El buscador como respuesta a la solicitud de información del usuario muestra una pantalla con un listado de direcciones web asociadas las palabras claves proporcionadas, permitiendo que el usuario acceda directamente al contenido del servidor web que aloja dicha información seleccionando el enlace que le facilita el buscador. El resultado de la búsqueda es ordenado por unos criterios de preferencia que establece el buscador.

La Agencia de Protección de Datos, en la resolución impugnada, considera que los “buscadores” (en este caso “Google”), como proveedor de contenidos proporcionados por terceros, está realizando una actividad de “tratamiento de datos”.

La amplitud del concepto “tratamiento de datos personales”, tal y como ha sido definido en el art. 2 b) de la Directiva 95/46/CE puede inducir a pensar que la actividad de los buscadores queda comprendida en este concepto. Las conclusiones contenidas en el Dictamen 1/2008 WP 148, emitido el 4 de abril de 2008 por el Grupo sobre protección de datos del artículo 29, así lo avala, pero el grupo Google lo niega.

Es por ello que la duda de este Tribunal se plantea en los siguientes términos:

En relación con la actividad del buscador de la empresa “Google” en internet, como proveedor de contenidos, consistente en localizar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y finalmente ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia, cuando dicha información contenga datos personales de terceras personas, ¿Debe interpretarse una actividad como la descrita comprendida en el concepto de “tratamiento de datos”, contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46/CE?

La respuesta a esta cuestión es relevante para la solución de este recurso, pues constituye el presupuesto necesario para aplicar

la normativa, nacional y comunitaria en materia de protección de datos, y condiciona las siguientes dudas referidas a la consideración del buscador como responsable de dicho tratamiento y, a su vez, el alcance de las obligaciones que están obligados a asumir para garantizar los derechos de los afectados.

5. ¿Son las empresas titulares de los buscadores responsables del tratamiento de los datos que manejan cuando estos actúan como proveedores de contenidos?

En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuese afirmativa, se suscitan dudas sobre la consideración de los buscadores como “responsables del tratamiento” de los datos personales incluidos en la información que indexan.

El artículo 2.d) de la Directiva, al tiempo de definir el concepto de “responsable del tratamiento”, considera que es aquella persona física o jurídica “que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales”. Este Tribunal alberga dudas sobre si la actividad de los buscadores en internet, como proveedor de contenidos, al indexar la información existente en la red que incluya datos personales, pueden ser considerados responsables del tratamiento de aquellos datos que se incluyan en el contenido de las paginas web de las que obtienen información.

El automatismo en la captación de dicha información y la ausencia de un control efectivo sobre la misma, especialmente sobre la exactitud y veracidad de la información que indexan, permite dudar que los buscadores puedan ser comprendidos en el concepto de “responsables del tratamiento”. Ello conllevaría, en principio, que se les podría aplicar el conjunto de obligaciones que la Directiva 95/46/CE, y consiguientemente la normativa nacional sobre protección de datos, establecen para los responsables del tratamiento.

Las conclusiones contenidas en el Dictamen 1/2008 WP 148, emitido el 4 de abril de 2008 por el Grupo sobre protección de datos del artículo 29, referido a “cuestiones de protección de datos relacionado

con motores de búsqueda”, los considera incluidos en el concepto de “responsables de tratamiento” con ciertos matices. En dicho dictamen se diferencia entre el concepto de “responsable del tratamiento” y la responsabilidad por dicho tratamiento, concluyendo que sí bien pueden ser considerados “responsables del tratamiento” de la información o datos que indexan, limita su responsabilidad respecto de la información que tratan, al considerarlos, salvo en aspectos muy concretos de su actividad, como responsables subsidiarios.

El citado dictamen no explica las razones que le llevan a limitar la responsabilidad de los buscadores, en cuanto responsables del tratamiento, únicamente a determinadas obligaciones que la Directiva 95/46/CE impone a los mismos y no a las restantes previstas en dicha norma (entre ellas: garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6.1, en donde se incluye que sean adecuados y pertinentes y no excesivos, exactos y actualizados, conservarlos por un tiempo limitado; el derecho de información del art. 11; el derecho de acceso del art. 12; medidas de seguridad del art. 17 y la responsabilidad prevista en el art. 23, entre otras muchas). A tal efecto, no debe olvidarse que el pleno sometimiento de la actividad del buscador, como proveedor de contenidos subidos por terceros, al amplio elenco de obligaciones que se imponen al responsable del tratamiento, sería difícilmente compatibles con la actividad que desarrollan los buscadores y con las posibilidades de asumir el cumplimiento efectivo de las mismas. ¿Serían estas obligaciones exigibles a los buscadores, en cuanto responsables del tratamiento de datos personales contenidos en la información que indexan?. ¿Podrían asumir el cumplimiento de estas obligaciones respecto de los datos situados en páginas web de terceros que indexan?.

Y específicamente respecto de los derechos de rectificación, supresión y bloqueo (art. 12) y oposición (artículo 14), cuya tutela motiva el presente recurso, el dictamen afirma que la obligación de retirar o bloquear los datos personales del índice del buscador “*puede depender de la legislación en materia y de las normas en materia de*

responsabilidad del Estado miembro en cuestión". De donde parece deducirse que el cumplimiento de las obligaciones que la Directiva impone a los responsables del tratamiento dependería de la legislación nacional de los Estados miembros.

Los buscadores de contenidos en internet obtienen la información y los datos incluidos en la misma de forma automática, sin modificar o alterar la información existente en la página de origen en la que se encuentra ubicada. Son los editores (webmaster) o el responsable del servidor de alojamiento los que pueden excluir total o parcialmente una determinada información de los índices automáticos de los buscadores (usando el protocolo conocido como "robot.txt", el código "noindex" o "noarchive") para que no indexen determinada información o para que no guarden siquiera copia cache de la misma. Pero, por otra parte, son los buscadores los que localizan y almacenan la información existente en internet y contribuyen a su difusión facilitando su acceso mediante un índice ordenado que selecciona las páginas web en las que se contienen los criterios de búsqueda introducidos por el usuario.

Es por ello que la determinación de si los buscadores de contenidos pueden o no ser considerados "responsables del tratamiento de los datos" que indexan y las consecuencias que ello conlleva no parece nítida a este Tribunal, y considera necesaria una interpretación uniforme de la aplicación de la Directiva en este punto.

Por ello la pregunta que se formula al Tribunal de Justicia es la siguiente:

En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa y siempre en relación con una actividad como la ya descrita en el apartado anterior: ¿Debe interpretarse el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE, en el sentido de considerar que la empresa que gestiona el buscador "Google" es "responsable del tratamiento" de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa?

La respuesta es relevante para resolución del presente procedimiento, pues la Agencia de Protección de Datos impone a las

empresas del grupo “Google” la obligación de cancelación de los datos del interesado al considerarlo responsable del tratamiento aplicando para ello la Ley Española de Protección de Datos (el art. 16 de la LPOD dispone “1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado...”). Frente a ello, la compañía “Google” niega que se le pueda considerar responsable del tratamiento de los datos de carácter personal que pudieran estar presentes en las páginas web que indexa, por entender que son los editores, y no Google, quienes tiene la capacidad real para elegir y decidir acerca de la incorporación o no a los índices del buscador de los datos concretos que publican en sus páginas y para decidir sobre la exactitud, modificación y supresión de la misma.

6. Responsabilidad directa y/o subsidiaria del buscador.

6.1. Tanto la normativa comunitaria como la nacional en materia de protección de datos reconocen a los interesados el derecho a ejercitar frente al responsable del tratamiento los derechos de supresión, bloqueo y oposición, establecidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva, por lo que si se entiende que los buscadores pueden ser considerados como “responsables del tratamiento” en supuestos como el que nos ocupa, será preciso establecer el alcance y los límites de su responsabilidad. Dicho de otra forma, si, en la tutela de tales derechos, el buscador debe ser considerado responsable principal o tan solo subsidiario respecto al titular de la página web en la que están alojados dichos datos o en relación con la autoridad que ordenó su publicación.

6.2. El Sr. Costeja solicitó inicialmente la tutela de su derecho (oposición al tratamiento de sus datos) contra el periódico “La Vanguardia” pero ante la negativa de dicho periódico a retirar sus datos se dirigió contra el buscador de Google, (presentado una solicitud dirigida a Google Spain) que también le denegó la tutela pretendida.

El interesado solicitó la tutela de su derecho ante la AEPD contra el grupo Google (Google Spain y Google Inc) y frente a la Vanguardia.

La AEPD en la resolución administrativa impugnada en este proceso consideró que la publicación de los datos del afectado en el citado periódico (en su sección online “Hemeroteca”) estaba justificada legalmente al estar acordada por la unidad de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social y amparada por los artículos 645 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil y en el art. 117.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, apreciando la necesidad de publicar las subastas de inmuebles para conseguir mayor concurrencia de licitadores. A tal efecto, el Real Decreto 1415/2004 regula el procedimiento ejecutivo por deudas a la Seguridad Social que permite el embargo y la posterior subasta de los bienes inmuebles del deudor para el pago de dichas deudas. Y el art. 117 de dicha norma establece que el anuncio de la subasta se “publicará en el tablón de edictos y anuncios de la Seguridad Social situado en su sede electrónica” pero se permite también que “Cuando, a juicio del director provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, sea conveniente para el fin perseguido y resulte proporcionado con el valor de los bienes, el anuncio de la subasta podrá publicarse también en medios de comunicación de gran difusión o en publicaciones especializadas” (la Vanguardia es un periódico de gran difusión), estableciéndose, por último en este precepto que en el anuncio de la subasta se incluirá, entre otros datos, la descripción de los bienes y su titularidad, circunstancia que motivó la inclusión de los nombres y apellidos del afectado en cuanto titular de la mitad indivisa del inmueble que se subastaba.

El Sr. Costeja no recurrió la resolución de la AEPD, por lo que se conformó con la decisión administrativa respecto a la denegación de la tutela de su derecho frente a “La Vanguardia”.

Sin embargo, la AEPD accedió a la tutela de sus derechos del afectado frente a Google Spain y Google Inc, instándoles a la adop-

ción de las medidas necesarias para retirar los datos de su índice impidiendo el acceso futuro a los mismos.

6.3. El Dictamen 1/2008 WP 148, emitido el 4 de abril de 2008 por el Grupo sobre protección de datos del artículo 29, por lo que respecta a la responsabilidad de los buscadores considera que *“El principio de proporcionalidad requiere que, en la medida en que un proveedor de un motor de búsqueda actúe exclusivamente como intermediario, no debe considerarse como responsable principal del tratamiento de datos personales efectuado. En este caso, los responsables principales del tratamiento de datos personales son los proveedores de información. La responsabilidad formal jurídica y práctica de los datos personales que incumbe al motor de búsqueda se limita generalmente a la posibilidad de retirar datos de sus servidores. Por lo que se refiere a la retirada de datos personales de su índice y de sus resultados de búsqueda, los motores de búsqueda tienen una responsabilidad suficiente para considerarse responsables del tratamiento (solo o conjuntamente con otros) en estos casos, pero la medida en la que existe una obligación de retirar o bloquear datos personales puede depender de la legislación en materia de responsabilidad civil y de las normas en materia de responsabilidad del Estado miembro en cuestión”*.

6.4. La duda se centra en determinar el alcance de las obligaciones de los buscadores para tutelar de forma directa los derechos de supresión y oposición de los afectados, en virtud de un requerimiento acordado por la Agencia de Protección de Datos, cuando esa información no ha sido previamente suprimida de la página de origen o, incluso, en aquellos supuestos en los que la publicación de dicha información en la webmaster se considere lícita al amparo de una norma legal o de la aplicación concurrente de otros derechos (derechos de información entre otros).

El requerimiento contra “Google” para que retire de su buscador la información contenida en la página web de un tercero considerándolo como responsable directo, plantea inicialmente la dificultad de

que éste no puede discutir la licitud o exactitud de una información que ni ha publicado ni puede modificar, al limitarse a indexarla sin conocer ni controlar el contenido de la misma. Es el titular de la página web el que conoce y controla el contenido de dicha información y el que puede defender frente al afectado el mantenimiento de la misma por la prevalencia de otros derechos (derecho de información, libertad de expresión etc) o por el cumplimiento de obligaciones legales que puedan entenderse prioritarias, así como defender la proporcionalidad de los datos en relación con el fin perseguido. Y es este mismo titular de la página web el que tiene a su alcance, con las herramientas existentes en el mercado (“robots txt”; y los códigos “noindex” o “noarchive”), la decisión de si su contenido puede o no ser indexado por los buscadores o consultado por terceros.

La supresión o cancelación de estos datos del buscador podría incidir en los derechos del titular de la página web (tales como el derecho de información, libertad de expresión u otros) o en el cumplimiento de las obligaciones legales que tiene contraídas sin que haya tenido oportunidad de defenderlos.

6.5. También es necesario ponderar si la adopción de tales medidas puede cumplir la finalidad que se persigue sin dañar los derechos de terceros. La empresa recurrente alega la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas sin incidir en el derecho de otros usuarios. Afirma, que si se eliminara las palabras coincidentes con el nombre y apellidos del afectado del índice que utiliza el buscador las referencias a las páginas web se seguirían indexándose si se mantuviese la información en la página web de origen. Y aunque se suprimiera solo respecto a la referencia de una página web determinada tampoco serviría, pues esta misma información puede haber sido replicada en otras páginas web. Y si se eliminan todos los contenidos relacionados con los datos del afectado, no solo se suprimiría de la noticia o información solicitada sino toda la información existente en internet relacionada con esa

persona (incluyendo aquella información que sí desea que se conozca y se difunda), y toda información asociada con terceros cuyo nombre y apellidos coincidiese con el afectado, lesionándose los derechos de estos.

6.6. No se pueden desconocer otros aspectos del problema relacionados con la eficacia y proporción que las medidas adoptadas e impuestas a los buscadores tendrían para la tutela del derecho del afectado. Si la cancelación y bloqueo se solicita directa y exclusivamente frente un buscador determinado (en este caso Google), no se impediría que dicha información siga estando publicada en la página de origen y, por tanto, pueda ser localizada por cualquier usuario que acceda a la misma y por los demás buscadores que operan en el mercado. Ello permite a día de hoy que esta información, cuyo bloqueo se pretenden, no solo siga publicada y pueda ser consultada en la página de origen sino que además pueda ser localizada e indexada por los demás buscadores que operan en el mercado.

6.7. Frente a ello, no puede desconocerse la necesidad de proporcionar una tutela efectiva a la protección de datos del afectado. La facilidad con que se replica una información en otras páginas web, la posibilidad de cambiar el nombre y ubicación de la página reproduciendo la misma información y la dificultad añadida de tener que actuar frente a páginas web que pueden estar ubicadas en otro Estado, puede hacer ineficaz y excesivamente gravosa la tutela de los derechos del afectado si tiene que dirigirse, con carácter principal, contra todas las páginas web en la que se aloje dicha información. La tutela directa de sus derechos frente al buscador tiene la ventaja de que impide, o al menos dificulta enormemente, la fácil localización y la difusión generalizada de los datos que trata de proteger y los peligros que supone la utilización de estos buscadores para tener acceso a todos los datos de una persona física elaborando, incluso perfiles personales. Sin olvidar que es el afectado el que debe determinar el

alcance que la tutela de sus derechos debe tener, siempre que ello sea conforme con la normativa vigente.

6.8. En base a estas consideraciones este Tribunal alberga dudas sobre el alcance de la responsabilidad de los buscadores en la tutela de los derechos contenidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46/CE que pueden plantearse en los siguientes términos:

¿Puede la autoridad nacional de control de datos (en este caso la Agencia Española de Protección de Datos), tutelando los derechos contenidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46/CE, requerir directamente al buscador para exigirle la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin dirigirse previa o simultáneamente al titular de la página web en la que se ubica dicha información?

¿Se excluiría la obligación de los buscadores de tutelar estos derechos cuando la información que contiene esos datos se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen?

La cuestión planteada es relevante para este litigio pues la Agencia Española de Protección de Datos consideró que la publicación de la información que contenía sus datos era lícita y estaba justificada en una norma legal permitiendo que se mantuviese en la página web de origen, y, sin embargo, dirigió un requerimiento al buscador de Google para que retirase dicha información de sus índices.

7. Alcance de los derechos de supresión y bloqueo (cancelación) y/oposición al tratamiento que tiene el afectado: eventual inclusión de su “derecho al olvido”.

7.1. Finalmente se plantea en este recurso el alcance y contenido que deben tener los derechos de bloqueo, supresión y/o oposición del afectado. La determinación de si existe un poder de disposición del particular sobre las informaciones que se publican en la red sobre su persona, incluyendo el llamado “derecho al olvido”, en especial

cuando se ejercitan frente a un buscador, aparece íntimamente vinculada con la cuestión debatida en este litigio y se constituye como uno de los aspectos nucleares de la presente polémica.

7.2. La Agencia de Protección de Datos considera que el particular puede instar la cancelación de sus datos o de alguna información que le afecte, cuando entienda que esta “atenta o puede atentar” a su dignidad, entendida como un concepto amplio.

Por el contrario, las empresas recurrentes niegan que exista en la normativa española y comunitaria en materia de protección de datos el “pretendido derecho al olvido” como el que utiliza la AEPD para justificar su actuación.

7.3. El problema se centra, por tanto, en determinar si el derecho de protección de datos, contenido en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y regulado en la Directiva comunitaria 95/46/CE, y en especial por lo que se refiere al ejercicio de los derechos de cancelación, supresión y/o oposición en los términos previstos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva, comprende el deseo o voluntad de una persona, incluyendo el derecho al olvido, a que una determinada noticia o información que aparece vinculada a ella y que permite identificarla, no pueda ser indexada, mantenida indefinidamente y difundida por los buscadores en internet.

No debe olvidarse que de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva los datos tratados no solo han de ser adecuados, pertinentes, no excesivos y exactos cuando se recaban sino cuando posteriormente son tratados.

En el caso que nos ocupa, la información cuya cancelación y bloqueo se solicita debe reputarse completa y exacta en su origen, ninguna objeción se ha formulado en tal sentido ni por el afectado ni por la resolución administrativa que tutela este derecho frente a Google. El problema surge respecto de la permanencia en el tiempo de dicha información en la red y la posibilidad de ser localizada de forma sencilla por cualquier usuario utilizando los buscadores.

7.4. Las medidas adoptadas respecto a la empresa que gestiona el buscador han de ser necesarias y adecuadas para proteger los derechos del afectado, pero también han de ser proporcionadas y eficaces en la medida en que afectan o pueden afectar no solo a la actividad y fines que persiguen los motores de búsqueda en la sociedad actual y al desarrollo de su actividad comercial, sino también en relación con los derechos y libertades de terceros (los titulares de páginas web en el que se aloja dicha información y los derechos y libertades a recibir y comunicar información de los internautas, e incluso el cumplimiento de obligaciones legales), que habrá de ponderar y abordar en relación a la cuestión que se plantea.

Se parte de la importancia que los buscadores tienen en la sociedad actual, al permitir una fácil y rápida localización de la ingente cantidad de información que existe en internet, contribuyendo de forma decisiva a que la misma sea accesible de forma inmediata a un gran número de usuarios en el mundo y, consecuentemente, al desarrollo de la sociedad de la información y a la creación de una opinión pública mejor informada, por lo que el uso o tratamiento de esos datos (suponiendo que exista dicho tratamiento) podría estar amparado por el interés legítimo que cumplen los buscadores en la transmisión y localización de datos e información en nuestra sociedad y en el derecho a obtener información por parte de los usuarios. No cabe desconocer tampoco la importancia que esta herramienta tiene para los titulares de las páginas web en las que se aloja dicha información, pues si la difusión de sus contenidos se restringe se vería afectado también su derecho a transmitir información por internet. Es más, podría incidir en el correcto funcionamiento de los servicios públicos y los mecanismos previstos en la ley para cumplir los fines que le han sido encomendados, piénsese que en el supuesto que nos ocupa se estaría restringiendo la publicidad de una subasta pública ordenada por una Administración pública que utiliza este medio precisamente para permitir la concurrencia de licitadores que quieran pujar para adjudicarse el bien inmueble.

7.5. Frente a ello cabe plantearse si cuando el afectado ejerce su derecho de supresión y bloqueo o cuando utiliza su derecho de oposición al tratamiento por “razones legítimas propias de su situación particular” (art. 14.a) en relación con el art. 7.f) de la Directiva), puede comprenderse su voluntad de que no se indexe y difunda la información relativa a su persona, que aun siendo lícita y exacta, considere negativa o perjudicial para su persona, incluyendo su derecho al olvido.

Las razones por las que una persona física puede considerar que una información, incluso aquella que aparentemente pueda aparecer inocua, puede dañar su dignidad o tener una repercusión negativa en su esfera personal, social o profesional pueden ser muy variadas, y en muchas ocasiones tienen un marcado componente subjetivo. El problema se complica por las especiales características que tiene la difusión de la información en internet y el importante papel que tienen los buscadores de contenidos para facilitar la difusión y el conocimiento de esa información que una persona considera perjudicial.

Internet traspasa fronteras y límites temporales y los buscadores potencian ese efecto, permitiendo una difusión global de esa información y facilitando su localización. Ello implica importantes riesgos para la adecuada protección de los datos personales de los ciudadanos, pues al permitir buscar de forma rápida y sencilla toda la información que existe en internet sobre una persona se incrementan las posibilidades de que cualquier usuario tenga acceso a datos e informaciones referidas a una persona que antes eran de difícil localización, permitiendo crear perfiles de las personas y construir un “historial” de su vida y actividades o de su trayectoria económica o profesional. Y este riesgo no solo existe respecto de personas con proyección pública o mediática sino que afecta a cualquier ciudadano que ve como se incluyen en internet una gran cantidad de datos o informaciones relacionados con su persona que afectan a aspectos cotidianos de su actividad diaria. La información o los datos

que se incluyen en Internet tampoco tienen que estar relacionados, necesariamente, con asuntos de interés informativo o trascendencia general.

Por otra parte, una información que antes de la aparición de estas nuevas tecnologías tenía una difusión limitada territorial y temporalmente, y que al cabo del tiempo caía en el olvido, en estos momentos puede ser localizada fácilmente, con una difusión global, y sobre todo no se olvida, permanece en la red indefinidamente. Esto supone un peligro añadido y potencialmente muy grave para la protección de datos de las personas pues una información, aun lícita y exacta en su origen, por el transcurso del tiempo puede haber dejado de ser actual al haber sido superada por acontecimientos posteriores que la desvirtúan o minimizan y, sin embargo, cada vez que se teclea el nombre de una persona en un buscador vuelve a recordarse aquel acontecimiento o información relacionado con su persona.

Aún en aquellos supuestos en los que la información sea reciente, el afectado, consciente de que esa información que se incorpora a Internet podrá ser localizada a lo largo de toda su vida, puede tener interés en que su difusión no se propague y le persiga a lo largo de toda su vida y la de sus descendientes. En términos más amplios se podría plantear si una persona tiene derecho a que no se localicen por los buscadores aquellas noticias o informaciones, que en cuanto permiten identificarla y relacionarla con dicha información, no desea que se mantengan en Internet y sea conocida por todos los internautas, reduciendo el número de datos e informaciones sobre su persona que desean que sean conocidas por los demás.

Las herramientas tecnológicas actuales, especialmente los motores de búsqueda, potencian que los afectados estén sometidos permanente a la exposición pública y general sobre un hecho o acontecimiento que, aun siendo cierto, no desea que le sea recordado permanentemente y cuyo conocimiento puede perjudicarle en su entorno social y profesional.

Pero, por otra parte, si se admite que el derecho de cancelación y oposición permite que una persona pueda decidir la información que desea que se conozca y se difunda en la red y cual no, se estaría admitiendo que la información disponible puede ser “filtrada”, y en cierta forma censurada por el afectado, corriéndose el peligro de que tan solo se difunda aquella que le beneficia, limitando aquella que, aunque sea lícita y veraz, no se desea que se conozca. Ello desvirtuaría, en cierta forma, la fiabilidad y objetividad de la información que puede ser consultada.

7.6. Por todo ello este Tribunal plantea la pregunta siguiente:

¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, (regulados en el art. 12.b) y el de oposición (regulado en el art. 14.a de la Directiva 95/46/CE), incluyen la posibilidad de que el interesado puede dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarle o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?

La determinación del alcance de los derechos de supresión, bloqueo (en derecho español cancelación) y oposición del afectado frente a los buscadores de contenidos en internet, incluyendo el derecho al olvido, resulta relevante para la solución del presente litigio pues, tal y como hemos expuesto a lo largo de esta resolución, el interesado al introducir su nombre y apellidos en el buscador de Google aparecen diversos enlaces que le relacionan con el embargo y anuncio de una subasta (en la que se incluían su nombre y apellidos) de un bien inmueble de su propiedad por deudas a la Seguridad Social y aunque este hecho fue exacto y completo cuando se incluyó, el afectado se opone a su tratamiento por entender que el problema que motivó esta subasta está solucionado y resuelto desde hace años, careciendo de relevancia alguna actualmente, y, sin embargo, la

información referida a este hecho sigue apareciendo en el buscador y no desea que sea conocida.

8. Trascendencia de la cuestión prejudicial respecto de otros Estados miembros y otros recursos ante este mismo Tribunal.

Este Tribunal ha justificado lo largo de esta resolución la relevancia que las diferentes cuestiones planteadas tienen para la solución de este litigio. Pero al mismo tiempo no debe dejar de destacarse que los problemas que se suscitan en este recurso y sobre los que se plantean las dudas interpretativas pueden afectar a todos los demás Estados miembros, pues este Tribunal tiene constancia de la existencia de varias resoluciones administrativas y judiciales de otros Estados miembros que ponen de manifiesto el alcance general de este problema y la posibilidad de llegar a soluciones diferentes en la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria en materia de Protección de Datos. Así, se han aportado a este procedimiento varias decisiones o resoluciones de autoridades o tribunales de los Estados miembros, entre ellas cabe destacar: La resolución de la Autoridad Italiana de Protección de Datos de 11 de diciembre de 2008 que declara inadmisibile la petición de cancelación de datos interpuesta por un particular contra la empresa Google Inc al considerar que dicha empresa no esta ubicada en ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea y ejecuta su tratamiento de datos mediante servidores ubicados en EEUU. La Sentencia del “Tribunal de Grande Instance de Paris” de 14 de abril de 2008 que resolvió una demanda presentada por un particular contra las empresas Google Inc., y Google France, en la que se afirma que el servicio se presta exclusivamente por Google Inc., empresa que no está establecida en Francia ni utiliza medios humanos y materiales en Francia, siendo Google France un mero agente comercial, considerando que el tratamiento estará sometido a la normativa Californiana de Protección de Datos. Y la sentencia de 2 de junio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Bruselas que decidió la demanda interpuesta por un particular

contra Google Belgium por la localización en su buscador de una información referida a un juicio al que se vió sometido varios años antes, en la que se consideró que el poder de filtrar los resultados de búsqueda no lo tenía Google Belgium sino Google Inc con domicilio en California.

Debe destacarse, también, que el problema jurídico debatido en este recurso es común a un gran número de procedimientos que se tramitan en este Tribunal (aproximadamente 130), en los que, al igual que en este recurso, la Agencia de Protección de Datos ha dirigido requerimientos directos a la empresa Google para que retire determinados datos de los afectados de su índice e impida que sean localizados por sus buscadores. No hemos considerado procedente plantear tantas cuestiones prejudiciales como recursos existentes, y se ha optado suscitar la cuestión prejudicial tan solo en éste, que, como es lógico, no abarca toda la variada problemática de supuestos que se plantean, a la espera de que la respuesta que nos proporcione el Tribunal de Justicia nos sirva para poder dar una solución uniforme al problema común que en ellos se suscita.

PARTE DISPOSITIVA

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DEL REINO DE ESPAÑA, ACUERDA PLANTEAR AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN, al amparo del art. 267 del TFUE, sobre las siguientes cuestiones:

1. Por lo que respecta a la aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE y, consiguientemente de la normativa española de protección de datos:

1.1 ¿Debe interpretarse que existe un “establecimiento”, en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE, cuando concurra alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- 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,

o

- cuando la empresa matriz designa a 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 Unión Europea, 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?

1.2 ¿Debe interpretarse el art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que existe un “recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro”

cuando un buscador utilice arañas o robots para localizar e indexar la información contenida en páginas web ubicadas en servidores de ese Estado miembro

o

cuando utilice un nombre de dominio propio de un Estado miembro y dirija las búsquedas y los resultados en función del idioma de ese Estado miembro?.

1.3 ¿Puede considerarse como un recurso a medios, en los términos del art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE, el almacenamiento temporal de la información indexada por los buscadores en internet? Si la respuesta a esta última cuestión fuera afirmativa, ¿puede entenderse que este criterio de conexión concurre cuando la empresa

se niega a revelar el lugar donde almacena estos índices alegando razones competitivas?

1.4. Con independencia de la respuesta a las preguntas anteriores y especialmente en el caso en que se considerase por el Tribunal de Justicia de la Unión que no concurren los criterios de conexión previstos en el art. 4 de la Directiva,

¿Debe aplicarse la Directiva 95/46/CE en materia de protección de datos, a la luz del art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el país miembro donde se localice el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela más eficaz de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea?

2. Por lo que respecta a la actividad de los buscadores como proveedor de contenidos en relación con la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos:

2.1. En relación con la actividad del buscador de la empresa “Google” en internet, como proveedor de contenidos, consistente en localizar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y finalmente ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia, cuando dicha información contenga datos personales de terceras personas,

¿Debe interpretarse una actividad como la descrita comprendida en el concepto de “tratamiento de datos” contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46/CE?

2.2. En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa y siempre en relación con una actividad como la ya descrita: ¿Debe interpretarse el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE, en el sentido de considerar que la empresa que gestiona el buscador “Google” es “responsable del tratamiento” de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa?

2.3. En el caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa: ¿Puede la autoridad nacional de control de datos (en este caso la Agencia Española de Protección de Datos), tutelando los derechos contenidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46/CE, requerir directamente al buscador de la empresa “Google” para exigirle la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin dirigirse previa o simultáneamente al titular de la página web en la que se ubica dicha información?

2.4. En el caso de que la respuesta a esta última pregunta fuera afirmativa, ¿Se excluiría la obligación de los buscadores de tutelar estos derechos cuando la información que contiene los datos personales se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen?

3. Respecto al alcance del derecho de cancelación y/oposición en relación con el derecho al olvido se plantea la siguiente pregunta:

3.1. ¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b) y el de oposición, regulado en el art. 14.a) de la Directiva 95/46/CE comprenden que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarle o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?

Documentación que se acompaña.

Como anexo documental al presente Auto se remitirán los siguientes documentos:

ANEXO I – Documentos relevantes del expediente administrativo.

ANEXO II – Demandas presentadas por las empresas Google Spain y Google Inc.

ANEXO III – Contestación a la demanda del Abogado del Estado y de la representación de D. Mario Costeja.

ANEXO IV – Providencia por la que se acordó dar traslado a las partes personadas para que alegasen sobre el posible planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Alegaciones de las partes

ANEXO V – Normativa nacional relevante para el caso que nos ocupa, a los únicos efectos de facilitar su consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos., e Ilmas. Sres., y Sras., al margen citados; doy fe.