



TRIBUNA

La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO

Catedrático de Derecho internacional privado Universidad Complutense de Madrid

Resumen

Con unos días de diferencia las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo han realizado interpretaciones contradictorias del concepto de "responsable del tratamiento de datos personales" y su aplicación con respecto a la responsabilidad –civil y administrativa– derivada del incumplimiento de la legislación de datos personales por el buscador Google. Semejante resultado pone en riesgo la exigencia de interpretación uniforme de ese concepto autónomo de gran importancia en el Derecho de la UE en materia de protección de datos personales.

Palabras clave

Datos personales, responsable del tratamiento, buscador de Internet, responsabilidad, recursos.

Abstract

In a very short period of time different Chambers of the Spanish Supreme Court have rendered contradictory judgments as to the interpretation of the concept of data protection controller with regard to the liability - compensation before civil courts and public law sanctions- arising out of the breach of data protection law by the Google search engine. Such conflicting approaches jeopardize the uniform interpretation of a particularly important autonomous concept of EU data protection Law.

Keywords

I. SOBRE EL CONCEPTO AUTÓNOMO DE RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO

La STS (Sala Primera, de lo Civil) 210/2016, de 5 de abril (Rec. 3269/2014) opta de manera expresa por una interpretación de un concepto autónomo de Derecho de la UE («responsable del tratamiento de datos personales») contraria a la efectuada sólo días antes por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo TS —entre otras, STS 574/2016, de 14 de marzo (Rec. 1380/2015)—, y lo hace con un planteamiento en el que llama la atención la manifiesta desconfianza del TS (Civil) con respecto a los mecanismos desarrollados en el ámbito de la litigación internacional en materia civil en el seno de la UE para la tutela de una parte débil merecedora de especial protección o para la efectividad de un derecho fundamental como el derecho a la protección de datos también frente a empresas domiciliadas en el extranjero, incluso fuera de la UE.

Estas sentencias del TS abordan, entre otras, la cuestión de si la filial Google Spain SL, con domicilio en España y dedicada en principio básicamente a la comercialización de publicidad, debe ser responsable con respecto al tratamiento de datos llevado a cabo por el motor de búsqueda Google, gestionado por Google Inc, con domicilio en EEUU. Por lo tanto, este aspecto de la controversia no trata sobre si existe o no responsabilidad sino únicamente acerca de si es imputable sólo a Google Inc o si también lo es a Google Spain SL por ser corresponsable del tratamiento de datos por parte del buscador. En síntesis, la Sala de lo Contencioso-Administrativo considera que sólo Google Inc., sociedad con domicilio en EEUU y gestora del motor de búsqueda, es responsable del tratamiento de datos personales, mientras que la Sala de lo Civil considera corresponsable del tratamiento de datos por parte del buscador a Google Spain SL, la filial con sede en España.

No trata sobre si existe o no responsabilidad sino de si es imputable sólo a Google Inc o si también lo es a Google Spain SL

Las posturas contrapuestas entre ambas salas del Tribunal Supremo aparecen reflejadas con claridad en los siguientes textos.

Contra el criterio de la Agencia Española de Protección de Datos y de la Audiencia Nacional, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS concluyó que:

«hablar de corresponsabilidad supone un examen de la situación fáctica y comprobar que la entidad en cuestión tiene una participación concreta e identificada en la determinación de los fines y medios del tratamiento de que

se trate, tratamiento que en este caso y según se declara por el TJUE... "consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado". En este caso no se identifica por la Sala de instancia ninguna actividad de Google Spain que suponga la participación en esa actividad del motor de búsqueda. Por el contrario y como recoge el TJUE en el fundamento 46 de la citada sentencia, el Tribunal remitente señala que Google Inc. gestiona técnica y administrativamente Google Search y que no está probado que Google Spain realice en

España una actividad directamente vinculada a la indexación o almacenamiento de información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros... De ahí que solo Google Inc. es la responsable del tratamiento pues a ella corresponde en exclusiva la determinación de los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales.» (Fdto. Dcho. 3.º, STS Contencioso-Administrativo 574/2016, de 14 de marzo).

Frente al planteamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, la Sala de lo Civil unos días después afirma:

«8.- ...siendo cierto que Google Inc, en tanto que gestor del motor de búsqueda Google Search, es responsable del tratamiento de datos, y así lo declara la STJUE del caso Google al resolver, en la primera parte de la sentencia, la cuestión de si la actividad de un motor de búsqueda constituye tratamiento de datos personales en el sentido del art. 2.b de la Directiva (apartado 33), también lo es que Google Spain puede ser considerada, en un sentido amplio, como responsable del tratamiento de datos que realiza el buscador Google Search en su versión española (www.google.es), conjuntamente con su matriz Google Inc y, por tanto, está legitimada pasivamente para ser parte demandada en los litigios seguidos en España en que los afectados ejerciten en un proceso civil sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y exijan responsabilidad por la ilicitud del tratamiento de datos personales realizado por el buscador Google en su versión española.

Por ello debe considerarse correcta la afirmación de la Audiencia Provincial de que Google Spain está legitimada pasivamente para soportar la acción ejercitada por una persona afectada por el tratamiento de esos datos personales realizado por el buscador Google en defensa de sus derechos de la personalidad y de su derecho a la protección de datos personales.» (Fdto. Dcho. 3.º STS (Sala Primera, de lo Civil) 210/2016, de 5 de abril).

Desde la perspectiva del Derecho de la UE, tal vez no haya ningún precedente de un Tribunal supremo de un Estado miembro que con días de diferencia interpreta de manera expresamente contradictoria un concepto tan relevante del Derecho de la UE, sin plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Además, resulta llamativo que la Sala de lo Civil del TS no sólo se separa de la posición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo sino también de la interpretación ampliamente extendida en tribunales de otros Estados miembros de la UE sobre este particular o, por lo menos, así lo entendió la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que cita en ese sentido resoluciones coincidentes sobre este particular de varios Estados miembros: Alemania, Francia, Italia, Países Bajos... (véase, en particular, Fundamento de Derecho Octavo de la STS 574/2016, de 14 de marzo).

Para justificar que la divergencia resulta admisible, la STS (Civil) de 5 de abril afirma que la existencia de distintos criterios rectores en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa se corresponde con la diversidad de las normativas que con carácter principal se aplican por unas y otras, así como que si bien la Sala de lo Contencioso-Administrativo resuelve con relación a resoluciones dictadas en un procedimiento administrativo por la Agencia Española de Protección de Datos, su sentencia recae en un proceso civil que tiene por objeto la protección de derechos fundamentales del demandante (ap. 13 del Fdto. Dcho. Tercero de la STS de 5 de abril). Ahora bien, lo cierto es que tanto en uno como en otro caso de lo que se trata sobre este particular es de determinar si Google Spain SL es «responsable del tratamiento» en el sentido del art. 2.d) de la Directiva 95/46/CE —art. 3.d) de la LOPD—, lo que en el proceso civil en el que recae la STS de 5

de abril resulta presupuesto del derecho a indemnización de los interesados con base en el art. 19 LOPD. No se plantea por parte del TS que la eventual responsabilidad civil de Google Spain SL pueda tener un fundamento distinto que su consideración como responsable del tratamiento de datos personales.

Ahora bien, no parece posible afirmar que la atribución de la condición de responsable del tratamiento de datos personales en el sentido de la Directiva 95/46/CE (y de la LOPD) pueda variar con respecto a una misma actividad —el funcionamiento del motor de búsqueda— en función de que se trate de un procedimiento administrativo o de un proceso civil relativo a la reparación del daño causado como consecuencia de la infracción de la legislación sobre datos personales. De cara a la imputación de responsabilidad a Google Spain SL por parte de la Sala Civil lo determinante es su condición de corresponsable del tratamiento a efectos de la legislación sobre protección de datos personales, de cuyo incumplimiento deriva la responsabilidad administrativa, pero también la civil. Conforme al art. 19.1 LOPD (que traspone el art. 23 de la Directiva), el derecho a indemnización se atribuye a los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la LOPD por el responsable o el encargado del tratamiento sufran daño o lesión en sus bienes. El responsable a esos efectos debe ser el mismo que a los efectos de ser objeto de las sanciones administrativas reguladas en los arts. 43 y siguientes LOPD, incorporando también disposiciones de la Directiva 95/46/CE, lo que resultaría incompatible con la elaboración de un concepto de responsable «más amplio» a los efectos de la atribución de responsabilidad civil cuando los interesados ejerciten acciones basadas en su derecho a indemnización como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la LOPD.

La Sala de lo Civil del TS no cuestiona que la Sentencia del Tribunal de Justicia *Google Spain* de 13 de mayo de 2014, precedente fundamental en este ámbito, se pronunció tan sólo sobre la condición de responsable del tratamiento del gestor del motor de búsqueda, circunstancia que en la cuestión prejudicial planteada en su momento al Tribunal de Justicia se atribuía a Google Inc. De hecho, de haber sido considerado responsable Google Spain SL todo el debate en la Sentencia del Tribunal de Justicia sobre si la eventual determinación de un establecimiento del responsable en España, como elemento determinante de la aplicación de la legislación europea sobre protección de datos, hubiera resultado superflua, ya que es evidente que Google Spain SL tiene su establecimiento en España. Por eso, la vinculación entre Google Inc y Google Spain SL fue una circunstancia determinante en la sentencia del TJUE no para establecer el responsable del tratamiento sino para concretar el alcance de las normas sobre el ámbito de aplicación espacial de la legislación europea sobre protección de datos, de cara a establecer que la misma resulta aplicable a Google Inc. en tanto que responsable del tratamiento pese a tratarse de una sociedad domiciliada en EEUU.

Es conocido que el art. 2 LOPD —que incorpora el art. 4 de la Directiva 95/46/CE— prevé la aplicación de la legislación española, en particular, cuando «el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento». La vinculación existente entre Google Inc. y su filial en España Google SL llevó al Tribunal de Justicia a concluir sobre este particular que el art. 4 de la Directiva «debe interpretarse en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro». Por lo tanto, parece desprenderse la idea de que en principio

responsable del tratamiento sería, en un caso como ese, la sociedad gestora del buscador y no la filial, si bien la vinculación con ésta sería determinante para apreciar que el tratamiento tiene lugar en el marco de las actividades de un establecimiento en España del responsable, lo que viene confirmado por la jurisprudencia (incluso posterior) del Tribunal de Justicia sobre la amplitud del concepto de establecimiento a estos efectos.

II. ADAPTACIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABLE PARA FACILITAR LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE DEMANDADOS DOMICILIADOS EN ESPAÑA

Lo esencial de la argumentación de la Sala de lo Civil del TS para llegar a un resultado contrario al alcanzado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo se contiene en los párrafos 9 a 12 del Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia de 5 de abril. Básicamente, la sentencia de la Sala de lo Civil fundamenta su criterio en la circunstancia de que tener que demandar en España a una empresa extranjera (y no a su filial española) supone en este caso frustrar el objetivo de asegurar una protección eficaz de los derechos fundamentales, obstaculizando la efectividad de las normas que tutelan el derecho fundamental a la protección de datos, que va referido a personas físicas. Insiste el Tribunal en las dificultades prácticas asociadas a tener que litigar en España contra un demandado domiciliado en el extranjero, poniendo de relieve que:

«...la inmensa mayoría de las personas tendría enormes dificultades prácticas para interponer la demanda de protección de sus derechos fundamentales contra una sociedad domiciliada en Estados Unidos y obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos en un plazo razonable, tanto por el elevado coste que supone la traducción al inglés de la demanda y la documentación que le acompaña, como por la dilación que implicaría la inevitable tardanza en el emplazamiento de dicha sociedad, al tener que acudir a los instrumentos de auxilio judicial internacional, con lo que se prolongaría la situación de vulneración de sus derechos fundamentales. Y, sobre todo, en caso de obtener una sentencia condenatoria, si la demandada no le diera cumplimiento voluntariamente, el ciudadano afectado debería solicitar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia en los Estados Unidos de América, con el coste y las dificultades, tanto de orden teórico como práctico, que ello trae consigo».

Aunque esas afirmaciones puedan ser tenidas en cuenta en el plano práctico (por ejemplo, para cuestionar eventualmente la exigencia de traducción a un idioma extranjero de la demanda frente a una empresa que ofrece de manera generalizada sus servicios en español), no parecen determinantes para apreciar la condición de responsable del tratamiento en la legislación sobre datos personales, a cuyos efectos parecería más relevante, como señaló la Sala de lo Contencioso-Administrativo, haber valorado la situación fáctica y la eventual participación de la filial en la determinación de los fines y medios del tratamiento de que se trate, de acuerdo con la interpretación de las disposiciones relevantes de la Directiva 95/46/CE.

Por otra parte, cabe reseñar que el peso atribuido a esos elementos de dificultad práctica por la Sala de lo Civil del TS contrasta con la circunstancia de que el mecanismo de protección establecido en el orden civil por la legislación de la UE para proteger a una parte débil en las transacciones internacionales se basa precisamente en facilitar que la parte débil (consumidor, trabajador, asegurado...) pueda demandar ante los tribunales de su propio domicilio a una empresa domiciliada en el extranjero, incluido un tercer Estado, unido a la aplicación de la normativa de protección del foro. Esto último es lo que aseguró la sentencia *Google Spain* en caso de demandas

dirigidas contra Google Inc (sin perjuicio de acompañar la aplicación imperativa de la legislación sobre protección de datos en las acciones de indemnización con el recurso a la regla de conflicto del art. 10.9 Cc que cabe entender que conduce en situaciones como esa también a la ley española).

Tener que demandar a una empresa extranjera impediría una protección eficaz de los derechos fundamentales

Pero no sólo eso, la idea de que la supuesta víctima pueda demandar ante los tribunales de su domicilio (centro de vida) a quienes (teniendo su domicilio en el extranjero) infringen sus derechos de la personalidad, incluido el derecho a la protección de datos personales ha constituido también un elemento clave de la evolución del DIPr de la UE con el objetivo de favorecer a los afectados, como refleja la conocida sentencia del TJ en el asunto *eDate Advertising y Martínez*. De hecho, con respecto al nuevo Reglamento europeo sobre protección de datos, cabe reseñar que ya en su Propuesta incluyó ciertas reglas de competencia judicial internacional, que para proteger al

afectado contemplan la posibilidad con carácter general de que la víctima pueda demandar ante los tribunales de su propia residencia habitual a responsables establecidos en el extranjero (art. 75.2).

Precisamente, a la luz de esta última disposición cabe entender que la exigencia de un recurso judicial efectivo prevista en la Directiva 95/46/CE, y a la que hace referencia la Sala de lo Civil como fundamento de su interpretación extensiva del concepto de responsable del tratamiento, no requiere en realidad que la acción judicial deba dirigirse contra un demandado domiciliado en el foro, frente a lo que parece desprenderse de la STS de 5 de abril. Más llamativa resulta la referencia en la mencionada sentencia a la eventual necesidad de ejecución en EEUU de la sentencia que pudiera adoptarse contra Google Inc., sin tener en cuenta que tal exigencia sólo se plantearía con respecto a una eventual condena de cantidad si la condenada no tiene bienes en España (ni otros Estados miembros del Reglamento Bruselas I bis), dándose la circunstancia en este caso de que Google Inc. tendría precisamente, como mínimo, una filial en nuestro país.

Tal vez un elemento que subyace en el planteamiento de la sentencia de 5 de abril es una reacción a la deficiente aplicación tradicional del marco normativo relativo a la sociedad de la información, la protección de los consumidores y la protección de datos personales (y previamente los juegos de azar) a los prestadores de la sociedad de la información establecidos en terceros Estados. A tales prestadores en la medida en que dirijan sus actividades al mercado español, les es típicamente de aplicación la LSSI (especialmente arts. 2.2 y 4), la legislación sobre datos personales, la legislación sobre consumo (incluido las relativas a cláusulas abusivas), la legislación publicitaria... La deficiente aplicación, especialmente por las autoridades públicas con funciones de supervisión y sanción, de estas normas ha contribuido, entre otras negativas consecuencias, a una cierta desventaja competitiva en el mercado europeo de las empresas europeas, y no se justifica por la circunstancia de que el domicilio de las empresas que han permanecido en gran medida al margen de una aplicación efectiva de esas normas se encuentre en un tercer Estado, pues su presencia en el mercado europeo facilita la efectividad de las medidas —tanto administrativas como civiles— que se puedan adoptar contra ellas.