Procedimiento Ordinario 119/2020 — 1 2

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO 4 DE GAVÀ

D.ª Ana María Soles Suso, Procuradora de los Tribunales y de **GOOGLE LLC**, con domicilio en 1600 Amphitheatre Parkway Mountain View, California 94043, Estados Unidos, tal y como consta acreditado en autos, bajo la dirección letrada de D. Javier Martínez Bavière, letrado del ICAM número 65.610, ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

I. Con fecha 26 de octubre de 2020, mi representada fue emplazada para contestar a la demanda de juicio ordinario en acción de tutela judicial del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen interpuesta por **D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO DE ESPINOSA SOLBES**, frente a Google LLC, que fue posteriormente ampliada el 9 de noviembre de 2020 para dirigirla asimismo frente a D. **MIGUEL ÁNGEL GALLARDO ORTIZ** y, como responsable civil subsidiario, frente a "**ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y ESTUDIOS DE DELITOS, ABUSOS Y NEGLIGENCIAS EN INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS, APEDANICA**".

II. Por medio del presente escrito, dentro del plazo conferido al efecto, formulo **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 405 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, "LEC"), sobre la base de los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho.

HECHOS

Negamos los hechos de la demanda en tanto no sean expresamente reconocidos en el presente escrito.

Previo

La demanda que contestamos pretende, con la excusa de una supuesta intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen del actor, el bloqueo de dos enlaces[1] (pág. 3 de la Demanda) que aparecen entre los resultados del buscador Google tras realizar una búsqueda a partir del nombre del Sr. Montero de Espinosa. Los resultados de búsqueda que el Sr. Montero de Espinosa pretende lesivos de su honor remiten a dos

[1] http://cita.es/negociaciones/prohibidas/
http://www.miguelgallardo.es/miguel-angel-montero-de-espinosa.pdf

publicaciones realizadas por los codemandados, D. Miguel Ángel Gallardo Ortiz y la asociación APEDANICA, en sus propias páginas web.

En particular, uno de los enlaces disputados remite a un blog de noticias en el que se publica un extracto de una noticia publicada del año 2007 del diario La Voz de Asturias y en la que se informa del procedimiento penal seguido frente al actor por los hechos que determinaron su condena por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas como Inspector de Trabajo. En particular, **el Sr. Montero de Espinosa fue acusado por la Fiscalía de aceptar sobornos a cambio de archivar expedientes de la Inspección de Trabajo, y de asesorar a empresas con expedientes que estaban siendo tramitados por otros compañeros. Como veremos, el Sr. Montero fue finalmente condenado por un delito continuado de cohecho pasivo y otro de negociaciones prohibidas a los funcionarios**. El otro enlace disputado remite a una publicación de 2017 en la que el codemandado Sr. Gallardo, en el contexto de unos emails intercambiados con el actor, rechaza abiertamente censurar la publicación a la que nos hemos referido. A la vista de esas comunicaciones, es evidente que lo que subyace es una disputa entre el Sr. Gallardo y el Sr. Montero de Espinosa en la que mi representada no tiene absolutamente nada que ver, ni sería razonable que tome partido en tanto la controversia no sea resuelta, bien directamente entre el actor y el codemandado, bien por una autoridad competente, como el Juzgado al que nos dirigimos, en ningún caso antes, toda vez que la eventual ilicitud de la información disputada no es ni mucho menos evidente.

Esta parte no acierta a entender el motivo por el cual el Sr. Montero de Espinosa dirige la presente demanda contra mi representada cuando el editor de las informaciones es una persona perfectamente identificable y ha sido traído como codemandado al presente procedimiento, en el que siquiera hay una pretensión indemnizatoria. Esta forma de proceder carece de toda justificación pues, al margen de que quien presta el servicio del buscador no tiene responsabilidad alguna por los contenidos publicados por terceros a los que facilita enlaces mientras no tenga conocimiento efectivo de una ilicitud, el hecho es que, además, en el caso de que los codemandados, que son los editores de las publicaciones, retiraran las publicaciones en cuestión, desaparecerían de forma automática los correspondientes resultados del buscador. En ambos casos, la pretensión del actor quedaría plenamente satisfecha, sin necesidad de arrastrar a mi representada a un procedimiento en el que poco tiene que decir porque desconoce por completo las circunstancias de las publicaciones que nos ocupan.

No es solo que mi representada desconozca las circunstancias que pudieran determinar la ilicitud de esas publicaciones, lo cual basta para desestimar la demanda, es que resulta además que el actor ni siquiera se ha molestado en determinar ni explicar qué expresiones de las publicaciones disputadas considera lesivas de su honor y por qué motivo.

No hay nada en esas publicaciones que pueda considerarse *a priori* ilícito. Es un hecho reconocido de contrario que **el Sr. Montero de Espinosa, en su condición de inspector de trabajo de Barcelona, fue condenado por dos delitos contra la Administración pública**. Según manifiesta el Sr. Montero de Espinosa en su demanda, resulta además que

actualmente continúa desempeñando su actividad profesional como inspector de trabajo y, tal y como manifiesta en el Documento núm. 2 de la demanda, actualmente ejerce el cargo de Jefe de Equipo de la Inspección de Trabajo de Baleares.

La pretensión de bloqueo de esas publicaciones indudablemente veraces, de interés público, relacionadas con su actividad profesional actual y amparadas por el derecho a la libertad de expresión e información carece, por tanto, de toda justificación.

Debemos señalar que la forma de plantear la demanda de contrario, con una confusa mezcla de hechos, fundamentos de derecho y una absoluta falta de claridad en la identificación de la acción ejercitada es del todo contraria a las exigencias de claridad y precisión, y de separación entre hechos y fundamentos de derecho, establecidas en el artículo 399 de la LEC. Sin embargo, para evitar caer en la confusión que trata de provocar el actor, y sin perjuicio de lo que diremos en los Fundamentos de Derecho, es necesario aclarar desde este momento que la acción ejercitada por el Sr. Espinosa no es la de "derecho al olvido", cuyo fundamento estaría en la normativa europea y española en materia de protección de datos. La única acción que ejercita el actor, según confirma el encabezamiento de su demanda, es la de "*tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*", al amparo de la Ley Orgánica 1/82.

En síntesis, la demanda contra mi representada no puede prosperar por los siguientes motivos:

(i) Conforme al artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ("LSSICE"), los buscadores no pueden ser declarados responsables por contenidos publicados por terceros en la Web, salvo que hubieran tenido "conocimiento efectivo" de que la información a la que facilitan enlaces es ilícita y, una vez adquirido ese conocimiento, no "actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente". En este caso, ni existe ninguna resolución que declare la ilicitud de las publicaciones de las que trae causa la demanda, ni hay en toda la demanda una sola línea que conduzca a la conclusión de que las publicaciones en cuestión sean ilícitas, sino todo lo contrario. De hecho, aunque en la demanda únicamente se pide que se condene a Google por una pretendida intromisión en el derecho al honor, el actor no señala ni una sola expresión lesiva de su derecho al honor.

(ii) Esta parte no tiene constancia de ilicitud alguna en las informaciones referidas a la persona del Sr. Montero de Espinosa. El propio actor reconoce en su demanda la veracidad de la publicación disputada. Su relevancia pública está fuera de duda: se refieren a una investigación por la que el actor fue finalmente condenado por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas. Es evidente que tanto la difusión como el acceso a esas informaciones están plenamente justificados y protegidos por el derecho fundamental a la libertad de información y expresión, que debe prevalecer, sin duda, en este caso, sobre el derecho al honor del actor.

(iii) Aunque el actor hubiera ejercitado una acción fundada en el "*derecho al olvido*", en los términos de la Sentencia 13 de mayo de 2014 dictada en el asunto C-131/12

("Sentencia Costeja") del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), al amparo de la normativa en materia de protección de datos personales, que no ha sido así, su pretensión tampoco podría prosperar, porque los enlaces que aparecen al buscar por su nombre remiten a una noticia de relevancia penal referida a su actual actividad profesional y veraz y las comunicaciones que el Sr. Montero de Espinosa ha mantenido por correo electrónico con el editor de dicha publicación, el Sr. Gallardo. En modo alguno podrían considerarse tales publicaciones como inveraces, ni obsoletas, por los motivos que expondremos en el Fundamento de Derecho Tercero. Por tanto, el tratamiento de datos personales del Sr. Montero de Espinosa es, sin lugar a duda, "*necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información*" (artículo 17.3(a) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE ("RGPD"). En efecto, como veremos, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional han precisado que el "*derecho al olvido*" "*no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día*" ni tampoco "*ampara que cada uno construya un pasado a su medida*".

A LOS HECHOS PRIMERO Y SEGUNDO.- Las publicaciones que el Sr. Montero de Espinosa pretende ocultar a la opinión pública son veraces y presentan relevancia penal e interés público y están amparadas por el derecho a la libertad de información y expresión de su autor

Como hemos manifestado en el Previo, el Sr. Montero de Espinosa insta el bloqueo de dos enlaces (pág. 3 de la Demanda) que aparecen entre los resultados del buscador Google tras realizar una búsqueda a partir de su nombre. Uno de los enlaces[2] disputados remite a una publicación realizada en el blog del codemandado, el Sr. Gallardo, que informa sobre el procedimiento penal seguido contra el Sr. Montero de Espinosa por "dar carpetazo" a expedientes incoados ante la Inspección de Trabajo a cambio de cobrar una cantidad de dinero a causa de su intervención en dichos asuntos y por asesorar a empresas que estaban siendo investigadas por otros compañeros de la Inspección de Trabajo. Tal y como reconoce el actor en su demanda, el Sr. Montero de Espinosa fue condenado por estos hechos por la Audiencia Provincial de Barcelona, que calificó sus actos como un delito continuado de cohecho pasivo y otro de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

> Se aporta como Documento núm 1 copia completa de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó al Sr. Montero de Espinosa.

El otro enlace[3] remite a la publicación de los correos electrónicos que han cruzado el demandante y el codemandado, el Sr. Gallardo, y que han sido publicados por este último en su página web, www.miguelgallardo.es.

---

[2] http://cita.es/negociaciones/prohibidas/
[3] http://www.miguelgallardo.es/miguel-angel-montero-de-espinosa.pdf

El Sr. Montero de Espinosa se refiere al contenido de las publicaciones disputadas como "*acusaciones totalmente obsoletas e irrelevantes*". Pues bien, lejos de tratarse de "acusaciones", las publicaciones son informaciones contrastadas y veraces sobre unos hechos claramente noticiables y que determinaron su condena por delitos cometidos en el ejercicio de su –actual– profesión. La relevancia pública de la publicación objeto del procedimiento acerca de la investigación de los delitos cometidos por el Sr. Montero de Espinosa la pone de manifiesto, además la cobertura informativa del proceso en medios de comunicación como La Vanguardia[4] o El Diario Vasco[5].

> Se aporta como Documento núm 2 copia de la noticia de La Vanguardia.
>
> Se aporta como Documento núm. 3 copia de la noticia de El Diario Vasco.

Además, el demandante reconoce que a día de hoy sigue desempeñando su actividad profesional en el mismo ámbito como Jefe de Equipo de la Inspección de Trabajo de Baleares, lo que no hace más que, a juicio de esta parte, aumentar el interés público de la información. El hecho de que a día de hoy el actor siga desempeñando la misma actividad por la que fue condenado por cohecho y negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, determina que la información es plenamente actual, con independencia de que ejerza su actividad en otra localidad. Lo que no puede pretender el Sr. Montero de Espinosa es censurar el acceso y la localización de informaciones sobre su condena, con el fin de edulcorar la realidad a su favor, y construirse así un pasado profesional o currículum a medida.

Los delitos contra la Administración pública, como son el cohecho o las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos son materias de especial interés general en tanto que se trata de delitos públicos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico y relacionados con el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público. La información sobre la lucha contra ese tipo de conductas tiene por ello una especial relevancia pública.

A juicio de Google, el público general y los usuarios del buscador tienen derecho a localizar y acceder a informaciones relacionadas con investigaciones de delitos de esta gravedad. Así lo ha entendido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sentencia de 21 de noviembre de 2017) en un caso de "*derecho al olvido*" en el que el interesado en el bloqueo de resultados de búsqueda ni siquiera había sido condenado, como es el caso del Sr. Montero de Espinosa, sino que únicamente había sido llamado como testigo en el procedimiento:

---

4 https://www.lavanguardia.com/sucesos/20070503/51340478468/multa-de-5-000-euros-para-un-inspector-de-trabajo-por-sobornar-y-asesorar-a-empresas-investigadas.html

5 https://www.diariovasco.com/prensa/20070504/aldia/condenado-inspector-trabajo-sobornos_20070504.html

*"La Sala no puede compartir el criterio de la AEPD, en primer término del carácter obsoleto cuando se trata de noticias de dos ó tres años anteriores, ni tampoco en cuanto a que **noticias relativas a casos de tráfico de influencias o de corrupción política en mayor o menor extensión**, carezcan de relevancia pública o interés preponderante, sino que, muy al contrario, **los ciudadanos exigen en este tipo de conductas la máxima transparencia respecto a los datos de las personas y empresas que resultan favorecidas con adjudicaciones de organismos públicos y por ello el interés público es máximo.***

*SEXTO. - En resumen de lo expuesto, y **partiendo del interés público objetivo de las noticias aparecidas en los diarios o foros en los que se hacía mención al nombre del denunciante, por su relación personal y empresarial con otras personas involucradas en actuaciones policiales y judiciales, respecto de determinadas conductas presuntamente delictivas que fueron objeto de actuaciones policiales y judiciales finalmente archivadas, y teniendo además en cuenta que no existe ninguna constancia de que se trate de datos inveraces ni que afecten a la vida íntima o personal del denunciante**, y que se trata finalmente de noticias acaecidas unos dos o tres años antes de la reclamación interpuesta, considera la Sala que la resolución de la AEPD, instando a la hoy recurrente a procurar las medidas para evitar que el nombre del denunciante se vincule a una serie de numerosas de URL'S, por entender que son datos obsoletos y carentes de interés público preponderante, no resulta conforme a la reiterada doctrina que en esta materia ha sido fijada por la Sala siguiendo la doctrina del TJUE."*

Se aporta como Documento núm 4 copia de la Sentencia de 21 de noviembre de 2017 (Rec. Núm. 38/2016).

Por tanto, esta parte no puede compartir con el actor que las informaciones disputadas carezcan de interés general, más aún cuando se refieren a delitos cometidos por un alto cargo de la Inspección de Trabajo en activo. Es más, aunque el Sr. Montero de Espinosa hubiera ejercitado una acción de "*derecho al olvido*" –que no es el caso–, tampoco estaría justificado el bloqueo de la información disputada, como pondremos de manifiesto en el Fundamento de Derecho Tercero, porque las publicaciones que el Sr. Montero de Espinosa pretende bloquear parecen estar estar amparadas por el derecho a la libertad de expresión e información y presentar interés público, están referidas a su actual actividad profesional y no han sido desmentidas ni contradichas por hechos posteriores y ni siquiera lo son en su demanda, que viene justamente a confirmar la veracidad y actualidad de las informaciones que nos ocupan.

En definitiva, el Sr. Montero de Espinosa pretende ocultar a los usuarios del buscador Google las informaciones relativas al procedimiento penal en el que resultó condenado y las comunicaciones que ha mantenido con el editor de dicha publicación para tratar de ocultar su condena, sin ni siquiera identificar una sola información o expresión que pueda ser considerada lesiva de su honor.

El actor se limita a señalar de forma genérica y sin concreción alguna que en las publicaciones disputadas se vierten acusaciones totalmente obsoletas e irrelevantes hacia su persona y, según él, con total ausencia de credibilidad. El hecho de que ni en el requerimiento previo (documento núm. 2 de la demanda) ni ahora en su demanda el actor transcriba o identifique una sola expresión susceptible de constituir una intromisión ilegítima en su honor, ni tan siquiera explique qué información considera ilícita, además de generar una clara indefensión a esta parte, es plenamente revelador de la falta de fundamento de la demanda. Es evidente que el Sr. Montero de Espinosa no tiene derecho a impedir al público localizar y acceder a las publicaciones objeto de su demanda.

Debemos insistir, aunque sea irrelevante porque corresponde obviamente al actor la carga de alegar y probar la existencia de esas pretendidas lesiones en su derecho al honor, en que esta parte no ha podido encontrar ninguna información que no pueda entenderse perfectamente amparada en la libertad de información y expresión de los autores de las mismas.

El actor arguye que se dirigió a mi representada a través de un requerimiento extrajudicial (Documento núm. 2 del escrito de demanda) en el que, según él, constan debidamente acreditados los derechos infringidos. Pues bien, debemos destacar que ni a lo largo de su escrito de demanda ni tampoco en el requerimiento extrajudicial remitido a mi representada se concreta ninguna afirmación o expresión que deba *a priori* considerarse una intromisión en derecho al honor del actor. En dicha reclamación extrajudicial tampoco queda de ningún modo acreditada la falta de credibilidad de las publicaciones en liza, sino todo lo contrario porque no solo reconoce los hechos sino también la condena impuesta.

No podemos dejar pasar la mención al artículo 10 del RGPD sobre "*datos personales relativos a condenas e infracciones penales*" que realiza el actor en la reclamación extrajudicial que aporta como Documento núm. 2 de su demanda, sin perjuicio de que profundizaremos en ello en los Fundamentos de Derecho. Y es que la interpretación que hace el Sr. Montero de Espinosa de ese precepto, del que quiere prohibir la difusión de informaciones lícitas sobre hechos de relevancia penal, es absurda y contraria a la jurisprudencia dictada por la Audiencia Nacional en la materia, confirmada muy recientemente por el Tribunal Supremo. Como veremos, si únicamente fuera posible tratar datos personales sobre investigaciones penales por parte de Administraciones públicas, ello supondría *de facto* vaciar de contenido el derecho a la libertad de expresión e información y una censura desproporcionada de cualquier información sobre acontecimientos penales.

Contra lo alegado de contrario, el Sr. Montero de Espinosa se dirigió el 19 de febrero de 2020 a Google para ejercitar un derecho de supresión ("derecho al olvido") respecto de dos URLs. Mi representada denegó de forma motivada la solicitud del Sr. Montero de Espinosa tras realizar un juicio de ponderación entre los intereses y derechos relacionados con el contenido en cuestión, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales aplicables. Este hecho es incuestionable.

A LOS HECHOS TERCERO Y CUARTO.- Las publicaciones disputadas están referidas a la actividad profesional del Sr. Montero de Espinosa y no son obsoletas

En los correlativos, el actor hace referencia a un pretendido "*derecho al olvido*", que no es la acción que ejercita en este procedimiento. Por razones de orden y rigor rebatiremos esas alegaciones oportunamente en los Fundamentos de Derecho.

Nos gustaría sin embargo precisar que cuando el actor se dirigió a mi representada para ejercitar su "*derecho al olvido*", como hemos puesto de manifiesto en la contestación al Hecho Segundo, Google realizó una revisión de las URLs disputadas y determinó, tras realizar un juicio de ponderación riguroso, que no procedía el bloqueo solicitado por tratarse de información de relevancia e interés público, referida a la actividad profesional del actor y que, dado que continuaba desempeñando tal actividad, también se trataba de información actual, en aplicación de los criterios fijados por el TJUE, la AEPD y los tribunales españoles.

Nos gustaría poner de manifiesto que **Google es muy consciente de la necesidad de tutelar el derecho a la protección de datos de los ciudadanos y está fuertemente comprometida con ello**. Entre 2014 y 2021 Google ha atendido más de 95.000[6] solicitudes de "derecho al olvido" formuladas por ciudadanos españoles, lo que le ha llevado a analizar, caso a caso, más de 320.000 de URLs, de las cuales ha accedido al bloqueo de más de 105.000, es decir casi un 39%. La inmensa mayoría de los solicitantes ha aceptado la decisión de Google. Menos de un 1% de los solicitantes ha acudido a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) por disconformidad con el criterio de Google. En el año 2020, la AEPD ha avalado la decisión adoptada por Google en más del 95% de los procedimientos que ha admitido a trámite. Menos del 0,1% de los casos son sometidos a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o a tribunales del orden civil que, de manera muy mayoritaria, vienen refrendando la posición de mi representada. Es decir, la forma en la que Google garantiza, caso por caso, el equilibrio entre el "derecho al olvido" y la libertad de información es aceptada por los propios solicitantes, o confirmada por la AEPD o los tribunales, en un porcentaje abrumador.

Y es que Google resuelve esas solicitudes con extraordinaria diligencia y con estricta sujeción a la doctrina del TJUE, tomando en consideración los criterios fijados por las distintas autoridades de protección de datos europeas y la Jurisprudencia de los tribunales nacionales, salvaguardando el derecho a la protección de datos y velando en todo caso por no caer en la censura ni restringir injustificadamente la libertad de información. Como ha manifestado el Tribunal Supremo, el "derecho al olvido" no puede utilizarse para construir un pasado a la medida o un currículum al gusto ni puede suponer "*una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día*".

Esta parte no puede admitir, como se pretende de contrario, que las publicaciones que el Sr. Montero de Espinosa pretende ocultar a la opinión pública resulten, en modo alguno,

---

[6] https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?requests_over_time=country:ES&lu=delisted_urls&delisted_urls=start:1401235200000;end:1606521599999;country:ES&hl=es

obsoletas. El interés público por el procedimiento penal que finalizó con la condena por un delito de cohecho pasivo y otro de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, cometido por el Sr. Montero de Espinosa es manifiesto, no sólo por su objeto sino además porque el hecho de que continúe en el ejercicio de dicho cargo público dota a las informaciones de total actualidad. En efecto, la opinión pública o aquellos usuarios potencialmente interesados, tienen derecho a saber que el Sr. Montero de Espinosa, que actualmente es Jefe de Equipo de la Inspección de Trabajo de Baleares, fue condenado por dos delitos cometidos en el desempeño de su profesión cuando estaba destinado en Barcelona.

El actor busca servirse del buscador Google para limitar el acceso a informaciones veraces, de interés público y relacionadas con su actual actividad profesional, para así imponer a los usuarios de Google una versión manipulada de la realidad.

Además, el demandante atribuye a Google una pretendida vulneración de su derecho al honor por el solo hecho de facilitar resultados a informaciones sobre él publicadas en la Web por terceros ajenos a Google. El actor señala que "(...) *La intención de mi Mandante no es otra que mantener la privacidad e intimidad de su vida personal, pero sobre todo profesionalmente, y la permanencia y acceso por la Demandada de estas publicaciones, no hace más que perjudicar no solo su vida personal, sino también su vida profesional*" (pág. 5 de la demanda). **Sin embargo, no puede sostenerse que las publicaciones relativas al procedimiento penal seguido frente al Sr. Montero de Espinosa, en su condición de Inspector de Trabajo, afecten en modo alguno a la esfera de su intimidad.**

En su demanda, el actor hace igualmente referencia a pretendidas vulneraciones cometidas por mi representada en su más que continua mezcla de hechos y fundamentos de derecho. No obstante nos gustaría precisar desde este mismo momento que la actividad de tratamiento de datos personales que realiza Google, como así ha declarado el TJUE, y es pacífico, está plenamente amparada por el artículo 6(f) del RGPD, y no requiere, en ningún caso, del consentimiento previo del actor. Es más, como ha declarado el TJUE, Google está obligada a denegar solicitudes de "derecho al olvido" cuando el tratamiento de datos sea necesario para proteger la libertad de información (ex artículo 17.3(a) del RGPD). Que Google deba estudiar solicitudes de bloqueo de resultados de búsqueda, como así hace diligentemente con todas las que recibe, no significa que deba atender todas ellas, ni mucho menos una como la del actor, referida a informaciones veraces y de manifiesto interés público. Lo contrario, de hecho, conduciría a una injerencia ilegítima sobre derechos y libertades fundamentales de terceros, contra la doctrina y criterios fijados por el TJUE.

AL HECHO QUINTO.- Neutralidad y ausencia de responsabilidad del buscador de Google por informaciones publicadas en Internet por terceros

El demandante atribuye al buscador Google una pretendida vulneración de su derecho al honor, intimidad y propia imagen por el solo hecho de facilitar resultados de búsqueda que remiten a informaciones y opiniones publicadas en la Web por terceros ajenos a Google, que

son los codemandados, el Sr. Gallardo y la asociación APEDANICA.

Con todo, a la vista del intento de atribuir una responsabilidad a mi representada por esas publicaciones, nos vemos en la obligación de aclarar, en primer lugar, que no es el buscador Google quien publica o quien hace accesible la información publicada en Internet. Las publicaciones en que se informa sobre sucesos relacionados con el actor están accesibles, en cada caso, en las páginas web del Sr. Gallardo y de su asociación.

En efecto, Google, como el conjunto de los motores de búsqueda disponibles en Internet, es una herramienta tecnológica desarrollada para permitir a sus usuarios encontrar información relevante entre la abrumadora cantidad de contenidos accesibles. El buscador refleja de manera totalmente automática y neutral contenidos publicados por terceros. Los motores de búsqueda actúan como un "mero transmisor" o "intermediario", facilitando que la información "transite" desde el sitio web hasta el usuario final. Los buscadores no seleccionan ni modifican la información que aparece en los resultados de búsqueda. En efecto, el buscador de Google, como el resto de herramientas de búsqueda disponibles en Internet, es un reflejo de contenidos publicados por terceros. Así, en los resultados de búsqueda se muestran enlaces a páginas de terceros únicamente mientras los contenidos permanezcan accesibles, y sólo en la medida en que los editores así lo quieran. En efecto, los editores de contenidos, aparte de que pueden optar por eliminar o anonimizar sin más cualquier información, tienen también a su disposición diversos procedimientos (denominados protocolos de exclusión) para limitar o excluir la aparición de determinados contenidos en los buscadores, si así lo consideran oportuno. Esos protocolos, cuyo uso está ampliamente extendido en la industria, se describen con detalle en las páginas de ayuda de Google LLC. Si como consecuencia de este procedimiento el editor de la información, el Sr. Gallardo, fuera condenado a eliminar las publicaciones que nos ocupan, esa acción tendría automáticamente reflejo en los resultados del buscador de Google.

De hecho, no se entiende por qué mi representada es parte en el presente procedimiento. Cualquier medida voluntaria o por orden judicial, si es que procediera, que adoptasen los codemandados con respecto a las publicaciones disputadas se reflejaría automáticamente en el buscador, sin intervención alguna de mi representada.

Asimismo, nos gustaría subrayar que, Google no es editor ni responsable de los contenidos publicados por terceros, y tampoco suscribe o hace suyas las publicaciones de los codemandados o aquellas futuras que puedan realizar.

AL HECHO SEXTO. Inexistencia de daño y ausencia, en todo caso, de responsabilidad del buscador de Google por informaciones publicadas en Internet por terceros

Por último, la parte actora alega, sin justificación alguna, que está "acreditada" la existencia de un perjuicio. Pues bien, esta parte considera que ni está probada la existencia de infracción de su derecho al honor, ni mucho menos la causación de ningún perjuicio moral o

patrimonial que la haga acreedora frente a mi representada de una indemnización, sea cual sea el importe (incluso simbólico) de la misma, con independencia de que el actor se ofrezca a renunciar a ella. El actor no alega ni prueba, en efecto, la ilicitud de la actividad de mi representada, ni ninguna circunstancia de la que pudiera resultar un nexo de causalidad entre esa actividad y ningún supuesto daño.

AL HECHO ÚNICO DE LA AMPLIACIÓN SUBJETIVA DE LA DEMANDA.- La demanda ha sido ampliada únicamente para dirigirla frente al Sr. Gallardo y APEDANICA

El día 9 de noviembre de 2020, una vez había sido emplazada mi representada para contestar a la demanda que nos ocupa, el actor presentó un escrito de ampliación de la demanda con el objeto de dirigirla frente a D. Miguel Gallardo y su asociación, APEDANICA. Sin embargo, el Sr. Montero de Espinosa realiza en su escrito una serie de manifestaciones que, a juicio de esta parte, resultan confusas y que nos gustaría por ello aclarar.

En primer lugar, en los Hechos de ese escrito de ampliación subjetiva se introduce un hecho completamente nuevo, y por completo ajeno al objeto inicial de la litis: un conflicto entre la representación procesal del Sr. Montero de Espinosa y el Sr. Gallardo al que el Sr. Gallardo habría dado publicidad a través de 78 publicaciones en sus distintos sitios web. A la vista de esa alegación, debemos señalar que en su escrito el Sr. Montero de Espinosa se limita a anunciar una ampliación subjetiva de su demanda, sin modificación del objeto del procedimiento ni de sus pretensiones frente a mi representada. Debemos deducir de ello que el actor no formula pretensión alguna frente a mi representada derivada de esas nuevas publicaciones (las nada menos que 78 URLs a que se refiere su último escrito, y respecto de las cuales nunca había ejercitado tampoco derecho alguno frente a mi representada antes de presentar su demanda), y que no hay, por tanto, ampliación objetiva del procedimiento.

Además, indica el Sr. Montero de Espinosa que **el contenido de dichos enlaces serán aportados en el acto de la Audiencia Previa**. Esta parte desea poner de manifiesto que desconocemos el motivo por el que el actor no aporta la captura de pantalla de los enlaces a los que se refiere su demanda –tampoco aporta, dicho sea de paso, el contenido de los enlaces objeto de la demanda– y advierte ya de su intención de hacerlo en un momento posterior, en la audiencia previa. **Esa forma deliberada de proceder es contraria a lo establecido en los artículos 399 y 270 de la LEC** en la medida en que se trata de un documento del cual dispone la parte actora o está en disposición de confeccionar antes de la presentación de su demanda (ex. artículo 270.1 LEC). Con todo, resultaría del todo irrelevante porque, como se ha dicho, el actor no ha solicitado la ampliación del objeto de su demanda que, por tanto, deben continuar siendo exclusivamente las URLs transcritas en la página 3 de su escrito de demanda.

Como es evidente, una alteración del objeto de la demanda, como sería su ampliación a nuevos contenidos, en un momento posterior a la contestación a la demanda, que ni siquiera

han sido examinados por mi representada, ni han sido objeto de ningún requerimiento previo a la demanda, causaría un evidente quebranto del derecho de defensa de mi representada, contra la prohibición de la *mutatio libelli*.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. DE CARÁCTER JURÍDICO-PROCESAL

1. Competencia y procedimiento

Nada que oponer a la competencia del Juzgado al que me dirijo.

2. Capacidad y legitimación de las partes

Nada que oponer a la capacidad y legitimación de las partes.

3. Representación

Esta parte comparece representada por Procurador y bajo la dirección del letrado que suscribe.

B. DE CARÁCTER JURÍDICO-MATERIAL

Primero.- La exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios conforme a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información

La demanda del Sr. Montero de Espinosa no puede prosperar, porque pretende eludir el régimen de exclusión de responsabilidad establecido en el artículo 17 de la LSSICE, con arreglo al cual:

> "*Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.*
>
> *1. **Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces** a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos **no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que**:*
>
> *a) **No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita** o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o*
>
> *b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.*

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

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.".

Ese régimen legal determina que el responsable del funcionamiento de un servicio de búsqueda en Internet no podría ser considerado responsable de ninguna intromisión en los derechos del actor.

En efecto, el artículo 17 de la LSSICE establece una exclusión de responsabilidad para las actividades consistentes en facilitar enlaces a través de un motor de búsqueda a petición de los usuarios del servicio. El actor ignora por completo en su demanda la existencia de esta norma, que excluye cualquier otro régimen de responsabilidad. No se trata de una mera exención, sino de una exclusión absoluta de responsabilidad. Así lo explica también el profesor Peguera, según quien:

> "[...] [L]*a exención se concede sólo a quien previamente está sujeto al cumplimiento de una obligación, en este caso a la obligación de responder. Si empleamos el término "exención" estamos dando a entender que los supuestos de hecho a los que se aplica la norma son supuestos en los que el intermediario ya ha incurrido en responsabilidad, y es liberado de dicha responsabilidad mediante la exención. Sin embargo, el efecto de la norma no es eximir de responsabilidad (derogación de un deber preexistente de responder), sino excluir la posibilidad de ser declarado responsable: con independencia de que la conducta del intermediario lleve o no lleve aparejada responsabilidad de acuerdo con las normas sobre responsabilidad de nuestro ordenamiento, la ley garantiza al intermediario que no podrá ser declarado responsable.* [...]"
>
> PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet* (2007), Granada: Editorial Comares, pp. 5 y 6.

Esa exclusión de responsabilidad está plenamente justificada por la función que desempeñan los prestadores de servicio de motor de búsqueda como Google, una función indispensable para el desarrollo de la sociedad de la información y para el ejercicio de la libertad de expresión en Internet. Sin este régimen, los prestadores intermediarios como Google sencillamente no podrían existir. Su actividad resultaría de todo punto inviable si

estuvieran expuestos a responsabilidad por cualesquiera contenidos publicados por terceros, que escapan por completo de su control.

En el caso que nos ocupa, no se ha acreditado de ninguna manera que entre las publicaciones del Sr. Gallardo sobre el Sr. Montero de Espinosa que aparecen enlazadas entre los resultados del buscador haya ninguna ilícita. Tampoco consta ninguna resolución en la que un órgano competente haya declarado que ninguna de esas publicaciones son ilícitas, ni que el autor de las informaciones en cuestión ha incurrido en cualquier clase de intromisión ilegítima o lesión del derecho al honor del actor, cuestión de hecho que será discutida por primera vez –hasta donde esta parte conoce– en este procedimiento toda vez que el Sr. Montero ha demandado por primera vez al editor de esas informaciones. Esto es determinante porque, a falta de una resolución judicial que declare la intromisión en el derecho al honor, y no siendo tampoco informaciones manifiestamente ilícitas, es evidente que no concurriría el requisito del conocimiento efectivo que exige el artículo 17 de la LSSICE como condición para que fuera posible entrar a enjuiciar la posible responsabilidad del prestador de un servicio de motor de búsqueda.

De acuerdo con el artículo 17 de la LSSICE, el previo "conocimiento efectivo" de la ilicitud del contenido es una condición indispensable para que el intermediario esté obligado a adoptar alguna medida y para que, si no la adopta, pueda eventualmente ser considerado responsable. En efecto, este requisito de que exista un previo conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido determina la inviabilidad de cualquier acción contra el intermediario si no se ha establecido previamente la ilicitud del contenido en cuestión. Esa ilicitud no puede ni darse por supuesta, ni presumirse.

Corresponde por ello al actor identificar qué informaciones considera ilícitas (si es que hay alguna) y por qué motivo, para que sea posible en cada caso valorar si procede o no el bloqueo, mediante un juicio de ponderación individualizado.

Precisamente por este motivo, el legislador ha establecido que el intermediario no puede ser considerado responsable si no tiene conocimiento efectivo de la ilicitud, y en particular ha exigido, como norma general, que la ilicitud haya sido declarada por un órgano competente, que haya ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos.

En efecto, para que un prestador de servicios como Google tuviese "conocimiento efectivo" del carácter ilícito de un contenido al que facilita enlaces y, en consecuencia, pudiera ser considerado, en su caso, responsable respecto de los mismos, sería necesario que tal ilicitud hubiese sido previamente declarada por un órgano competente, que sólo podría ser un órgano judicial, de acuerdo con la reserva establecida en los artículos 8.1 y 11.3 de la LSSICE.

Lo anterior es coherente con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en relación con el rol y las responsabilidades de los intermediarios de Internet, de 7 marzo de 2018 [CM/Rec(2018)2], según la cual:

"1.3.7. ***Los Estados deben garantizar, tanto en la legislación como en la***

práctica, que los intermediarios no sean considerados responsables de los contenidos de terceros a los que se limiten a dar acceso o a los que transmitan o almacenen. Las autoridades estatales pueden responsabilizar a los intermediarios de los contenidos que almacenan si no actúan con rapidez para restringir el acceso a los contenidos o servicios tan pronto como tienen conocimiento de su naturaleza ilegal, incluso mediante procedimientos de notificación. Las autoridades estatales deben asegurarse de que los procedimientos basados en la notificación no se diseñen de manera que incentiven la retirada de contenidos legales, por ejemplo, debido a unos plazos de tiempo inapropiados. Las notificaciones deben contener información suficiente para que los intermediarios puedan adoptar las medidas adecuadas." (La traducción es nuestra)

En esta misma línea se ha pronunciado muy recientemente el Abogado General del TJUE, Henrik Saugmandsgaard, en sus conclusiones dictadas en los asuntos acumulados Frank Peterson contra Google LLC, YouTube LLC, YouTube INC, Google Germany GmbH (C-682/18) y Elsevier Inc. contra Cyando AG (C-683/19):

"*187. En este marco, la lógica de las notificaciones no pretende únicamente permitir que un prestador de servicios descubra la existencia y la ubicación de datos ilícitos presentes en sus servidores.* ***La notificación también tiene por objeto proporcionarle suficientes elementos para que se cerciore del carácter ilícito de dichos datos****. En efecto, conforme al referido artículo 14, apartado 1, un prestador solo debe retirar tales datos cuando se «revele» dicho carácter ilícito, es decir, cuando sea manifiesto. En mi opinión, esta exigencia pretende evitar que el propio prestador deba resolver cuestiones jurídicas complejas y que, al hacerlo, se convierta en árbitro de la legalidad en línea.*

"[...] 190. [...] ***solo puede considerarse que se ha «revelado» el carácter infractor de una información****, en el sentido del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31,* ***cuando el prestador de que se trata haya recibido una notificación que le proporcione elementos que permitan a un «operador económico diligente» que se halle en su situación constatar dicho carácter de forma sencilla y sin un examen jurídico y material pormenorizado****. Concretamente, esta notificación debe identificar la obra protegida, describir la infracción denunciada y facilitar indicios suficientemente claros sobre los derechos que la víctima alega tener sobre la obra. Quisiera añadir que, cuando no se excluya de entrada la aplicación de una excepción, la notificación debe contener explicaciones razonables sobre las razones por las que debería excluirse. Considero que solo tal interpretación puede evitar el riesgo de que los prestadores se transformen en árbitros de la legalidad en línea, así como el riesgo de exceso de celo en la retirada de contenidos, mencionados en los puntos anteriores.*

El Tribunal Supremo exige de forma rigurosa que el conocimiento efectivo esté acreditado. Así lo ha declarado, entre otras, en su Sentencia número 144/2013, de 4 de marzo, en un asunto frente a Google y que confirmó que, en ausencia de una resolución judicial que declare la ilicitud de un contenido, y tratándose de contenidos cuya ilicitud no es evidente *per se*, un prestador de servicios de intermediación no puede ser nunca declarado responsable:

> "***La circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito***".

En aquel asunto, una persona había demandado a Google y a su por entonces director ejecutivo al entender que la presentación de enlaces a informaciones periodísticas que le vinculaban con un importante caso de corrupción política e inmobiliaria (el "Caso Malaya") constituía una suerte de contribución a la difusión de información que estimaba lesiva de su derecho al honor. Al margen de que en aquel caso, como en el que nos ocupa aquí, los contenidos no eran manifiestamente ilícitos, el Supremo confirmó que no es suficiente para originar conocimiento efectivo el hecho de que quien se considere ofendido se dirija en sucesivas ocasiones a un prestador para comunicarle la existencia de contenidos potencialmente ilícitos, o incluso la existencia de un procedimiento civil en curso contra terceros, editores de los contenidos en cuestión, o incluso que se le informe de la existencia de una resolución judicial de homologación con esos editores, como así había ocurrido en aquel asunto.

> Se aporta, como Documento núm. 5, copia de la Sentencia número 144/2013, de 4 de marzo de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

En el mismo sentido, en la reciente Sentencia de 9 de septiembre de 2020, el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid, en un caso muy similar al que nos ocupa en el que el demandante instaba una acción por intromisión en su derecho al honor tras haberse dirigido a Google para ejercitar su "derecho al olvido", ha declarado que no cabe atribuir responsabilidad al intermediario (que en ese caso era nuevamente Google) en ausencia de una resolución judicial que declare ilícita la información enlazada por el buscador:

> *"Google, como el conjunto de los motores de búsqueda disponibles en Internet, es una herramienta tecnológica desarrollada para permitir a sus usuarios encontrar información relevante entre la abrumadora cantidad de contenidos accesibles.* ***El buscador se limita a reflejar de manera totalmente automática y neutral contenidos publicados por terceros.*** *Los motores de búsqueda actúan como un "mero transmisor" o "intermediario", facilitando que la información "transite" desde el sitio web hasta el usuario final. Los buscadores no seleccionan ni modifican la información que aparece en los resultados de búsqueda.*
>
> *En relación a la responsabilidad de este tipo de plataformas tecnológicas, el*

artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico al tratar la responsabilidad de lo prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, dispone que (...)

En este caso no existe resolución judicial declarando la ilicitud de los contenidos tratados y publicados por las editoriales de medios de comunicación digitales, ni se ha declarado lesión alguna, ni se ha recurrido o accionado contra la denegación por GOOGLE de la solicitud de rectificación o supresión de datos de carácter personal una vez comprobado por la demandada el contenido de los enlaces impugnados en este procedimiento."

Se aporta, como Documento núm. 6 copia de la citada Sentencia del Juzgado de Primera instancia número 18 de Madrid.

También se ha pronunciado en idénticos términos la Sentencia de 15 de diciembre de 2014 [JUR\2015\50612], el Juzgado de Primera instancia número 3 de Madrid (confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia 164/2015, de 21 de mayo de 2015):

"*Es decir, **descartando que ningún órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos contenidos en la página web, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, tampoco puede hablarse de que Google haya obtenido un "conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización", ya que una cosa es que se haya acordado el sobreseimiento de la causa respecto de la demandante y otra que la información al respecto facilitada, aun desfasada temporalmente, sea ilícita**, habiendo las sentencias del tribunal Supremo de 09/12/09, 18/05/10 y 10/02/11 considerado que existe o puede existir ese conocimiento efectivo sin necesidad de que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos cuando esa ilicitud, a los efectos de "procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse", cuando resulta patente, flagrante o evidente por sí sola, es decir, cuando no depende de datos o información que no se encuentran a disposición del intermediario, lo que, obviamente, y con fundamento en lo consignado en el anterior fundamento de derecho, no concurre en el presente caso, en el que la intromisión pudiera ser lícita en ejercicio del derecho fundamental a la información, estimando que nos encontramos ante un caso sustancialmente igual al de la STS de 04/03/13, en el que precisamente se exime a Google de la posible intromisión al derecho al honor por permitir el enlace con páginas web en las que se vinculaba al demandante con determinados hechos delictivos cuando la información por sí misma no*

revelaba de manera notoria su carácter ilícito."

Se aporta, como Documento núm. 7, copia de la citada Sentencia del Juzgado de Primera instancia número 3 de Madrid.

Por todo lo anterior, aun en el caso de que el Juzgado al que nos dirigimos determinara que los dos resultados disputados remiten a información ilícita y, por tanto, concluyera que procede su bloqueo, o incluso ordenara la retirada de las publicaciones a los codemandados, tampoco Google podría ser declarada responsable de una intromisión ilegítima toda vez que la eventual ilicitud de la información no era manifiesta y mi representada actuó diligentemente cuando denegó el bloqueo interesado por el actor, sobre la base de que su pretensión suponía *a priori* una injerencia desproporcionada en los derechos a la información y la libertad de expresión.

Segundo.- Inexistencia de intromisión en el derecho al honor

El demandante pretende que la conducta de mi representada de mostrar dos resultados que enlazan a las publicaciones sobre el procedimiento judicial seguido frente al Sr. Montero de Espinosa por los delitos cometidos de cohecho y negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, y la publicación de las conversaciones mantenidas por correo electrónico con el editor de esa publicación, supone una intromisión en su derecho al honor, en los términos que establece el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, porque atenta contra su dignidad, menoscaba su fama o atenta contra su propia estimación.

Por tanto, el debate se centra en delimitar si el hecho de que en el buscador Google se muestren resultados a páginas webs de terceros en que se publican, por parte de los codemandados, informaciones sobre un procedimiento judicial seguido frente al actor vulnera su honor, o puede considerarse ilícita desde la perspectiva del tratamiento de datos personales. La inexistencia de ilicitud desde la óptica del tratamiento de los datos personales de la parte actora será tratada con más detalles en el siguiente Fundamento de Derecho.

No hay en este caso intromisión ilegítima posible en los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, porque las publicaciones a las que se refiere la demanda son veraces, objetivas, y además se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión e información de su autor. Se trata, en definitiva, de publicaciones que deben presumirse amparadas por la libertad de expresión e información protegida por el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución Española. Debemos insistir en que en este caso el actor no ha alegado ni probado que ninguna de las publicaciones sea constitutiva de intromisión ilegítima en su derecho al honor. Así lo ha entendido muy recientemente el Tribunal Supremo, su sentencia de 5 de febrero de 2020, en un caso muy similar al que nos ocupa, en el que el interesado ni siquiera había sido condenado, como sí lo fue el Sr. Montero de Espinosa:

"***Que años después de la publicación de las informaciones periodísticas, el expediente disciplinario incoado*** *al demandante por tales hechos* ***terminara sin sanción****, pues fue revocada una primera resolución sancionatoria,* ***no***

resta veracidad a la información.

4.- La protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000, de 11 de diciembre, sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 685/2011, de 26 septiembre). Por las mismas razones, no resulta condicionada por el resultado del expediente disciplinario. Más aún cuando en esas informaciones periodísticas no se imputaba al demandante la comisión de una conducta sancionable penal o disciplinariamente, sino que se informaba sobre conductas de personas o entidades que consideraban que tales conductas sancionables se habían producido o sobre la apertura de un expediente disciplinario que tenía por objeto la conducta del demandante, como susceptible de haber incurrido en una infracción."

En definitiva, nada indica que la información controvertida sea inveraz ni que su publicación no esté plenamente amparada por el derecho a la libertad de expresión e información. Google considera que, además, debe tenerse muy en consideración la decisión del codemandado de rechazar censurar la información controvertida, y continuar publicando y divulgando sin restricciones la información en su página web, sobre la base de que la información es relevante y de interés público.

La investigación penal en la que estuvo involucrado el demandante y los hechos que la motivaron así como el hecho de que el actor acabara siendo condenado, determina por sí sola la relevancia pública de la información. En efecto, de acuerdo con la Jurisprudencia del **Tribunal Constitucional, toda información referida a un suceso de relevancia penal tiene, por su propia naturaleza, interés público, con independencia de cuál sea el desenlace del procedimiento.**

Así resulta, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Constitucional nos. 29/2009, de 26 de enero; y 836/2011, de 24 noviembre, que declaran:

"[E]*ste Tribunal ha estimado con carácter general la existencia de acontecimientos noticiables en sucesos de relevancia penal, y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, F. 4; 320/1994, de 28 de noviembre, F. 5; 154/1999, de 14 de septiembre [RTC 1999, 154], F. 4); más concretamente, ha declarado que reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo*

(SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, F. 4; 232/1993, de 12 de julio [RTC 1993, 232], F. 4; 52/2002, de 25 de febrero, F. 8)."

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otra en su Sentencia núm. 5705/2008, de 24 de octubre, según la cual:

> "[L]*as noticias publicadas tienen interés público, en grado muy singular, aun cuando las personas sobre las que se proyecta la noticia no ejerzan cargo público o político ni profesión de notoriedad pública, sino que es su relación con el suceso noticiable lo que origina su proyección pública.*"

Como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 587/2016 de 4 de octubre de 2016, hay un "***interés público implícito en cualquier información sobre hechos o sucesos de relevancia penal*** *-pues como recuerdan, entre otras muchas, las sentencias 682/2015, de 27 de noviembre, 426/2015, de 10 de julio, 730/2014, de 15 de diciembre, 605/2014, de 3 de noviembre, 848/2014, de 5 de marzo, con cita de una sentencia de 24 de octubre de 2008 «la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del que se defienden otros como la paz social y seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE (STC 14/2003, de 28 de enero)-».*"

En sus sentencias nos. 946/2008, de 24 de octubre, y 547/2011, de 20 de julio, el Tribunal Supremo ha considerado justificada la publicación de datos de identidad de las personas implicadas en hechos delictivos. En su Sentencia núm. 6092/2011, de 20 de julio, el Tribunal Supremo declaró:

> "*La celebración de juicio oral contra el demandante por un posible delito* [...] *es un hecho de relevancia general, del que la opinión pública merecía estar informada, pues al tratarse de información concerniente a procesos judiciales penales, no solo concurre el interés público en su difusión sino también el interés general, pues el interés público o general de la noticia se considera implícito en cualquier información que afecte a hechos o sucesos de relevancia penal (SSTS de 31 de julio de 1995, de 8 de julio de 2004, de 2 de diciembre de 2008, 12 de febrero de 2009 y 13 de septiembre de 2010). Como ya dijo esta Sala en su sentencia de 24 de octubre de 2008, RC n. o 651/2003, la naturaleza del delito (en este caso se trataba de tráfico de drogas) de extraordinaria importancia y trascendencia social justifican no solo el interés público especial de la información, sino incluso el que se expresen los datos de identidad de los detenidos, en lugar de las simples letras iniciales de su nombre y apellidos.*"

Además, debemos poner de manifiesto que el demandante no ha hecho más que una remisión genérica a una posible intromisión en su honor, sin especificar, de forma alguna, qué expresiones o informaciones considera ilícitas, como sería su carga. En este sentido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo muy recientemente ha declarado en su Sentencia 487/2020 de 23 de septiembre de 2020 que:

"Si en una materia como la que se enjuicia se demorase esa concreción a la audiencia previa, se alteraría sustancialmente la demanda, pues se haría aflorar la relevancia jurídica de ciertos hechos de forma sorpresiva, privando a la contraparte de alegaciones y proposición de pruebas tendentes a desmontar la relevancia jurídica de tales hechos.

Por tanto, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, no basta con una remisión genérica al contenido del artículo, sino que deben concretarse aquellas informaciones contenidas en él que tienen relevancia jurídica para atentar al derecho al honor del personaje sobre el que se informa. Si se admitiese el argumento de la sentencia recurrida de que la fijación expresa se lleve a cabo en la audiencia previa, cumpliéndose así el fin de ella, es patente que la contraparte llegaría tarde a la defensa de sus intereses, por la ambigüedad de la demanda en el ejercicio de una acción tan singular.

Distinto sería que se concretase la relevancia jurídica de un hecho y el tribunal, en su labor de ponderación, precise si tiene más preponderancia en él el derecho de información o el de libertad de expresión.

6.- La parte actora en el hecho tercero de la demanda destaca como hecho jurídicamente relevante "Que mi mandante es subinspector de la Policía Nacional, a quien los ahora demandados le están imputando mediante las declaraciones precitadas haber participado en unas charlas sobre seguridad ciudadana organizadas por un partido neonazi, Democracia Nacional, imputándole con dicha actuación que como funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, al servicio de los ciudadanos debe cumplir la Constitución y ser neutral en sus intervenciones públicas.

"Que dichas son totalmente difamatorias atentando gravemente contra el derecho al honor e intimidad de mi mandante, pues su único fin consiste en intentar desacreditar a mis representados atentando para ello gravemente contra el derecho al honor y la intimidad de mi mandante".

Lo que añade es genérico y sin concreción, colocando, como hemos expuesto, a la parte demandada en situación de indefensión, que es lo que se pretende evitar con la prohibición de la mutatio libelli."

Con todo, debemos aclarar que **no es Google quien estaría imputando hechos o manifestando juicios de valor sobre la investigación y procedimiento judicial relacionado con el Sr. Montero de Espinosa, sino los codemandados, como editores de esas informaciones**, que son terceros ajenos a Google. No podría por ello atribuírsele ninguna vulneración del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, como la del apartado 7º que cita el actor en su demanda.

Como se ha dicho, la actividad de Google consistente en facilitar el acceso y la localización de páginas web, de forma neutral y sin alteración alguna del contenido elaborado

y publicado por terceros, aunque no estuviera amparada por la exclusión de responsabilidad del artículo 17 de la LSSICE, que no hay duda de que lo está, estaría amparada en cualquier caso también por la doctrina del "reportaje neutral". En efecto, Google se limita a facilitar el acceso sin manipulación ni alteración alguna a una información determinada, que de ningún modo ha hecho suya.

La aplicabilidad de esta doctrina a los prestadores intermediarios ha sido defendida por la doctrina más autorizada:

> "*La jurisprudencia del "reportaje neutral" exime de responsabilidad al medio de comunicación que, con neutralidad, transmite referencias y afirmaciones procedentes de terceros.* ***En abstracto, esta técnica podría hacerse valer cuando el sitio integre contenidos de otros, los enlace****, utilice agregadores o los cada vez más generalizados, "embed".* [...] *Al respecto, es destacable el Caso canadiense Wayne Crookes sobre responsabilidad por enlaces a contenidos difamatorios. El juzgador señala que quien enlaza no está republicando o reeditando los contenidos enlazados, sino que más bien es como una nota a pie, siempre a salvo que la integración suponga una clara asunción y posicionamiento del contenido de lo enlazado.*"
>
> COTINO HUESO, Lorenzo, *El problema de la responsabilidad por los contenidos ilícitos en la web 2.0 y algunas propuestas de solución*, pág. núm. 8[7].

En efecto, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su Sentencia de 4 de diciembre de 2018 (caso Magyar Jeti Zrt contra Hungría) los enlaces o hipervínculos no presentan ni comunican el contenido enlazado (es decir, facilitar un enlace no supone suscribir o adherirse al contenido enlazado):

> "73. [...] *teniendo en cuenta el papel de Internet en la mejora del acceso del público a las noticias y a la información, el Tribunal de Justicia señala que la finalidad misma de los hiperenlaces es permitir a los usuarios de Internet navegar hacia y desde el material en una red caracterizada por la disponibilidad de una inmensa cantidad de información.* ***Los hipervínculos contribuyen al buen funcionamiento de Internet al hacer que la información sea accesible al enlazarla entre sí****.*
>
> *74.* ***Los hiperenlaces no presentan las declaraciones enlazadas a la audiencia ni comunican su contenido, sino que sólo sirven para llamar la atención de los lectores sobre la existencia de material en otro sitio web***" [la traducción es nuestra].

Tercero.- Inaplicabilidad del "*derecho al olvido*", por aplicación del artículo 17.3

[7] Accesible en http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1478/

a) RGPD, por ser necesario el tratamiento para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.

Con independencia de que el actor no ejercita aquí una acción derivada del "*derecho al olvido*" y la normativa de protección de datos (art. 18.4 CE), sino sólo de su derecho al honor (art. 18.1 CE), dado que la demanda hace profusa referencia a la doctrina establecida por el TJUE en la conocida como Sentencia *Costeja*, debemos aclarar que el derecho a la protección de datos del actor en ningún caso podría prevalecer aquí sobre la libertad de expresión e información.

a) El alcance limitado del *derecho al olvido*

En primer lugar, debemos subrayar que el "*derecho al olvido*" es un derecho con un alcance muy limitado y que en ningún caso ampararía una pretensión de bloqueo de informaciones veraces y no obsoletas, amparadas por la libertad de expresión e información. Se trata, por el contrario, de un derecho a instar ante el responsable del motor de búsqueda, y en caso de que este no acceda, ante la Agencia Española de Protección de Datos o ante los tribunales, el bloqueo de resultados de búsqueda concretos, plenamente identificados (esto es, enlaces a páginas web identificadas una a una por su URL) y además solo para impedir que aparezcan al buscar el nombre y los apellidos de la persona, es decir, que los enlaces bloqueados deben poder seguir apareciendo para cualquier otra búsqueda.

Al mismo tiempo, en la Sentencia *Costeja*, el TJUE reconoció el interés legítimo de Google en prestar el servicio de motor de búsqueda, así como los derechos de los usuarios de internet de acceder y divulgar información a través de ese servicio. En efecto, el bloqueo de resultados de búsqueda podría suponer una restricción injustificada en la otra vertiente de la libertad de información y expresión: la de los usuarios del motor de búsqueda que tienen un interés legítimo en acceder a dicha publicación, y frustraría, asimismo, la legítima expectativa de los autores y editores de las informaciones y opiniones en cuestión de que terceros puedan acceder a las mismas por medio del motor de búsqueda de Google. Por ese motivo, el TJUE estableció que sólo debe procederse al bloqueo de resultados de búsqueda tras la oportuna ponderación entre los distintos derechos en juego.

Así, los motores de búsqueda están obligados a garantizar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales potencialmente en conflicto: por un lado, los derechos de la persona física interesada en el bloqueo de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (el "CEDH") y los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la "Carta") y, por otro lado, los derechos de los usuarios de internet de conformidad con el artículo 10 del CEDH y el artículo 11 de la Carta, atendiendo a la naturaleza de la información de que se trate, del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y el interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que el interesado desempeñe en la vida pública.

En su Sentencia de 24 de septiembre de 2019 (Asunto C-136/17 - GC y otros), el TJUE ha confirmado que el "*derecho al olvido*" debe ser equilibrado con otros derechos en

liza y ha de ceder cuando el tratamiento resulta necesario para ejercer el derecho a la libertad de información:

> "*El hecho de que el artículo 17, apartado 3, letra a), del Reglamento 2016/679 establezca ya expresamente que* ***el derecho al olvido del interesado queda excluido cuando el tratamiento resulta necesario para ejercer, entre otros, el derecho a la libertad de información****, garantizada por el artículo 11 de la Carta, pone de manifiesto que el derecho a la protección de los datos personales no constituye un derecho absoluto, sino que, como subraya el considerando 4 de este Reglamento,* ***debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad****.*"

En este caso, no consta, y desde luego el actor no la alega en su demanda, ninguna circunstancia por la que pudiera prevalecer en este caso el derecho de protección de datos del actor sobre la libertad de expresión e información.

b) La prevalencia del derecho a la expresión e información

De acuerdo con el artículo 17.3 del RGPD:

"*Los apartados 1 y 2* [derecho de supresión] *no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:*

a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; [...]"

La Audiencia Nacional ha declarado reiteradamente, por todas, su Sentencia de 2 de enero de 2018 (Recurso 46/2016) o de 12 de diciembre de 2018 (Recurso 476/2017), de conformidad con el apartado tercero del artículo 17 del RGPD, el derecho de supresión o "*derecho al olvido*" ha de ceder "*cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información*".

Los derechos de la personalidad deben ceder, en efecto, frente a las libertades de expresión e información cuando se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen. De acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, por todas, en su Sentencia 9/2007, de 15 de enero, el Sr. Montero de Espinosa está obligado a soportar un riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, como son las informaciones sobre el procedimiento seguido frente al actor por un delito de cohecho pasivo y negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. El "*derecho al olvido*" no conferiría al actor un derecho a reescribir la historia o a construir un pasado a medida. El Sr. Montero de Espinosa no podría pretender sobre esa base borrar el rastro de ese procedimiento ni de su condena.

Como ha tenido también ocasión de precisar la **Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia número 4132/2015, de 15 de octubre de 2015**, el "*derecho al olvido*" es un derecho que encuentra su límite en la libertad de información:

> "*El llamado "derecho al olvido digital", que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales,* ***no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando*** *a los editores de páginas web o* ***a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos****.*
>
> ***Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículo a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, "posicionando" a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país.***"

En definitiva, según declara el Tribunal Supremo con acierto en esta Sentencia: "***El llamado "derecho al olvido digital" no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día***" que es precisamente lo que el actor persigue con su demanda, que necesariamente deberá ser desestimada.

Más aún cuando se trata de informaciones referidas a la actividad profesional del interesado, como es el caso que nos ocupa. En este sentido, muy recientemente, en su Sentencia de 17 de septiembre de 2020, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado que:

> "(...) *el* ***contenido de la información a la que se refiere la solicitud de cancelación gira exclusivamente en torno a la actividad empresarial del recurrente y a ciertos hechos que tuvieron lugar en relación con la labor de dirección*** *de una sociedad mercantil de gran valor en el mercado. Los resultados de la búsqueda a través de GOOGLE se remiten a los enlaces de los artículos publicados en El País y El Confidencial en el año 2012. La información controvertida consiste en la investigación penal por supuestas actividades de espionaje a otros miembros del Consejo de Administración de la empresa de la que el recurrente era Consejero Delegado, en la que relata la realización de escuchas presuntamente ilegales y el procedimiento penal incoado a raíz de tales hechos.*
>
> ***Lo que conduce a concluir que la noticia no afecta al derecho a la intimidad personal y familiar del recurrente (artículo 18 CE) o a la vida familiar*** *(artículo 8 CEDH) en la interpretación que de su extensión y límites han hecho el TC y el TEDH, supuesto en el que la protección del artículo 18 CE estaría reforzada.* ***Antes bien, desde la perspectiva objetiva la noticia sobre el recurrente presenta un diferente alcance y significado, pues se centra en la labor empresarial que presenta un claro interés público para la sociedad,***

cual es que los usuarios puedan conocer las prácticas empresariales presuntamente irregulares alegada por un directivo de una empresa que tiene un peso económico de gran tamaño.

La distinción apuntada es trascendente en el juicio ponderativo de los intereses concurrentes, pues este factor, que es el contenido de la noticia, se refiere en exclusiva a la faceta profesional del interesado, significa que no se aplique en toda su intensidad el artículo 18 CE, pues, ciertamente no atañe a la vida personal o familiar del recurrente."

Se aporta, como Documento núm. 8 de la referida Sentencia de la la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Ley Orgánica 1/1982 y la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (que regula el "*derecho al olvido*" reconocido en la Sentencia Costeja) son invocadas en la demanda que contestamos como norma de cobertura para un acto de censura de informaciones veraces y de relevancia pública. Esa finalidad de limitar el acceso a contenidos lícitos vulnera, sin duda, el artículo 20 de la Constitución, así como el régimen de exclusión de responsabilidad de los buscadores a los que nos hemos referido con anterioridad.

Con su demanda, la parte actora pretende imponer a los usuarios de Google una versión distorsionada de la realidad, construyendo un pasado profesional a su medida, cercenando el intercambio de informaciones sobre hechos veraces y de incontestable interés público.

Una hipotética estimación de la demanda en los términos en los que ha sido planteada supondría, asimismo, una injerencia desproporcionada e inasumible en el derecho fundamental a la libertad expresión e información de los codemandados, como editores de páginas web, que se sirven del buscador Google para difundir sus contenidos, así como del derecho a recibir y buscar información del público en general, y los usuarios del buscador Google en particular.

Cada día se llevan a cabo miles de millones de búsquedas a través del motor de búsqueda de Google[8]. Este hecho evidencia, sin lugar a dudas, la importancia que tienen los buscadores. Millones de personas utilizan diariamente esos servicios como herramienta para buscar información relevante y útil entre el enorme y creciente volumen de información disponible en Internet, confiando en que los motores de búsqueda muestran eficazmente la información disponible y facilitan un reflejo objetivo y transparente de la misma. Los buscadores facilitan el acceso a la información y favorecen el intercambio de ideas e información a través de Internet, y cumplen así un papel necesario para el desarrollo de la sociedad de la información y para el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, pilares de una sociedad democrática e igualitaria.

[8] https://www.google.es/insidesearch/howsearchworks/

En el asunto Ahmet Yildirim c. Turquía, el TEDH declaró que la libertad de información protege no sólo el contenido informativo transmitido sino también el propio medio a través del cual se difunde y accede a la información en cuestión:

> "[El derecho a la libertad de expresión] *se refiere no sólo al contenido de las informaciones sino también a los medios de difusión de dichas informaciones, pues toda restricción al respecto afecta al derecho de recibir y comunicar informaciones (véase, mutatis mutandis, Autronic AG contra Suiza, 22 de mayo 1990, ap. 47, serie A núm. 178). Asimismo, el Tribunal ha declarado en muchas ocasiones que el artículo 10 garantiza no solamente el derecho a comunicar informaciones, sino también el derecho, del público, a recibirlas.*"

Como ha precisado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 17 de septiembre de 2020:

> "*Respecto a GOOGLE, que gestiona el motor de búsqueda, **su función es contribuir a hacer accesible la información y a facilitar el acceso y conocimiento de la opinión vertida por los usuarios**.*
>
> *Como señala el Tribunal de Justicia «**la finalidad de los hipervínculos es permitir a los usuarios de internet navegar hacia y desde el material en una red caracterizada por la disponibilidad de una inmensa cantidad de información contribuyen al buen funcionamiento de internet al hacer factible que la información sea accesible al enlazarla entre sí**». En la Sentencia de 8 de septiembre de 2016 (C-160/15) el TJUE ha declarado que «los hipervínculos contribuyen a su buen funcionamiento y al intercambio de opiniones y de información en esa red caracterizada por la disponibilidad de cantidades ingentes de información».*"

En su Sentencia de 19 de septiembre de 2017 (Caso Tamiz contra el Reino Unido), en que se inadmitió una demanda que instaba la retirada de comentarios y opiniones accesibles a través de servicios prestados por mi representada, el TEDH reconoce la importancia de las actividades desarrolladas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información como Google:

> "90. (...) *teniendo especialmente en cuenta el importante papel que desempeñan los prestadores de servicios de la sociedad de la información como Google Inc. al facilitar acceso a la información y el debate sobre una amplia gama de temas políticos, sociales y culturales* (...)." [la traducción es nuestra].

c) Interés público especialmente notorio de las informaciones sobre hechos de relevancia penal

Las libertades de expresión e información alcanzan el máximo nivel de prevalencia

frente a otros derechos de la personalidad cuando los titulares de estos resultan implicados en asuntos de relevancia pública. Así, "*aquellas personas* [...] *que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos*". (SSTC 49/2001, de 26 de febrero; 99/2002, de 6 de mayo; y 23/2010, de 27 de abril).

En este caso, los enlaces que el Sr. Montero de Espinosa pretende ocultar a la opinión pública no remiten de ningún modo a informaciones obsoletas porque, como ya hemos manifestado, ni esas informaciones han sido contradichas por hechos posteriores, ni han perdido su relevancia e interés público con el paso del tiempo dado que el actor continúa a día de hoy desempeñando la misma actividad profesional como funcionario público.

Por otro lado, la naturaleza penal de los hechos a los que se refieren las publicaciones, lejos de convertirlos en "datos sensibles" como pretende el actor sin ningún fundamento, determina justamente su relevancia pública.

Por ello, debe rechazarse la alegación que la parte actora realizaba en su requerimiento extrajudicial a mi representada de que los datos relativos al procedimiento penal que involucra al actor son datos "especialmente protegidos" y solo pueden incluirse en ficheros de las Administraciones públicas competentes y en los supuestos previstos, según establece el artículo 10 del RGPD. Como hemos puesto de manifiesto y así lo acredita la amplísima Jurisprudencia en la materia, la información sobre hechos de relevancia penal debe reputarse por definición de relevancia pública.

Y es que el tratamiento por el buscador de "*datos de carácter sensible para la vida privada de la persona afectada*" sería también lícito. En la Sentencia Costeja, el TJUE declara con suma claridad que la presentación de resultados de búsqueda en respuesta a una búsqueda realizada a partir del nombre de una persona está en principio amparada por el artículo 7(f) de la Directiva 95/46/EC, en materia de protección de datos (actual artículo 6 (f) del RGPD).

Para el TJUE, el carácter "sensible" de los datos personales no es más que uno de los elementos, entre otros, a tener en cuenta en el juicio de ponderación a realizar entre la libertad de expresión e información y el derecho a la protección de datos de los interesados, pero no es de ningún modo un factor determinante *per se*:

> "*Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante* ***este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información****, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública*" (párr. 81 de la Sentencia Costeja).

Así, prohibir que los operadores de motores de búsqueda realicen un tratamiento de categorías especiales de datos personales o "sensibles" (como es el caso de información sobre investigaciones o condenas penales) no solo llevaría a la eliminación sistemática de enlaces a páginas web que contienen estos datos sin realizar ningún juicio de ponderación –lo que ya supone un conflicto permanente y frontal con las libertades de expresión e información–, sino a hacer totalmente ilegal su actividad, cuya tecnología se basa en el rastreo automático y la indexación de las páginas web accesible que no lo han impedido, por ejemplo, implementando protocolos la exclusión. En efecto, una interpretación según la cual la mera presencia de datos sensibles incluso en el contexto de una información especialmente relevante conduciría, entre otros, al bloqueo automático y acrítico de cualquier noticia sobre la investigación de casos de pederastia en el seno de una confesión religiosa o, por ejemplo, al bloqueo de páginas de Wikipedia sobre criminales de guerra (por ejemplo, de la antigua Yugoslavia) y en los que se revelan no sólo antecedentes penales sino también su ideología y creencias religiosas; e incluso al bloqueo de críticas o declaraciones de políticos o líderes sindicales de máximo interés general por el mero hecho de que se revele su ideología u opiniones políticas.

Un enfoque de este tipo supondría una restricción injustificada de la libertad de expresión e información, con bloqueos absurdos y desproporcionados y una restricción también injustificada del interés legítimo de los motores de búsqueda en proporcionar un servicio útil y valioso para sus usuarios.

En este sentido, el artículo 9.2(g) del RGPD habilita el tratamiento de datos personales "sensibles" sin necesidad del consentimiento del interesado cuando sea "*necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado*".

Así lo ha precisado el TJUE recientemente en la referida Sentencia de 24 de septiembre de 2019 (Asunto C-136/17 - GC y otros), según la cual los motores de búsqueda deben denegar solicitudes de "*derecho al olvido*" sobre resultados de búsqueda que remitan a webs en que se publiquen datos personales "sensibles", tras realizar el oportuno juicio de ponderación, cuando, como en el caso que nos ocupa, sea necesario para salvaguardar la libertad de información:

> "*57. El hecho de que el artículo 17, apartado 3, letra a), del Reglamento 2016/679 establezca ya expresamente que el derecho al olvido del interesado queda excluido cuando el tratamiento resulta necesario para ejercer, entre otros, el derecho a la libertad de información, garantizada por el artículo 11 de la Carta, pone de manifiesto que el derecho a la protección de los datos personales no constituye un derecho absoluto, sino que, como subraya el considerando 4 de este Reglamento, debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad.* [...]

68. Por lo tanto, el gestor de un motor de búsqueda que reciba una solicitud de retirada de un enlace que dirige a una página web en la que se publican tales datos sensibles deberá comprobar, basándose en todos los elementos pertinentes del caso concreto y teniendo en cuenta la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales del interesado al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta, a la luz de los motivos de interés público importantes a los que se refieren el artículo 8, apartado 4, de la Directiva 95/46 y el artículo 9, apartado 2, letra g), del Reglamento 2016/679, si la inclusión de dicho enlace en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado es estrictamente necesaria para proteger la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web mediante tal búsqueda, consagrada en el artículo 11 de la Carta."

d) Las publicaciones disputadas están referidas a la actividad profesional del Sr. Montero de Espinosa

Por otro lado, no puede perderse de vista que las informaciones recogidas en las URLs disputadas en el caso que nos ocupa, **están claramente referidas a la esfera profesional del Sr. Montero de Espinosa, como inspector de trabajo**. Algo así debe tenerse sin duda en consideración a la hora de ponderar los derechos fundamentales en juego.

Muy recientemente la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado que, en el contexto del "*derecho al olvido*", el hecho de que los resultados de búsqueda disputados guarden relación con la actividad profesional del interesado es un factor trascendental que debe tenerse en cuenta a la hora de ponderar los intereses en juego. Así, en las Sentencias de 17 de septiembre de 2020 1175/2020 y 1176/2020 el Tribunal Supremo ha declarado:

> "*La **distinción apuntada es trascendente en el juicio ponderativo** de los intereses concurrentes, **pues este factor, que es el contenido de la noticia, se refiere en exclusiva a la faceta profesional del interesado, significa que no se aplique en toda su intensidad el artículo 18 CE, pues, ciertamente no atañe a la vida personal o familiar del recurrente.***"

En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en diversas sentencias, entre otras, las Sentencias de 31 de enero de 2020 (Rec. 520/2018), de 15 de marzo de 2019 (Rec. 125/2018) y de 11 de mayo de 2017 (Rec. 30/2016).En consecuencia, y especialmente a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, a juicio de Google, el tratamiento de datos personales en un contexto referido a la actividad profesional de una persona, no puede evaluarse desde la misma óptica que cuando se refiere a información relativa a la esfera personal o privada de esa persona.

e) Actualidad de las informaciones disputadas

Como venimos señalando, en ningún caso cabe calificar como obsoletas las informaciones que el actor pretende silenciar y ocultar al público. Y es que la información sólo puede considerarse obsoleta cuando ha transcurrido el tiempo suficiente entre la publicación de la información disputada y el momento en el que se ejercita el derecho, de tal forma que el interés general en acceder a la información haya decaído significativamente. No obstante, no puede decirse que el interés general en acceder a la información haya decaído cuando el Sr. Montero de Espinosa ha continuado a lo largo de los años desempeñando su trabajo como inspector de trabajo.

Como ha tenido oportunidad de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su ya referida Sentencia número 545/2015, de 15 de octubre de 2015, el "*derecho al olvido*" ha de ser reconocido en relación con informaciones y hechos "*ocurridos mucho tiempo atrás*":

> "[...][D]*icho derecho ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos.*"

En este sentido, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de septiembre de 2020, ha declarado actuales publicaciones de diez años de antigüedad.

En esta misma línea, **la Audiencia Nacional ha concluido que informaciones publicadas hace dieciséis años no eran obsoletas** teniendo en cuenta, en el juicio de ponderación de derechos exigible, que el recurrente en ese caso, como en el que nos ocupa, había seguido desempeñando durante años la actividad profesional con la que estaban relacionadas las publicaciones disputadas. Así, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2019 (Rec. 1105/2018) declaró:

> "*En cuanto al factor tiempo, que tiene igualmente gran relevancia respecto a la ponderación de intereses a realizar,* ***debe tenerse en cuenta que las noticias sobre dichos casos y que se relacionan al demandado, si bien la condena fue de fecha 2004, lo cierto, es que la carrera profesional como futbolista del recurrente acabó en el año 2012, por lo que no se puede decir que las informaciones son obsoletas, y además, aquel pretende ser entrenador de futbol.***
>
> *En este sentido, se dice en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016 -recurso nº. 3.269/2014 -: "El factor tiempo*

tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los requisitos que determinan su carácter lícito y, en concreto, con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con laque los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos.

(...)

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante unas informaciones ligadas a la actividad profesional del reclamante en su faceta de futbolista, con una relevancia profesional en relación con su vida profesional, existiendo un interés legítimo de los internautas en tener acceso a dichas publicaciones."

Cuarto.- Improcedencia de la indemnización solicitada

El demandante reclama una cifra simbólica de un euro, derivada de una pretendida intromisión ilegítima y un tratamiento ilícito de datos que atribuye a Google.

Como hemos reiterado a lo largo de este escrito, la responsabilidad de mi representada está excluida por el artículo 17 de la LSSICE, ello al margen de que en este caso ni siquiera consta que exista información ilícita de ninguna clase, ni intromisión en el derecho al honor del actor, ni vulneración de su derecho a la protección de los datos personales. Esta parte considera, por tanto, que no cabe condena a indemnización de daños de ninguna clase, sea cual sea su importe e independientemente de que este se considere "simbólico".

Quinto.- Costas

Las costas del presente procedimiento deberán imponerse al actor al amparo de lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito en tiempo y forma, con los documentos que acompaño y sus copias, los admita y tenga por contestada la demanda interpuesta por D. Miguel Ángel Montero de Espinosa Solbes contra Google LLC,

y tras los trámites oportunos, dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición al actor de las costas del procedimiento.

Es Justicia que pido en Gavá, a 15 de febrero de 2021.

Letrado: Javier Martínez Bavière
Col. ICAM nº 65.610

Por mi compañero,
NOMBRE SUAREZ-INCLAN BEJAR TOMAS - NIF [redacted]

Firmado digitalmente por NOMBRE SUAREZ-INCLAN BEJAR TOMAS - NIF [redacted]
Fecha: 2021.02.15 10:38:17 +01'00'

Letrado: Tomás Suárez-Inclán Béjar
Col. ICAM:132.272

Procuradora: Ana María Soles Suso
Col. ICPB nº

Roj: **SAP B 14681/2007** - ECLI: **ES:APB:2007:14681**

Id Cendoj: **08019370072007100803**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Barcelona**
Sección: **7**
Fecha: **19/04/2007**
Nº de Recurso: **47/2006**
Nº de Resolución: **754/2007**
Procedimiento: **Procedimiento abreviado**
Ponente: **ANA RODRIGUEZ SANTAMARIA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN SÉPTIMA

Rollo Procedimiento Abreviado nº: 47/06-F

Diligencias Previas nº 2218/03

Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona

Procesados: Bernardo , Valentín , Cristobal , Jose Miguel ,

Felix , Luis Francisco , Juan y Abelardo

SENTENCIA nº

Ilmos. Sres . Magistrados

Dª. Ana Ingelmo Fernández

D. Enrique Rovira del Canto

Dª Ana Rodríguez Santamaría

Diecinueve de abril de dos mil siete

Vista en nombre de S.M. El Rey en Juicio Oral y público ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial, la presente causa nº 47/06, Diligencias Previas 2218/03, procedente del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, seguido por un delito de negociación prohibida a funcionarios públicos y otros, frente a los procesados, Bernardo nacido en Badajoz el 11/11/1966, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pradera y defendido por el letrado Sr. Martell,

Valentín , nacido en San Carlos de la Rápita (Tarragona) el 29/07/1944 representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Espada y defendido por la letrada Sra. Costa, Cristobal nacido en Barcelona el 02/09/1968 representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Huertas y defendido por el Letrado Sr. Vila, Jose Miguel nacido en Barcelona el 14/11/1939, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Gutiérrez y defendido por el Letrado Sr. Rodrigálvarez, Felix nacido en Vilafranca del Penedés (Barcelona) el 21/05/1951 y Luis Francisco nacido en Vilafranca del Penedés (Barcelona) el 31 de agosto de 1977, representados ambos por el Procurador de los Tribunales Sr. Ros y defendido el primero por el Letrado Sr. Fuster Fabra y el segundo por la Letrada Sra. Navarro, Juan nacido en Sant Celoni el 14/07/1950, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Grasa y defendido por el letrado Sr. Melero y Abelardo nacido en Parets del Vallés (Barcelona) el 06/03/1927, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Joaniquet y defendido por la Letrada Sra. Vara. Ha comparecido en el procedimiento la Abogacía del Estado como acusación particular y el Ministerio Fiscal, en la Ilma. Sra. María Paz Durá, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª. Ana Rodríguez Santamaría, la cual expresa el criterio unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente Procedimiento Abreviado se incoó en virtud de las Diligencias Previas nº 2218/03, del Juzgado de Instrucción nº 16 de los de Barcelona y su Partido Judicial. Practicadas las oportunas diligencias y formulados los escritos de acusación y defensa, se remitieron a esta Audiencia Provincial para su enjuiciamiento y fallo, señalándose para la celebración del juicio oral y público los días 5, 6 y 7 de marzo de 2007.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como legalmente constitutivos de:

A)un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios del artículo 441 del Código Penal .

B) un delito de fraude del artículo 438 del Código Penal en relación con los artículos 248.1 º y 250.7º del mismo cuerpo legal en concurso medial del artículo 77 del Código Penal con un

C)un delito de cohecho pasivo del artículo 419 y 24.2 del Código Penal .

D)un delito de estafa del artículo 248.1 º y 250.7º del Código Penal en concurso medial del artículo 77 del Código Penal con el delito del apartado C.

E)un delito de cohecho activo del artículo 423.1º en relación con el artículo 419 del Código Penal .

F)un delito continuado de cohecho pasivo del artículo 420 inciso primero del Código Penal .

G)un delito de cohecho activo del artículo 423.1º en relación con el artículo 420 inciso primero del Código Penal .

H)un delito de cohecho activo del artículo 423.1º en relación con el artículo 420 inciso segundo del Código Penal .

El acusado Bernardo sería autor de los delitos de los apartados A, B, C y F y correspondería imponerle por el delito A la pena de 12 meses de multa con una cuota diaria de 30 euros y responsabilidad personal subsidiaria de 180 días en caso de impago y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 3 años. Por los delitos B y C la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 12 años y por delito del apartado F, la pena de 4 años de prisión y multa de 4.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses en caso de impago

e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años.

El acusado Valentín sería autor como cooperador necesario de los delitos del apartado C y F y autor del delito D y correspondería imponerle por el delito C la pena de 2 años de prisión y multa de 4.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses en caso de impago e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Por el delito del apartado D, la pena de 2 años de prisión y multa de 8 meses con cuota diaria de 40 euros y responsabilidad personal subsidiaria de 120 días en caso de impago e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y por el delito F la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como de la profesión de graduado social durante el tiempo de la condena.

El acusado Juan sería cooperador necesario del delito del apartado F y correspondería imponérsele la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El acusado Abelardo sería autor de un delito del apartado E y correspondería imponerle la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El acusado Jose Miguel sería autor de un delito del apartado G y correspondería imponerle la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Los acusados Cristobal , Felix y Luis Francisco , serían autores del delito del apartado H y correspondería imponerles la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente interesaba que por vía de responsabilidad civil Bernardo y Valentín indemnizaran a Pedro Enrique en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los perjuicios causados por la extinción de su contrato de trabajo.

TERCERO.- Por su parte, y en igual trámite la Abogacía del Estado, constituida como acusación particular calificó los hechos

1º.- relatados en los apartados de hechos 1, 2, 3 y 4 como constitutivos de:

A.un delito continuado de cohecho pasivo propio e impropio (continuados dadas sus semejantes naturalezas), previsto y penado en los artículos 420 inciso primero , 420 inciso segundo y 425.1 del Código Penal de 1995 , en relación con el artículo 74 del mismo.

B.un delito de cohecho activo propio, previsto y penado en el artículo 423.1º del Código Penal de 1995 , en relación con el artículo 420 inciso primero (correspondiente al antecedente de hecho 3)

C.un delito de cohecho activo propio previsto y penado en el artículo 423.2 del Código Penal de 1995 , en relación con el artículo 420 inciso segundo (correspondiente al antecedente de hecho 4) o subsidiariamente, de un delito de tráfico de influencias impropio previsto y penado en el artículo 429 del Código Penal de 1995 .

2º.- los relatados en el apartado 5º legalmente como legalmente constitutivos:

A.de un delito de fraude previsto y penado por el artículo 438 en relación con los artículos 248.1 º y 250.7º del Código Penal de 1995 , en concurso medial con un delito de cohecho pasivo del artículo 419 del Código Penal en relación con el artículo 77 del mismo cuerpo legal .

B.de un delito de estafa previsto y penado por el artículo 248.1 º y 250.7º del Código Penal de 1995 , en concurso medial con el cohecho antes indicado.

C.de un delito de cohecho pasivo previsto y penado en el artículo 423 del Código Penal de 1995 , en relación con el artículo 419 del mismo.

3º.- Los hechos relatados en el apartado 6 son legalmente constitutivos de un delito de actividades prohibidas a los funcionarios, previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal de 1995 .

El acusado Bernardo sería autor de los delitos calificados en los apartados 1º.- A, 2º.- A y 3º y correspondería imponerle las penas de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años, multa de 4.500 euros por el delito del apartado 1º. A. La pena de seis años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 12 años con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses en caso de impago inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años por el delito del apartado 2º. A y finalmente la pena de multa de 12 meses a razón de 30 euros días y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 3 años, por el delito 3º.

El acusado Jose Miguel sería autor del delito de apartado 1º.B y le correspondería la pena de 3 años de prisión.

Los acusados Felix y Luis Francisco , serían autor y cooperados necesario, respectivamente del delito previsto en el apartado 1º. C y les correspondería la pena de un año y seis meses de prisión.

El acusado Valentín sería autor del delito de apartado 2º.-B y correspondería imponerle la pena de cuatro años de prisión y multa de nueve meses a razón de 30 euros diarios.

Los acusados Cristobal y Juan serían autores del delito del apartado 3º y les correspondería, a cada uno, la pena de multa de doce meses a razón de 30 euros de cuota diaria.

Finalmente el acusado Abelardo sería autor del delito de apartado 2º.-C y debería serle impuesta la pena de 4 años de prisión.

CUARTO.- En este mismo trámite de calificaciones provisionales las defensas de los acusados interesaron la libre absolución de sus clientes por no ser autores de delito alguno y no ser ciertos los hechos imputados por las acusaciones.

QUINTO.- En el acto del juicio oral, y después de practicada la prueba que se estimó pertinente de la propuesta por las partes, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales y retiró la acusación formulada respecto a Cristobal , Jose Miguel , Felix , Luis Francisco , y Abelardo . Igualmente retiró la acusación por un delito de fraude del artículo 438 del Código Penal en concurso medial con el cohecho pasivo del artículo 419 del Código Penal , así como el delito de estafa de los artículos 248.1 º y 250.7º del Código Penal en concurso medial con un delito de cohecho pasivo del artículo 419 del Código Penal .

Suprimió los párrafos 3º, 4º, 5º y 7º de la primera conclusión provisional, y acusó a Bernardo como autor de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios interesando la pena de 12 meses de multa con una cuota diaria de 30 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 180 días en caso de impago y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 3 años. Como autor de un delito continuado de cohecho pasivo del artículo 425 interesó la pena de multa de 3.000 euros y suspensión de empleo o cargó público por tiempo de 3 años.

Para Valentín y como cooperador necesario de un delito continuado de cohecho pasivo del artículo 425 del Código Penal la misma pena que para Bernardo .

Finalmente, para Juan como cooperador necesario de un delito continuado de cohecho activo del artículo 425 del Código Penal la misma pena que para los anteriores.

SEXTO.- Por su parte la Abogacía del Estado elevó a definitivas sus conclusiones provisionales.

SÉPTIMO.- Igualmente las defensas elevaron a definitivas sus calificaciones provisionales. Seguidamente las partes informaron lo que tuvieron por oportuno en apoyo de sus calificaciones, declarándose el juicio visto para sentencia una vez se dio a los acusados la oportunidad de realizar una última alegación.

OCTAVO.- En el presente proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Son hechos probados, y así se declara, que Bernardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, era desde el año 1994 funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, destinado en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona con sede en la calle Travessera de Gracia donde tenía asignado el despacho nº 305; el día 21 de enero de 2003 le fue asignada la especialización en Seguridad Social y Salud Laboral en el sector de las obras de la construcción, cambiando su adscripción territorial del Vallés Oriental a la comarca de La Anoia.

SEGUNDO.- En fecha 10/06/02 los Delegados de Personal de la empresa Salvador Subirana S.A., denunciaron ante la Inspección de Trabajo a la citada mercantil, con motivo de una situación que a su entender vulneraba la previsión del artículo 9 del Convenio Colectivo de la Industria Química , en concreto porque del cronometraje de diversas máquinas sin información a la representación legal de los trabajadores pudiera parecer que se pretendía por la empresa implantar un sistema de rendimiento en base a prima o incentivos o un cambio en los métodos de trabajo. Por ello interesaban de la Inspección que requiriera a la empresa al cumplimiento de lo solicitado.

Dicha denuncia dio lugar a la incoación del expediente de la Inspección de Trabajo I/14249/02, en el que se emitió orden de servicio en fecha 19/07/02 asignando el asunto al acusado Bernardo y a fin de que realizara las actividades pertinentes e informara de ellas a la Inspección. El citado Inspector, en cumplimiento de la orden dada, giró visita a la empresa en fecha 12/11/02 y procedió a citarla a fin de que compareciese ante la Inspección de Trabajo el día 27/11/02,

comparecencia a la que acudieron los delegados de personal denunciantes y el asesor legal de la mercantil David Ibáñez. En fecha 03/12/02 Bernardo archivó provisionalmente el expediente mientras se llevaban a cabo las negociaciones entre empresa y trabajadores. Finalmente ambas partes alcanzaron un acuerdo en fecha 03/02/03, el cual fue entregado al Inspector Bernardo , que exigió al abogado de la empresa, Íñigo , una cantidad de dinero por su intervención en el asunto, en concreto 50.000 pesetas por sesión, contando como tales cinco: su primera visita a la empresa, la comparecencia efectuada por sus representantes ante la Inspección de Trabajo, la visita de otro letrado de la empresa al que Íñigo mandó a hablar con el Inspector ante las insinuaciones de este de que "tenían que hablar de lo suyo" lo que ya hacía sospechar a Íñigo de la posible exigencia de dinero, la visita para la entrega del documento y la última visita del letrado en que se produjo la petición de la mencionada cantidad.

TERCERO.- En fecha 26 de junio de 2002, Leonardo , Presidente del Comité de empresa de la mercantil Hydro Aluminio La Roca, S.A., interpuso denuncias frente a dicha empresa ante la Inspección de Trabajo por los siguientes motivos: obligar a los trabajadores a no cogerse la baja en caso de accidente, obligar a todo el personal a llevar gafas de protección durante toda la jornada, no haber realizado la evaluación de riesgos pese a que la temperatura de la nave es excesiva lo que ocasiona un riesgo para la salud de los trabajadores y realizar contratos eventuales o por obra a personal que realiza tareas habituales de la empresa que por ello recibe un sueldo menor y está menos formada que el resto de trabajadores. Finalmente en fecha 23/09/02 denunció que la empresa se excedía en el cómputo de las horas extraordinarias negándose a negociar un plan de empleo con el comité de empresa, por lo que interesaba por todo ello la urgente intervención de la Inspección.

Cada una de estas denuncias dio lugar a un expediente de la Inspección de Trabajo en concreto estos I/14204/02, I/14281/02, I/14282/02, I/14514/02 e I/18547/02.

En todos ellos se emitió orden de servicio asignando su tramitación al acusado Bernardo y a fin de que realizara las actividades pertinentes e informara de ellas a la Inspección. El citado Inspector, en cumplimiento de la orden dada, giró visita a la empresa en fecha 12/11/02 y procedió a citarla a fin de que compareciese ante la Inspección de Trabajo el día 27/11/02, comparecencia a la que acudieron Leonardo , Francisco , Presidente y Secretario respectivamente del Comité de Empresa, Daniel , Director de RRHH y Diana Abogada. En fecha 03 y 10/12/02 Bernardo archivó provisionalmente los expedientes a petición del Comité de empresa que presentó escrito en ese sentido. Empresa y comité no llegaron a firmar ningún acuerdo informando el Inspector Bernardo a la abogada de la empresa, Diana , que minutaría una cantidad por desplazamientos para el caso de que el mismo se alcanzase.

CUARTO.- A lo largo del año 2002, el acusado Bernardo en el ejercicio legítimo de sus funciones como Inspector de Trabajo tramitó tres expedientes relativos a la empresa Metales Curvados, S.A., en concreto los números I/11952/02, I/15583/02 y I/22560/02. El dueño de la asesoría jurídica y fiscal de dicha empresa, era el también acusado Jose Miguel , y a consecuencia de dicha Inspección surgió una relación de cierta amistad entre asesor e Inspector, en virtud de la cual han mantenido diversas conversaciones telefónicas de las que no se desprende la comisión de ilícito alguno. El expediente I/11952/02 terminó el 13/12/02 con propuesta de sanción para la empresa por importe de 1502 euros por la comisión de diversas irregularidades detectadas por el Inspector en su visita a la misma, mientras que los otros dos expedientes, relativos a la denuncia interpuesta por el trabajador de la empresa Victoriano Rubio Maqueda, terminaron con sendos archivos provisionales, de fechas 11/11/02 y 19/05/03, al estar los hechos sometidos a la jurisdicción social. No ha quedado acreditado que dichos archivos sean ilegales en forma alguna

QUINTO.- En fecha 05/09/02, el trabajador de la empresa José Ramoneda, Pedro Enrique , presentó una denuncia ante la Inspección de Trabajo a consecuencia de un accidente que había sufrido el día 30/08/01 en las escaleras de acceso a la oficina, mezclando en dicha denuncia otros temas como la carencia de agua potable o la contratación que llevaba a cabo la empresa. Dicha denuncia dio lugar al expediente I/17811/02, asignado al Inspector Bernardo el cual giró visita a la empresa el día 05/05/03 sin apreciar irregularidades en la escalera; además se le presentó un escrito de desistimiento del trabajador, por lo que procedió al archivo del expediente el día 19/05/03. En una de las primeras entrevistas habidas con el trabajador necesaria para la tramitación del expediente, el Inspector, viendo la situación de desamparo en que este se encontraba, le recomendó a su amigo y también acusado Valentín , de profesión graduado social, a fin de que negociara con la empresa su situación laboral.

Trabajador y empresa llegaron a una conciliación ante el Servicio Oficial de la Generalitat en cuanto a que el trabajador recibiría una indemnización por despido de 34.000 euros y otra más de 19.232,39 euros como indemnización extra de la empresa y a fin de que retirara la denuncia interpuesta. Valentín tramitó la declaración de incapacidad permanente del trabajador, que finalmente fue rechazada.

SEXTO.- A consecuencia de su cargo como Inspector en el Vallés Oriental, Bernardo tuvo un intenso contacto con el Gremio de la Construcción de la capital de dicha comarca, Granollers, y en concreto con su entonces Presidente, Juan , con el cual trabó cierta amistad, dado que les dio cursos en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales junto con otros compañeros y técnicos.

En el año 2003, la empresa Piedra Natural Leiro estaba siendo sometida a diversos expedientes por parte de la Inspección de Trabajo, en concreto, los números I/4582/03, I/1289/03, I/10856/03, I/12503/03, I/12510/03 y C/112/03, a cargo de los Inspectores María Rosario , Bruno , Ángel Jesús , Manuel , que se encargaba de dos, y Cecilia respectivamente.

A lo largo de dicha Inspección a la asesora de la empresa, Juana , le surgieron dudas y divergencias con lo que le planteaba y requería la Inspección de Trabajo y decidió buscar un asesoramiento externo a fin de contrarrestar la misma, para lo cual acudió al Gremio de la Construcción de Granollers, que a su vez decidió consultar el tema a su antiguo Presidente, al considerar que podía ser de interés para otras empresas del Gremio. El acusado, Juan llamó a su amigo, el Inspector de Trabajo Bernardo y le pidió asesoramiento para la empresa informándole de la situación en la que esta se encontraba en relación con la Inspección de Trabajo. Desconocía que dicho asesoramiento no pudiera prestarse por el Inspector.

El Inspector le dio una cita para que acudieran a su despacho de la Inspección de Trabajo un miércoles por la mañana, días que solía aprovechar para realizar estas actividades de asesoramiento y a dicha cita acudieron la asesora de la empresa, Juana y el empleado de esta, Cristobal que se limitó a acompañar a aquella y a llevarla en coche a la sede de la Inspección de Trabajo.

Una vez allí el Inspector Bernardo les asesoró sobre la duda que planteaban y sobre como contrarrestar lo que les pedía la Inspección. No consta acredita en forma alguna que interesase dinero por esta actividad, ni que la asesora de la empresa Piedra Natural Leiro, Juana , o el empleado de la misma, Cristobal , se la ofreciesen.

SÉPTIMO.- El acusado Bernardo en el ejercicio legítimo de sus funciones como Inspector de Trabajo inició la tramitación del expediente de la Inspección I/11737/03, relativo a la empresa Salvador Vallés Almirall, S.L., girando visita a la obra que se estaba construyendo en el Paseo Bellavista nº 104 de Castelldefells el día 27/06/03 y realizando a raíz de dicha visita una serie de requerimientos a la empresa citándola para que compareciera el día 09/07/03 a las 12:15 de la mañana a fin de aportar cierta documentación, entre otra, el contrato de servicio de prevención y formación en riesgos laborales, y de actividades preventivas. El dueño de la asesoría jurídica y fiscal de dicha empresa, Gestoría i Assesoria J De Cara, S.L, Felix era amigo del Inspector de trabajo Bernardo y por eso le llamó el día 08/07/03 informándole de que sería su hijo y también acusado Luis Francisco , que trabaja con él en su empresa, el que le llevaría la documentación requerida y por eso le pedía que "diera carpetazo al asunto". Al día siguiente el hijo del asesor, Luis Francisco , acudió al despacho del Inspector en la sede de la Inspección de Trabajo a fin de entregarle la documentación requerida por la Inspección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer lugar, y con carácter previo a entrar en el fondo del debate, debe de resolverse sobre las cuestiones previas planteadas por las defensas.

Así la defensa de Bernardo planteó dos cuestiones previas:

1ª.- quebranto de un derecho de proceso con todas las garantías constitucionales, que entendía producido por la defectuosa constitución de la litis, al cuestionar la legitimación del abogado del Estado que no resulta ofendido (titular del bien jurídico protegido) ni perjudicado (lesionado su patrimonio) en estas actuaciones,

más allá de la previsión genérica del artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y del artículo 1.1 de la Ley de asesoramiento. Considera que los bienes jurídicos supuestamente vulnerados son de titularidad colectiva y solo los representa el Ministerio Fiscal no el Abogado del Estado, dado que no ha habido lesión patrimonial del estado.

2ª.- vulneración del derecho de secreto de comunicaciones en virtud del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , puesto que entre el 21 y el 30 de mayo las escuchas no están amparadas, toda vez que el primer auto de 21 de mayo es recurrido por el Ministerio Fiscal y sustituido por el de 30 de mayo, por lo que habría una orfandad de cobertura habilitante para las escuchas comprendidas en dicho período.

A ambas cuestiones se adhirieron las defensas Jose Miguel , Felix , Luis Francisco , y Abelardo .

Por su parte la defensa de Valentín , interesó la nulidad parcial del auto de apertura de juicio oral (folios 2006 y 2007). Se abre juicio oral por delitos de cohecho y prevaricación así como de estafa del que nunca ha sido acusado su defendido, debiendo tenerse en cuenta el auto de la Sala de 18 de marzo de 2004 que denegó la calidad de perjudicado del que lo pretendía como víctima de un delito de estafa. Por ello interesaba se declarese parcialmente nulo dicho auto en lo que se refiere al delito de estafa y supuesta responsabilidad civil derivada.

La primera de las cuestiones planteadas por la defensa de Bernardo debe resolverse en sentido negativo.

Ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo es el titular del bien jurídico protegido por la norma bajo la cual la acción u omisión objeto del proceso se subsume;

es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito. Perjudicado por el delito es sólo el que sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo, sin ser titular del bien jurídico. Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no maneja con precisión técnica los términos "ofendido" y "perjudicado", pues a veces los mezcla y confunde, como se advierte en los artículos 109 , 110 y 783 , por ejemplo, que parecen utilizar de modo indistinto las dos palabras, pero doctrinalmente la distinción está clara.

El delito de cohecho, aquí investigado protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración Pública teniendo por norte la erradicación de la corrupción mediante el fortalecimiento de la probidad e imparcialidad de todos sus funcionarios, lográndose también con ello una mayor sensibilidad y eficacia en la prestación del servicio público. Desde siempre ha preocupado al Estado la salvaguarda de dichos principios de imparcialidad y objetividad que, si son exigibles con carácter general de cualquier función pública, ha de alcanzar el grado sumo y máximo, su total plenitud, en el vital y delicadísimo campo de la Administración de Justicia. Ya las Partidas, en su Ley 7, aludía a que...." la cobdicia ciega a los corazones de algunos jueces, y de la torpe ganancia

deben huir los buenos jueces.... porque "... es muy fea la cobdicia, mayormente en aquellos que gobiernan la cosa pública", añadiendo que "no sean osados de tomar ni tomen en público ni en escondido, por si ni por otros, dones algunos de ninguna ni algunas personas, de cualquier estado ó condición que sean, de los que ante ellos hobieren de venir ó vinieren a pleyto", de tal manera que ..."cualquiera que lo tomare por si ó por otro, que pierda por el mismo hecho el oficio y que peche lo que tomare con el doble". En el Trienio Liberal, el Código de 1822, en su objetivo de laminar toda expresión corruptora, disponía incluso que "los funcionarios públicos no podrán recibir ni admitir regalo alguno de los que se han llamado de tabla ó de costumbre"

En consecuencia y resumiendo, el bien jurídico protegido en estos delitos contra la Administración Pública es el recto y normal funcionamiento de la misma, evitando cualquier descrédito que pudiera dañar la confianza de los ciudadanos de acuerdo con los principios del Estado de Derecho y con sujeción a los valores constitucionales que tienen reflejo en los artículos 103 y 106 de la Constitución Española ...." (S. del T.S. de 18-1-1993 y de 31-03-2004). En definitiva la Administración y su buen nombre es ofendida por este tipo de delitos en cuanto titular del bien jurídico y es correcta su personación como tal y representación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 551 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones previas planteadas por la defensa de Bernardo , a la que se adhirieron otras defensas, debe tenerse en cuenta que ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación infundada de la presunta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en la afirmación, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravisimo, para que resulte justificada, sólo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito de un derecho fundamental.

La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de otra, dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en él al titular de la línea.

En el caso que nos ocupa se dictó auto de fecha 21/05/03 (folio 59) que acordaba la intervención del teléfono del domicilio particular del Inspector de Trabajo Bernardo , así como su número de teléfono móvil sin que el Juzgado motivara siquiera mínimamente el porqué de dicha intervención y refiriéndose únicamente al oficio policial que lo interesaba pero sin ninguna argumentación, siquiera por referencia o remisión al mismo. Tanto es así, que el Ministerio Fiscal se vio obligado a recurrir dicha resolución y consecuencia de dicho recurso fue el auto dictado por el Juzgado de Instrucción en fecha 30/05/03 (folios 74 a 77) que estimaba el mismo y que sustituía al anterior en cuanto a la fundamentación jurídica, legitimando así la adopción de la medida invasora de derechos fundamentales. Esto significa que la mencionada medida de intervención telefónica solo estuvo legitimada a partir del día 30/05/03, luego las conversaciones escuchadas antes de dicha fecha lo fueron sin autorización y por tanto no son válidas a efectos de prueba y deben considerarse nulas a todos los efectos.

Refiriéndonos a la tercera de las cuestiones, la planteada por la defensa de Valentín , al interesar la nulidad parcial del auto de apertura de juicio oral (folios 2006 y 2007) en el que se incluyen los delitos de cohecho y prevaricación así como de estafa del que nunca había sido acusado su defendido, debiendo tenerse en cuenta el auto de la Sala de 18 de marzo de 2004 que denegó la calidad de perjudicado del que lo pretendía (Sr. Pedro Enrique) como víctima de un delito de estafa. No le falta razón a la parte al denunciar la incongruencia de las acusaciones en este punto, toda vez que a lo largo de la Instrucción se denegó al Sr. Pedro Enrique su personación en estas actuaciones en calidad de perjudicado; así mediante providencia de fecha 27/09/03, frente a la que se interpuso recurso de reforma, y posterior de apelación, siendo ambos desestimados (folio 760 y 1438 y siguientes de autos) y debería habérsele permitido comparecer en tal calidad para el caso de que se investigaran los delitos de estafa y fraude, luego incluidos por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en sus respectivos escritos de acusación.

Ahora bien, no es menos cierto que el acusado, Sr. Valentín , ha podido defenderse de dichos delitos luego ninguna indefensión se le ha causado, y además el Ministerio Fiscal retiró esa acusación en el plenario y ya en sus conclusiones definitivas no la incluyó, y si bien el Abogado del Estado mantuvo su acusación por dichos delitos, en los hechos de su escrito de acusación no se hace referencia alguna al supuesto perjuicio sufrido por el Sr., Pedro Enrique , imprescindible para poder considerar siquiera la existencia de un delito de estafa, ni tampoco peticionó cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil. Por ello podemos concluir que no resulta ninguna indefensión efectivamente producida al imputado que merece ser absuelto por dichos delitos definitivamente como luego se razonará en los correspondientes fundamentos de esta resolución.

SEGUNDO.- Resueltas las cuestiones previas planteadas, podemos concluir que los hechos relatados en el apartado segundo y sexto, son constitutivos de un delito continuado de cohecho previsto y penado en el artículo 425 del Código Penal y de otro de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos, previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal , respectivamente y cometidos ambos por el acusado Bernardo . El resto de los hechos narrados no son constitutivos de delito y los demás acusados merecen ser absueltos como se razonará seguidamente.

En relación con el delito de cohecho conviene señalar como la satisfacción de los criterios teleológicos de la actividad de la Administración Pública (servir con objetividad los intereses generales, actuar de acuerdo con el principio de eficacia y someterse plenamente a la ley y al Derecho, dice el artículo 103 Constitución Española) permite columbrar la presencia de conductas desviadas que pueden adquirir significación penal cuando existe un desvío del interés general para satisfacer intereses particulares. No se trata de mantener un concepto intangible y abstracto de interés general como un espacio público impermeable al influjo de la sociedad;

tampoco se trata de ignorar que los intereses propios de colectivos sociales pueden ser objeto de consideración en la adopción de determinadas decisiones públicas. Más bien, el núcleo de la corrupción se encuentra en la deslealtad hacia el ordenamiento normativo que debería seguir alguien que tiene una relación de especial intensidad con ese sistema normativo. No en vano, el espacio que una política pública concede a la ilegalidad es un espacio sustraído a la democracia. Conforme a esta concepción las notas características de la corrupción se vertebrarían en torno a dos notas:

1.- Existencia de una relación institucional entre el miembro de una organización pública encargada de adoptar decisiones que aboquen a la satisfacción del interés de la colectividad social a cuyo funcionamiento sirven;

2.- la trasgresión de las normas que regulan la confrontación entre el mandato de la autoridad y los intereses privados.

De ahí que el fenómeno corruptor se articule en torno a la presencia de un interés público atribuido a la Administración que se ve desvirtuado en beneficio de intereses privados, proceso de desvirtuación que se lleva a cabo infringiendo las normas que canalizan el flujo de los intereses privados hacia la adopción de la decisión pública.

Estas notas caracterizadoras se encuentran presentes en el delito de cohecho, dado que la actividad administrativa desplegada por la autoridad o funcionario público viene mediatizada por la solicitud o recepción de dádiva o presente o la aceptación del ofrecimiento o promesa de recepción de dadiva o presente para realizar una acción u omisión constitutiva de delito (artículo 419 Código Penal), ejecución de una acto injusto no constitutivo de delito (artículo 420 Código Penal) o abstención de un acto que deba practicar en el ejercicio de su cargo (artículo 421 Código Penal) o bien simplemente por realizar un acto propio de su cargo o en recompensa del ya realizado (artículo 425 Código Penal).

Por su parte el artículo 441 del C. Penal , el bien jurídico protegido por tal precepto y sus requisitos se pueden resumir así: a) la conducta estriba en realizar una actividad profesional o de asesoramiento a entidades privadas, en asunto, de alguna manera, relacionado con el cargo ejercido por el sujeto activo, fuera de los casos legalmente admitidos, b) Se penaliza efectuar una actividad profesional - realizada, por tanto, de forma habitual como medio de obtener ingresos -, o una actividad de asesoramiento permanente o accidental, esto es, dar consejo profesional, aunque sea de, manera ocasional; no está contemplada en la tipicidad del art. 441, cualquier clase de actividad profesional o de asesoramiento, sino aquella que afecten a materias coincidentes con los fines para los que ha sido concebido el organismo, oficina o centro directivo, al que pertenece el funcionario, o a las funciones que dichos organismos han de cumplir y aquél sirve; c) Se incurre en responsabilidad criminal cuando se realiza una actividad profesional o de asesoramiento, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, es decir, cuando se trabaja para empresas o personas privadas; d) la actividad profesional o de asesoramiento ha de desarrollarse en asuntos en que el funcionario o la autoridad deban o hayan de intervenir por razón de su cargo o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuvieren destinados o del que dependan. En consecuencia, no es punible toda labor profesional o de asesoramiento que el funcionario pueda realizar, sino únicamente aquellas que impliquen un solapamiento con la función pública a ejercitar.

Estamos pues ante un delito de actividad que no exige la obtención de un lucro por el funcionario, sino que se trata de garantizar el correcto funcionamiento de la Administración y la imparcialidad de quienes ejercen la función pública, la cual puede verse comprometida si quien actúa como funcionario lo hace también como particular en un mismo asunto; a lo que debe añadirse que como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 1997 :

"no nos encontramos, como dice la S 18 julio 1997 de esta Sala, en el caso actual ante un supuesto de absoluta despenalización de las conductas de los funcionarios o autoridades que realicen ilegítimamente actividades privadas en el ámbito de los asuntos en que hayan de intervenir por razón de su cargo, pues dichas conductas siguen estando sancionadas a través del art. 441 del Nuevo Código penal , que si bien no exige expresamente el requisito de prevalimiento, lo cierto es que atendiendo al fundamento material de su incriminación así como a la interpretación del tipo sujeta a su finalidad político-criminal y al bien jurídico que trata de tutelar, es indudable recoge aquellos supuestos abusivos que exceden de la mera incompatibilidad administrativa".

Pues bien, en el caso que aquí se enjuicia y para su adecuada resolución, es imprescindible examinar las funciones que debe realizar un Inspector de trabajo; determinar cuales son las propias del cargo y cuales no, para así deslindar si cobraba intentaba cobrar por ellas o por otras que no le correspondían como tal sino que realizaba a título privado fuera de la mera incompatibilidad y para el caso de que esta debiera rebasar el ámbito de infracción administrativa e incardinarse como infracción penalmente castigada, sin perjuicio de los principios de intervención mínima, subsidiariedad y última ratio que impregnan nuestro derecho penal.

En el artículo 3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre , ordenadora de la inspección de trabajo y seguridad social (en adelante LOITSS) se desgranan los cometidos que comprende la función inspectora en materia laboral y de Seguridad Social. Siguiendo la propia sistemática de ese artículo, cabe estructurar estos cometidos en tres grandes grupos de funciones cuyo desempeño encomienda la Ley a la Inspección de Trabajo:

1º.- una función fiscalizadora, de vigilancia relativa al cumplimiento de las normas jurídicas laborales y de Seguridad Social, o lo que es lo mismo, velar porque dichas normas rijan efectivamente en la práctica.

2º.- una función de asesoramiento, de información en general acerca de determinadas cuestiones relacionadas con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

3º.- una función de composición.

Por lo que respecta a la función de asesoramiento, su objeto consiste en prestar asistencia técnica a las diversas personas y entidades que requieren de la opinión especializada de la Inspección de Trabajo (artículo 12 LOITSS); estos procedimientos de asesoramiento se caracterizan por no estar sujetos a procedimiento estricto ni sujetos a formalidad específica alguna y va dirigido tanto a empresarios como a trabajadores y a los órganos administrativos y judiciales a través de la vía de los informes. Respecto al modo de realizar esta labor de asesoramiento el artículo 3.2 de la LOITSS solo precisa que la misma habrá de llevarse a cabo "con ocasión del ejercicio de la actuación inspectora"; estas escuetas palabras legales no impiden, según la doctrina que dicha tarea de asesoramiento pueda realizarse bien por iniciativa inspectora o bien como respuesta a las consultas verbales o escritas formuladas por empresarios y trabajadores, y ya sea durante el transcurso de las visitas inspectoras o personándose en las oficinas de la Inspección de Trabajo, donde los órganos inspectores suelen tener un día fijado de presencia para prestar estos servicios de información, como ocurre en el caso del Inspector aquí investigado que declaró en el plenario que los miércoles por la mañana los destinaba a realizar esas funciones de asesoramiento.

Ahora bien, entiende la Sala que dicha función de asesoramiento técnico a empresas y trabajadores, que debe realizarse, según la Ley "con ocasión de la actuación inspectora", solo debe de ser prestado, en buena lid, por el Inspector o Inspectores que llevan a cabo una determinada actuación inspectora sobre una empresa y con ocasión de la misma, y a fin de un mejor y mas completo cumplimiento y adaptación de su funcionamiento a la tantas veces compleja normativa social, cuya vigilancia está encomendada a la propia Inspección de Trabajo.

No está pensado en modo alguno dicho asesoramiento por parte de un Inspector para contrarrestar la actuación inspectora que puedan estar desarrollando otros compañeros de su misma Oficina de la Inspección de Trabajo, puesto que dicho asesoramiento, iría en contra de la imparcialidad y unidad de actuación de la propia Oficina y afectaría a materias coincidentes con los fines para los que ha sido concebido el organismo, oficina o centro directivo, al que pertenece el funcionario. Por eso el Real Decreto 138/2000, de 11 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su artículo 11. 1 dispone que "Los funcionarios del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social quedan afectados por el régimen general de incompatibilidades de la función pública", y continúa prescribiendo que "En razón a su función, los inspectores y subinspectores no podrán tener interés directo ni indirecto en empresas o grupos de empresas objeto de su actuación, ni asesorar o defender a título privado a personas físicas o jurídicas con actividades susceptibles de la acción inspectora; se abstendrán en todo asunto en que concurra interés para la asociación o sindicato de su afiliación".

Por lo que se refiere a la función de composición en los conflictos laborales, el artículo 3.3 de la LOITSS, precisa el concreto y actual alcance de la función inspectora de resolución de controversias laborales. La actual regulación, a diferencia de la anteriormente vigente, no introduce limitación respecto al ámbito subjetivo de las

controversias a dirimir por lo que estas funciones de composición no solo alcanzan los conflictos laborales colectivos, sino también los conflictos laborales individuales.

Los artículos 1.2 y 3.3 de la LOITSS declaran expresamente que los Inspectores pueden realizar su función de composición a través de tres vías típicas de solución extrajudicial de conflictos: la conciliación, la mediación y el arbitraje. Sobre las dos primeras, el artículo 2.V.3 del Reglamento de la Inspección de Trabajo señala que podrá efectuarse de oficio o a instancia de parte interesada, aun cuando siempre haya de ser aceptada por las partes como previene el artículo citado de la LOITSS.

Más allá de estas sucintas referencias a su incoación y libre aceptación por las partes, no existe en la normativa vigente ningún otro precepto que describa el modo en que deben desarrollarse la conciliación y mediación inspectora, con lo que los órganos inspectores gozan de total libertad para llevar a cabo su labor de composición. En cualquier caso, siguiendo las directrices marcadas por el antiguo D. 2354/1962, se viene admitiendo por la doctrina (léase a María Amparo García Rubio, "La Inspección de Trabajo y Seguridad Social", pág. 228; a Alonso Olea, M. y Casas Baamonde M.E., "Derecho del Trabajo", pág. 874 y Alfonso Mellado, C.L. "Proceso..., pág. 114) que en el ejercicio de su actuación conciliadora y mediadora, la Inspección podrá reunir a los representantes de ambas partes, ya sea conjuntamente ya sea de forma separada y a partir de las conclusiones extraídas en estas reuniones, la labor de la Inspección concluirá con un intento de acercamiento entre las partes, en cambio si su función es ejercer la mediación, el Inspector de Trabajo deberá además emitir una propuesta de solución que podrá ser libremente aceptada o rechazada por los interesados; en cualquiera de ambas actuaciones, si las partes alcanzan una solución, el acuerdo logrado tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo estatutario o extraestatutario, estando el Inspector actuante obligado a dar cuenta de los resultados de su actuación a la autoridad laboral de que dependa. Se conoce bajo el nombre de convenio colectivo extraestatutario, pacto o acuerdos de empresa, los celebrados al margen de la específica regulación del Estatuto de los Trabajadores (Título III) y al amparo del ejercicio del derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 de la Constitución Española , quedando sus efectos vinculantes reducidos al estricto ámbito de representación que las partes presentes en la negociación posean.

En definitiva, que cuando un Inspector de Trabajo, realizando la función de mediación y conciliación que la Ley le atribuye, consigue que las partes, esto es, empresa y representantes de los trabajadores alcancen un acuerdo, estará firmándose entre ambos un pacto o acuerdo de empresa o un convenio colectivo extraestatutario, que no es otra cosa que un convenio o acuerdo logrado la margen de los específicos mecanismos establecidos y reglados en el Estatuto de los Trabajadores.

Algo más explícita se muestra la LOITSS en cuanto a las condiciones a las que queda sometido el ejercicio de la función de arbitraje por parte de la Inspección de Trabajo, que debe iniciarse a petición de las partes y no ya de oficio y además se establece expresamente que la labor de arbitraje es incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que ostenta la titularidad de dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia.

La doctrina antes citada nos recuerda como en la época de la transición la Inspección de Trabajo llevó a cabo gran número de actuaciones mediadoras, siendo frecuente de este modo que los Inspectores de Trabajo prestaran sus servicios de mediación en ámbitos tales como los traslados, los expedientes de regulación de empleo o, sobre todo, la negociación colectiva- ya sea actuando como presidentes de las comisiones negociadoras de los convenios (artículo 88.4 del Estatuto de los Trabajadores)o ya fuera como mediadores designados durante el transcurso de las negociaciones (artículo 89.4 del citado cuerpo legal), etc...

TERCERO.- Pues bien, examinadas las funciones propias de un inspector de trabajo, consideramos como ya hemos anticipado que los hechos narrados en el apartado segundo son constitutivos de un delito de cohecho de los castigados en el artículo 425 del Código Penal .

Así un funcionario público, el Sr. Bernardo , que servía en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, destinado en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona con adscripción territorial entonces a la comarca del Vallés Oriental, al que el 21 de enero de 2003 se le asignó la especialización como en Seguridad Social y Salud Laboral en el sector de las obras de la construcción, cambiando su adscripción territorial a la comarca de La Anoia,

como se ha declarado probado en el hecho primero y como resulta de la documental obrante a los folios 857 a 866 de la causa, solicitó al abogado de la empresa Salvador Subirana una determinada cantidad de dinero, en concreto 250.000 pesetas, por la realización de un acto propio de su cargo, cual era la simple intervención como Inspector de Trabajo en la resolución del expediente incoado en la Inspección a raíz de una denuncia de los delegados de personal de la empresa. Este aparece documentado íntegramente en las actuaciones, así en los folios 94 a 100 de la pieza separada de documentos, o en el Tomo I y adjuntados a la denuncia del abogado Sr. Íñigo que inicia esta investigación. La declaración de este abogado fue absolutamente clara en el plenario

narrando con detalle sus conversaciones con el Inspector y como este le estaba interesando dinero por su participación en el asunto como Inspector de Trabajo, dejando meridianamente claro que no hubo ninguna negociación para adoptar un convenio colectivo extraestatutario, ni fue propuesto como presidente de mesa negociadora; no hubo convenio, ni mesa de negociación ni nada fuera de lo que contó: que los trabajadores denunciaron a la empresa por el motivo que se ha declarado probado y que obra unido documentalmente a la causa y que él pidió tiempo al Inspector para que llegaran a un acuerdo empresa y trabajadores; que ya desde esa primera conversación le insinuó que después hablarían de "lo suyo"; que el acuerdo que consta a folio 45, fue alcanzado por la empresa y los trabajadores sin intervención alguna del Inspector y que solo se le presentó para confirmar el archivo del expediente. acuerdo que como es de ver es solución exacta al problema que planteaban los trabajadores en su denuncia. Así el abogado ratificó y mantuvo en el acto del juicio su denuncia, y sus declaraciones obrantes en autos a los folios 48, 203 y 447 siempre en este mismo sentido. Bernardo por su parte insistió en que pretendía el cobro por "la firma de un pacto de empresa", lo cual no ha quedado acreditado en modo alguno. Ya hemos señalado anteriormente al analizar las funciones de los Inspectores, como estos dentro de la función de composición que la ley les atribuye pueden llevar a cabo una amplia labor de conciliación y mediación que termina, en caso de acuerdo, con valor de convenio estatutario o extraestatutario.

Por tanto entendemos que estas funciones, caso de desarrollarse entrarían dentro de la función inspectora, y estarían remuneradas en el salario que el funcionario percibe por el desarrollo de su trabajo como Inspector, luego el pretender por ellas una remuneración estaría proscrito penalmente por el artículo 425 del Código Penal .

Pero es que en este caso, no se ha acreditado la firma de ningún pacto de empresa extraestatutario o estatutario; la declaración de Íñigo es clara y lleva a la convicción de la Sala de que así ha sido y que el Inspector pretendía cobrar por el ejercicio de sus funciones propias del cargo. El escrito presentado por la defensa y obrante al folio 705 de autos no goza del suficiente valor probatorio como para erigirse en valor de contraprueba capaz de desvirtuar en este punto a las de la acusación, al no acreditarse ni alegarse siquiera circunstancia alguna que impidiera a los firmante del mismo, Sres. Juan Miguel y Jose Francisco , acudir al plenario a ratificarse en este y explicar a la Sala en que consistió el supuesto pacto presidido su negociación por Bernardo .

En el caso de Hydroaluminio si acudió Iván y este fue mero testigo de referencia respecto al supuesto pacto en cuya firma habría intervenido el acusado para Jose Antonio y sin valor probatorio según lo explicado. Aparte no se ha aportado pacto alguno de empresa que según Bernardo firmó. Vista la acusación formulada contra él y las pruebas existentes en referencia a ese punto bien podría haberlo aportado y no lo ha hecho porque se considera acreditado, valorando en conciencia y con arreglo a las reglas de la sana crítica, que no lo hizo sino que pretendió cobrar por un asunto propio del ejercicio de su cargo, lo cual estimamos constitutivo de un delito de cohecho de los tipificados en el artículo 425 del Código Penal y no de los castigados en el artículo 420 como pide la Abogacía del Estado. No se ha acreditado la realización de acto injusto alguno, sin que pueda ser entendido como tal el archivo provisional del expediente mientras empresa y trabajadores negocian.

CUARTO.- En el hecho probado tercero se relatan los sucesos imputados en relación con la empresa Hydroaluminos La Roca cuya documentación relativa a la Inspección de Trabajo obra en la pieza separada de documentos a los folios 112 a 177. En este caso la abogada de la mercantil Diana relató en el plenario que hubieron varias denuncias del sindicato y les citaron en la Inspección en Travessera y luego otras en la propia empresa por las tardes; que el Inspector era Bernardo y su trabajo era una mediación normal en una denuncia interpuesta por los trabajadores; estuvieron negociando unos aspectos y ella redactó un documento y se lo pasó al Inspector, alrededor de abril. Iban a ir a la firma del documento y le dijo que como había hecho unas intervenciones más allá de la Inspección que le incluyera en su minuta unos honorarios para él; que jamás le había pasado, pese a que es abogada laboralista desde el año 1986, puesto que le quería cobrar por algo que era su trabajo. Insistió en que no era un convenio extraestatutario, sino entre partes sobre primas y condiciones de trabajo, que redactó su despacho y que aún está sin firmar; que no fue el Sr. Bernardo invitado a presidir la negociación de ningún convenio colectivo.

Evidentemente esta sorpresa de la Letrada encaja perfectamente con la opinión expresada por la Sala en el sentido de que esta labor de mediación es la normal de un Inspector de Trabajo; lo declarado por Iván , presidente del sindicato del metal del Valles Oriental- Maresme, en el sentido de que intentaron un pacto extraestatutario que no fue posible en Hidroaluminios La Roca y que las negociaciones para el pacto empezaron en febrero marzo de 2003 y terminaron en mayo de 2003 sin poder firmarse, coincide con lo declarado por la abogada Diana . Por su parte Bernardo lo calificó como pacto de empresa y se acogió en su defensa a la posibilidad de cómo facturar ese servicio profesional ajeno a la función pública; entendemos que no es así; que las negociaciones entre la empresa y los trabajadores eran una mediación presidida por

el Inspector Bernardo en el ejercicio de su cargo y por eso archivó provisional y no definitivamente esos expedientes de la Inspección;

porque se seguían practicando diligencias de mediación presididas por él, como funcionario al que la Inspección de Trabajo le había asignado llevar el caso y que deberían terminar por un acuerdo alcanzado entre empresa y trabajadores que no fue finalmente posible; pretendía el funcionario cobrar por realizar actividades propias de su cargo y ya hemos argumentado, como en el caso anterior porqué estimamos los hechos constitutivos de un delito continuado de cohecho pasivo del artículo 425 del Código Penal tal y como interesaba el Ministerio Fiscal y no del artículo 420 del Código Penal , como interesaba el Abogado del Estado y por la misma fundamentación ya expresada para el caso anterior.

El testigo Luis Enrique , antiguo Jefe de la Inspección de Trabajo en Barcelona, apuntó en el plenario que en algunas ocasiones los inspectores intervienen en la negociación previa y necesaria para la firma de pactos de empresa o convenios extraestatutarios a propuesta de las partes no estando obligados a aceptar el cargo, porque no es función inspectora y por ello no se produce el informe final. No se duda de que esto ocurra y dado que la mediación no es más que una forma de solución extrajudicial de los conflictos a la que las partes se someten exclusivamente por su propia voluntad, es lógico que estas acudan para que medie a una persona que sea de su confianza y que además posea los conocimientos necesarios en la materia, y sin duda ambos requisitos pueden concurrir en un Inspector de Trabajo, como en cualquier otra persona que posea amplios conocimientos de derecho laboral. Puede que esto ocurra en ocasiones y es la base de la defensa del acusado Bernardo , pero estimamos que no es lo que aconteció en el caso que aquí enjuiciamos. Tanto en el caso de la empresa Salvador Subirana, como en el de Hidroaluminios, Bernardo no fue llamado por las partes para intervenir en una mediación por su capacidad negociadora y conocimientos jurídicos; ambas empresas, en concreto sus trabajadores, acudieron a la Inspección de Trabajo para solucionar sus conflictos, no a una mediación externa y al aquí acusado se le asignaron ambos asuntos porque era el Inspector territorialmente competente al estar ambas situadas en la comarca del Vallés Oriental; no podía rechazar el caso.

Por tanto ejercía funciones de mediación como Inspector de trabajo no siendo lícito el exigir por ello una remuneración por ellas; los acuerdos que se alcanzaron, en el caso de Jose Antonio , o intentaron alcanzarse en el caso de Hidroaluminios, eran la solución a los problemas latentes en las denuncias planteadas ante la Inspección (así folios 28 y 45). No se le invitó a presidir ninguna mesa de negociación de convenio extraestaestatutario ni cosa parecida, así lo declararon con contundencia los abogados de ambas empresas, sino que intervino en una función normal de mediación atribuida a la Inspección de Trabajo; intentó cobrar por su realización y eso es constitutivo de un delito de cohecho, continuado al haber cometido sendas acciones que infringen idéntico bien jurídico.

CINCO.- Como ya señalábamos con anterioridad los hechos relatados en el apartado sexto son constitutivos de un delito de negociaciones prohibidas a funcionario público, previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal , cometido por el acusado Bernardo . Tras la práctica de la prueba en el acto del juicio quedó acreditado que la empresa Leiro estaba siendo Inspeccionada y que en el curso de dicha Inspección le surgieron una serie de dudas sobre el objeto de la misma (diferencias de cotizaciones a la Seguridad Social) y sobre lo que le pedían los Inspectores y querían defenderse frente a sus requerimientos. Para asesorarse acudió al Gremio de Constructores de Granollers, al que pertenece, y la Junta del citado Gremio que resolvió hacer una consulta al Sr. Juan (anterior Presidente del Gremio) que era experto en el tema y a través de él al Inspector de trabajo que había: Bernardo ; se le conocía porque había hecho algunos cursillos allí (así se acredita documentalmente a los folio 992 a 1002). Que todo el gremio sabía que iba a llamarle Juan para hacerle la consulta. Así lo declararon en el Plenario Carlos Antonio , Vicepresidente de la Junta del Gremio de Constructores de Granollers y Alfredo , secretario por aquel entonces de la Junta del Gremio de Granollers y Aurora , secretaria del citado Gremio en mayo de 2003.

Bernardo asesoró a Piedras Leiro que a su vez estaba siendo inspeccionada por otros inspectores. El mismo lo dice a Juan en su segunda conversación telefónica y queda claro que le pide discreción porque quizá su actuación no sea muy ortodoxa. En efecto, la asesora laboral de Piedras Leiro ya declaró en la instrucción (folio 215), que buscaba asesoramiento y que les dieron directrices sobre la forma de actuar para contrarrestar la opinión de los Inspectores. Declaró que acudieron a la Inspección en dos ocasiones y que luego le remitieron por fax una documentación y Bernardo les hizo llegar una sentencia que aclaraba el tema, mostrando interés en saber como se solucionaba. Es decir no fue una sola reunión en que el Inspector les dio una sentencia, a la que pueden acceder en cualquier base de datos: se trataba de defenderse frente a la Inspección seguida por otros compañeros de Bernardo , en concreto los que constan en los hechos declarados probados según el folio 880 de las actuaciones. En este sentido la conversación mantenida entre Bernardo y Juan el 11/07/03 no deja lugar a dudas. El propio Inspector asegura que ha realizado a Leiro un asesoramiento laboral que él mismo califica de "cojonudísimo" y añade que "si los Inspectores quieren meter mano ellos se tienen que negar

y luchar porque la documentación jurídica que yo les he dado es muy buena...pero si los Inspectores se niegan tienen que luchar para negociar en rebajar liquidaciones..."

Por ello entendemos que se cumplen los requisitos del tipo previsto en el artículo 441 según las precisiones ya mencionadas en relación con la función de asesoramiento asignada a los Inspectores de Trabajo. Entiende la Sala que ninguna participación en dicho delito puede tener Cristobal , al que tan solo el Abogado del Estado acusa de ser autor de este mismo delito. Si bien la Jurisprudencia de la Sala Segunda (Sentencia de 14 de enero de 1994 , Sentencia de 2 de mayo de 1996, núm. 274/1996 , Sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, caso Roldán)

ha señalado reiteradamente que el texto del art. 14 C.P . 73 (hoy art. 28 del C.P. 1995) no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio -es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación- tengan la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología doctrinal: la Ley no impide la punibilidad del "extraneus" como partícipe en el delito propio del "intraneus". Pero la participación en este caso de Cristobal no puede calificarse en modo alguno de esencial: la asesora de una empresa tiene un problema sobre unos temas de la Inspección y decide plantear la duda a su gremio, que la remite a un Inspección de Trabajo para que la asesore; le lleva a la reunión un empleado de la empresa, Cristobal , por pura amabilidad y está presente en la reunión pero sin llevar el peso de la misma; ni ofrecen dinero al Inspector ni este se lo pide y por ello acaba acusado como autor de un delito del artículo 441 del Código Penal . Evidentemente no lo ha cometido, tampoco como cooperador necesario puesto que, en todo caso la iniciativa de consultar al Inspector no fue suya sino de su jefe o de la asesora de la empresa que nunca han sido imputados.

Si algo quedó claro tras la práctica de la prueba en el plenario es que Cristobal era solo un empleado más en la empresa Piedras Leiro que no tenía ninguna facultad decisoria, sino que estaba bajo las órdenes de su jefe en aquella empresa, Benito , como este mismo declaró en el plenario en el que compareció como testigo al igual que la asesora Fiscal de la empresa, Doña. Juana que igualmente aseguró que el único papel de Cristobal fue llevarla en coche al despacho del Inspector a fin de reunirse con el; que fue ella la que llevó al voz cantante en aquella reunión y que de la misma. Que ni ofrecieron ni se les pidió dinero, como así también lo declaró siempre el propio Cristobal y Bernardo . En ningún caso quedó acreditado que se le solicitara a Bernardo el archivo de unos expedientes tramitados por otros Inspectores que ni siquiera fueron propuestos como testigos para ser preguntados sobre la posible intención en este sentido de Bernardo

Igualmente considera la Sala impune la conducta de Juan al que el Ministerio Fiscal imputa la cooperación necesaria en un delito de cohecho; como se ha dicho para el anterior la única participación del mismo acreditada tras la práctica de la prueba es el haber puesto en contacto a Piedras Leiro con Bernardo y tampoco el Ministerio Fiscal le imputa otros hechos diferentes tras la modificación efectuada en el plenario de su escrito de conclusiones provisionales; por su parte el Abogado del Estado le imputa la autoría, se supone que como cooperador necesario, en un delito de los previstos en el artículo 441 del Código Penal . Juan conoce a Bernardo , dada su relación con él en su época como Presidente del Gremio de Constructores de Granollers, institución para la que Bernardo a impartido cursos; no oculta en modo alguno que le va a consultar el asunto de Leiro como quedó acreditado y reprocha el propio Bernardo en la conversación mantenida entre ambos a que ya me he referido. El acusado declaró que entendía que abusaba de la amistad del Inspector, cuando le consultaba algún tema y por eso no era discreto y lo hacía con total naturalidad según declararon los miembros de la Junta. Para él se trataba de un amigo, una persona con amplios conocimientos de derecho laboral por su profesión y amable y colaborador según la relación que habían mantenido. Por eso le consulta y por eso se entiende que concurre en él un error de prohibición invencible lo que excluiría su responsabilidad criminal ex artículo 14.3 del Código Penal .

Conforme al artículo 14 Código Penal , el error de prohibición excluye la responsabilidad criminal en cuanto supone la creencia errónea de estar actuando lícitamente, pero la apreciación del mismo en su faceta invencible, exige la concurrencia de determinados requisitos, a saber: 1º) su estudio y aplicación al caso concreto debe partir del hecho probado declarado en la sentencia de instancia; 2º) para excluir el error no se precisa que el agente tenga seguridad respecto de su proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad; 3º) En todo caso debe ser probado por quien lo alegare si se pretende la exculpación;

4º) Para llegar a esta exculpación habrán de tenerse en cuenta los condicionamientos jurídicos y culturales del agente, así como las posibilidades de recibir instrucciones y asesoramiento y acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de la acción; 5º) Su invocación no es aceptable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada.

Desde luego en este caso concurren todos los requisitos para su aplicación, al haber sido alegado por al defensa de Juan , un albañil sin la instrucción necesaria como para saber en que materias o asuntos puede o no asesorar un Inspector de Trabajo. Ya se ha explicado suficientemente con anterioridad que labores de asesoramiento tiene asignadas legalmente la Inspección de Trabajo y cuales estarían excluidas, implicando ello para la Sala una labor de estudio del ordenamiento jurídico aplicable y de las incompatibilidades que afectan a este tipo de funcionario. Por ello se estima aplicable a Juan el error invencible de prohibición en cuanto a conocer que el asesoramiento que pedía realizara el Inspector Bernardo para Piedras Leiro le estaba prohibido a aquel realizarlo y por ello merece ser absuelto del delito que le imputa el Abogado del Estado. Igualmente del que incorrectamente le acusa el Ministerio Fiscal al entender que la actuación del Inspector de Trabajo en relación con Juan solo puede ser tipificada como de negociación prohibida a funcionario público, en ningún caso de cohecho, luego mal se puede cooperar necesariamente a la comisión de un delito que se estima no existe.

SEXTO.- Valorando la prueba practicada en el acto del juicio oral se declaran probados los hechos reflejados en el apartado cuarto, impunes a juicio de la Sala. El Ministerio Fiscal retiró la acusación en el acto del juicio respecto a cinco de los inicialmente acusados en su escrito de conclusiones provisionales, así como también los párrafos de su primera conclusión provisional que se referían a los mismos, por lo que la acusación respecto a estos cinco se ciñe a la mantenida en el plenario por el Abogado del Estado, resuelta en sentido positivo la cuestión de su legitimación.

Así y por lo que se refiere a Jose Miguel , absteniéndonos de la inicial imputación que hacía el Ministerio Fiscal y de los diferentes hechos por lo que resulta investigado, finalmente tan solo se le imputa cuanto sigue en el escrito de acusación de la Abogacía del Estado: que a consecuencia de la Inspección de Trabajo a que fue sometida la empresa Metales Curvados, S.A. y realizada por el Inspector Bernardo , el dueño de la gestoría Prats Montejo Consulting, S.L. entre cuyos clientes se encontraba la entidad inspeccionada, Jose Miguel fue requerido para que la empresa matriculara a todos los trabajadores a los cursos que el propio Inspector imparte, procediendo la empresa a hacer la inscripción de los 18 trabajadores en un curso de 6 horas a razón de 15.000 pesetas por trabajador , y fue igualmente requerido para pagar cierta cantidad de dinero, siendo el resultado del expediente el archivo de dos de las cuatro supuestas infracciones que lo habían motivado. Por ello interesa respecto a Jose Miguel sea castigado como autor de un delito de cohecho activo propio, previsto y penado en el artículo 423.1º del Código Penal , en relación con el artículo 420 inciso primero. Castiga el artículo 423 en su apartado primero a "Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos"; de la propia redacción de hechos que da el Abogado del Estado en su escrito de acusación entiende la Sala que la calificación jurídica correcta de los mismos sería la del apartado segundo de ese mismo precepto que castiga a "Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos", dado que la iniciativa en los hechos la habría tomado el Inspector de Trabajo y no el particular que en caso de resultar ciertos atendería tan solo a su solicitud en cuanto a matricular a los trabajadores de la empresa Metales Curvados, S.A. en los cursos que imparte el Gremio de Constructores de Granollers, así como a dar dinero por el archivo parcial de uno de los expedientes levantados por la inspección de trabajo, que sería el acto injusto que requiere el artículo 420 del Código Penal , cometido por el Inspector de Trabajo imputado.

Pero en todo caso conviene aclarar, como se desprende del apartado de hechos probados y a sensu contrario, que de ninguna forma han quedado acreditados los mismos. En primer lugar y por lo que se refiere al requerimiento para que la empresa matriculara a todos los trabajadores a los cursos que el propio Inspector imparte en el Gremio de la Construcción de Granollers, procediendo la empresa a hacer la inscripción de los 18 trabajadores en un curso de 6 horas a razón de 15.000 pesetas por trabajador, conviene poner de relieve como ese hecho se conoció a raíz de la declaración de Jose Miguel en sede policial (folio 156), en la cual, relatando el curso de la inspección que el acusado Bernardo había llevado a cabo en la empresa a la que él mismo asesora, y como no le había solicitado ningún pago o recompensa que "solo le sugirió que la empresa matriculara a todos los trabajadores en los cursos que el propio Inspector imparte, junto con otro compañero y un técnico de prevención en el Gremio de Constructores de Granollers...que la empresa matriculó a los trabajadores y el Gremio dio facilidades en cuanto a los horarios". Posteriormente el acusado Bernardo aseveró que cuando una empresa le ha solicitado un centro adecuado de formación en prevención de riesgos laborales, les ha recomendado que "acudan al Gremio de Constructores de Granollers que imparte cursos de diez, veinte y más horas frente a las dos horas que muchas entidades facilitan" añadiendo que son para él los mejores en contenido, extensión y profesionales que los imparte y que nunca ha obtenido ningún beneficio económico por recomendarlos, solo por impartirlos (folios 170 A 172). En el plenario este hecho no fue objeto de prueba en modo alguno por eso no se declara acreditado, fuera de las manifestaciones de las partes, sin siquiera ser preguntados los imputados por el Abogado del Estado o por el Ministerio Fiscal sobre este extremo, conscientes quizá, como ahora pone de relieve la Sala que el que un Inspector de Trabajo asesore e invite a un

empresario, o a su asesor legal como es el caso, a matricular a sus trabajadores en un curso sobre prevención de riesgos laborales no supone ninguna infracción siquiera administrativa, o disciplinaria cuanto menos penal.

En efecto, al regular la función inspectora, que será desempeñada en su integridad por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, el artículo 3 de la LOITSS y como ya se ha explicado pero conviene resaltar ahora, le asigna, entre otros el cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos, en el ámbito, también y entre otros muchos, de la prevención de riesgos laborales, cometido igualmente asignado por el artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que incluye además la función de asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones cuya vigilancia tiene encomendada, y no olvidemos que entre otras muchas, el artículo 19 le impone la obligación de formar a sus trabajadores en estos temas. Por su parte el artículo 7.1 de la LOITSS señala que los inspectores de Trabajo y Seguridad Social finalizada la actividad comprobatoria Inspectora, podrán advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores. En definitiva que nos encontramos con que entre las funciones del Inspector de Trabajo se encuentra la de asesorar a las empresas sobre la manera más efectiva de cumplir las exigencias que les impone la LPRL y entre ellas está el deber de formar a sus trabajadores. Que un Inspector que, como examinaremos a continuación, impuso sanciones a la empresa por infracción de la normativa de prevención de riesgos, asesore en cuanto a la matrícula de estos en unos determinados cursos de formación, además en aquellos que considera de mayor calidad, no constituye ilícito alguno, porque entraría dentro de sus funciones de asesoramiento en estas materias.

Por lo que se refiere al segundo inciso de los hechos que se imputan a Jose Miguel : a saber, ser requerido para pagar cierta cantidad de dinero, a fin de lograr el archivo parcial del expediente que se estaba realizando a la empresa Metales Curvados. No existe en autos ni una sola prueba que apunte a que dicha petición de dinero fuera realizada por parte del Inspector de Trabajo imputado ni atendida por parte de Jose Miguel . En efecto, la única conversación grabada entre ellos y que pudieran ser valorada como prueba es de fecha 17 de junio de 2003, (excluido el valor probatorio de las conversaciones mantenidas entre el 21 y el 30 de mayo entre las que se encuentra la sostenida entre ambos acerca de la tan traída y llevada en el juicio oral "Gallina") y para nada hace referencia a supuestas entregas de dinero o a archivos siquiera parciales del expediente. Los tres que constan en autos que Bernardo realizó en la empresa Metales Curvados, según folio 8802 (Tomo V) estaban ya archivados en aquella fecha; así el I/15583 (folios 102 a 111 de la Pieza segunda documental) y el I/22560/02 (folios 225 a 247 de la misma pieza), que además ni siquiera acabaron en sanción alguna para la empresa puesto que se referían tan solo a la denuncia de un trabajador, Braulio , ante la Inspección de Trabajo, a consecuencia de un accidente laboral sufrido en la misma, y se encontraban archivados, al existir actuaciones jurisdiccionales sobre la materia, desde el 11/11/02 y 19/05/03 respectivamente. Por otra lado el único expediente de los tramitados por Bernardo respecto a esa empresa que acaba en sanción el I/1195/02, no ha quedado acreditado en modo alguno, porque no se ha practicado ni propuesto prueba alguna sobre este extremo: que Bernardo realizara un acto injusto al sancionar solo por dos infracciones a la empresa y no por las cuatro por las que al parecer inició el expediente.

Puesto que se imputa al particular un cohecho activo en relación con el cohecho pasivo simultáneamente cometido por el Inspector que le solicita dádiva por realizar acto injusto (artículo 420 del Código Penal), debemos señalar que por acto injusto debe entenderse todo aquel que es contrario a lo debido

(sentencia 512/1994 , Conde -Pumpido), identificándose con toda actuación que sea contraria al ordenamiento jurídico (sentencia 709/1994 , De Vega Ruiz), de forma que se suele considerar equivalente a ilegal. Pero esa ilegalidad está necesitada de prueba y aquí no se ha acreditado que fuera ilícito el archivo del expediente por dos de las infracciones que lo originaron; Jose Miguel en su declaración en el plenario aseguró que "La Inspección encontró algunas faltas y levantó 4 actas: 2 las pudo defender porque era una de un producto químico no tóxico para calafatear los barcos; y otra por un problema puntual en relación con unas gafas. Otras dos si se penalizaron". Consta en autos que en ese expediente y en la documentación que del mismo obra en autos, Bernardo giró visita a la empresa y observó dos infracciones proponiendo por ellas la correspondiente sanción al órgano administrativo encargado de imponerla o no definitivamente. No se ha acreditado que hubiera actuación ilegal, en el sentido de que hubiera otras infracciones que no se sancionaran. Primero no queda acreditado exactamente cuales son las cuatro infracciones que en principio se detectaron, puesto que al folio 91 de la pieza segunda de documentos, obra manuscrito del Inspector Bernardo en el sentido de que en la visita que este efectúa a la empresa constata la presencia de un trabajador colocando puntos de soldadura eléctrica sin usar gafas de protección, así como la de otro trabajando en una plataforma de unos 15 centímetros de ancho y sobre una altura aproximada de un metro y el pertinente requerimiento del Inspector de Trabajo a fin de que proporcione plataformas de trabajo sólidas y el uso de gafas de protección, además y a

folio 92 requiere a la empresa para la aportación de una serie de documentación ante la Inspección de Trabajo, que había de aportarse el día 27 de noviembre de 2002. Después se propone la sanción, en fecha 13/12/02 (folio 87 y 85), se supone que porque pese a la documentación aportada el Inspector consideró que subsistía alguna de las infracciones, aunque quizá no todas las que detectó en la visita en la empresa. Si algo hubo en esta actuación de la Inspección de Trabajo de irregular o ilegal, es algo que hubiera necesitado de prueba por medio seguramente de una contravisita de otro Inspector específicamente nombrado para tal fin como perito por parte de las acusaciones.

Ni existe esta prueba de la ilegalidad del acto llevado a cabo por el Inspector, como tampoco lo existe respecto a la supuesta entrega de dinero por parte de Jose Miguel a requerimiento de Bernardo , luego es procedente la absolución del Sr. Jose Miguel .

SÉPTIMO.- En parecida situación a la que se encuentra en el procedimiento Jose Miguel , lo están Felix y su hijo Luis Francisco , en el sentido de que frente a ellos, retirada la acusación inicialmente formulada por el Ministerio Fiscal, solo subsiste la sostenida por el Abogado del Estado en su escrito de conclusiones provisionales, en concreto que a consecuencia de la Inspección de Trabajo a que fue sometida la empresa Salvador Vallés Almirall, S.L. y realizada por el Inspector Bernardo , el dueño de la Gestoría i Assesoria J De Cara, S.L. entre cuyos clientes se encontraba la entidad inspeccionada, Felix , a la sazón amigo del referido Inspector pidió un trato de favor en el referido expediente, con expresiones como "haz lo que puedas...que si le puedes meter carpetazo mejor", todo ello en comunicación telefónica mantenida el día 8 de julio de 2003, en la que Bernardo le previno de no divulgar que eran amigos, pues la difusión de tal dato le sería perjudicial. Por ello interesa el Abogado del Estado respecto a Felix sea castigado como autor de un delito de cohecho activo propio, previsto y penado en el artículo 423.2 del Código Penal , en relación con el artículo 420 inciso segundo o subsidiariamente de un delito de tráfico de influencias impropio previsto y penado en el artículo 429 del Código Penal .

Castiga el artículo 423 en su apartado segundo a"Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos"; de la propia redacción de hechos que da el Abogado del Estado en su escrito de acusación entiende la Sala que la calificación jurídica correcta de los mismos sería la del apartado primero de ese mismo precepto, al contrario que lo que ocurría en la acusación sostenida frente a Jose Miguel , que castiga a

"Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos" , dado que la iniciativa en los hechos la habría tomado el particular y no el funcionario público. Por su parte el artículo 429 del Código Penal castiga al particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero.

Toda la prueba en que la acusación trata de fundar la comisión de este delito de cohecho activo o de tráfico de influencias, en definitiva ese tratar de influir en el funcionario público o bien corromperle a fin de que dicte una resolución injusta o simplemente le beneficie económicamente, se basa en la conversación telefónica mantenida entre Felix y Bernardo en fecha 05/07/03; y esa conversación debe ponerse en relación con el expediente de la Inspección I/11737/03, cuyo original obra en autos en una de las piezas separadas formada con la voluminosa documentación incautada en autos. Copia de alguna de las resoluciones que integran este expediente se encuentran en el Tomo III de autos aportadas por los imputados en sus respectivas declaraciones; una de las cosas que sorprende de este expediente es que no está terminado y es que la detención de Bernardo se produce el día 23 de julio de 2003 por lo que seguramente no tuvo tiempo de concluirlo, luego mal se le puede imputar un cohecho pasivo consumado por este expediente pues no tuvo tiempo de realizar acto injusto alguno en el mismo. Pero siguiendo con el relato de este expediente observamos como el Inspector gira visita a la obra que se está construyendo en el Paseo Bellavista nº 104 de Castelldefells el día 27/06/03 y realiza una serie de requerimientos a la empresa (folio 463 del Tomo III de las actuaciones y 326 de la pieza separada formada por la documentación que se incautó la policía en el registro del despacho de Bernardo tras su detención),

citándola para que comparezca el día 09/07/03 a las 12:15 de la mañana a fin de aportar abundante documentación (folio 269 de la pieza separada), entre otras cosas el contrato de servicio de prevención y formación en riesgos laborales, y de actividades preventivas. Un día antes de que hubiera de cumplirse por parte de la empresa con este requerimiento, es cuando se realiza la llamada por parte de Felix a Bernardo ; no puede olvidarse que ambos son amigos. Y Felix le avisa de que al día siguiente su hijo Luis Francisco le llevará la documentación requerida; a partir de ahí la conversación denota que Bernardo siquiera sabía que él pasaba la inspección de una empresa relacionada con su amigo; este le informa de los documentos que le llevará su hijo y comentan lo del servicio de prevención que tiene que contratar la empresa y Felix le informa que lo han

hecho finalmente mediante un servicio de prevención ajeno y no mancomunado con una empresa, Capresa, que es desconocida para el Inspector y este queda encargado en mirarlo y negociar el asunto con el empresario. Al día siguiente, y cumpliendo con el requerimiento el hijo de Felix , Luis Francisco , lleva a la Inspección un sobre, que aseguran contenía esta documentación. No consta como se resolvió el expediente. Desde luego de la expresión "si le puedes meter carpetazo, mejor", no puede desprenderse un intento de influir en el Inspector de Trabajo. Inspector y asesor de la empresa son amigos y en este tono cordial se sigue la conversación; Felix no promete ni ofrece nada por el archivo del expediente que además no consigue; simplemente y por el hecho de tener confianza con el Inspector le llama para informarle de que han cumplido el requerimiento que hacía a la empresa que él asesora y que se lo haría llegar con arreglo a lo requerido, y en ese sentido puede entenderse el término dar carpetazo, como expresión coloquial en el sentido de que se archive el expediente porque han cumplido con lo que se les exigía en el mismo y se había firmado un contrato de prevención con un servicio ajeno, contrato que obra a los folios 470 a 477 de autos. Igualmente la petición de confidencialidad por parte de Bernardo a Luis Francisco en esa misma conversación, puede tener múltiples significados;

uno que se le ocurre a este Tribunal, es el de evitarle perjuicios al propio Felix toda vez que pese a la amistad que mantiene con el Inspector la empresa puede resultar sancionada. El propio Inspector a lo largo de la conversación y en concreto al final de esta, pone de manifiesto el mal estado en que se encuentra la obra y con ello la posibilidad de que pese al cumplimiento al menos parcial del requerimiento haya de imponerse alguna sanción. Podemos por ello concluir que de la conversación relatada entre dos amigos, uno de ellos Inspector de Trabajo y otra asesor de la empresa que aquel inspecciona, no puede entenderse acreditado que Felix cometa delito alguno, intentando corromper o influir en su amigo. Simplemente le llama para anticiparle la visita de su hijo al día siguiente y como creen que con ello cumplen el requerimiento, de ahí la expresión de "si le puedes dar carpetazo"; no ofrece nada para el caso de que lo haga, ni siquiera se lo pide terminantemente; es la sugerencia de lo que entiende procede al haber cumplido; y el Inspector tampoco le garantiza nada ni le anticipa el resultado del acta que pueda levantarse tras su visita; simplemente queda en mirarlo y le informa del mal estado de la obra.

Por ello entendemos procedente la absolución con respecto a Felix ; otro tanto ocurre con respecto a su hijo Luis Francisco , con respecto al cual la acusación que se ejercita frente a él consiste tan solo en haber acudido al despacho del Inspector Bernardo . Se pregunta la Sala que delito es este; según el Abogado del Estado una cooperación necesaria al delito que afirmaba cometido por su padre. Ya hemos fundamentado que su padre no ha cometido ningún delito luego difícilmente podemos entender que él haya cooperado necesariamente a su ejecución. Pero es que además desde un principio él ha asegurado que acudió al despacho del Inspector tan solo a entregar los papeles del requerimiento a que nos hemos referido anteriormente; el policía con número de carné profesional nº NUM000 que llevó a cabo la Vigilancia del despacho de Bernardo en la Inspección, solo pudo declarar que ese día 09/07/03, acudió al mismo Luis Francisco y le recibió el inspector y entró y salió con una carpeta.

Un Inspector de trabajo requiere a una empresa una documentación y la cita en el despacho de la Inspección un día y una hora; en ese día y a esa hora, más o menos, acude a la Inspección una de las personas que trabaja en la asesoría de dicha empresa con una carpeta. No existe prueba alguna de que con ello se coopere necesariamente en la ejecución de ningún delito de cohecho activo o de tráfico de influencias, cuya autoría directa tampoco se ha acreditado según lo expuesto, sino más bien de que se cumple con los requerimientos de la Inspección de Trabajo y se coopera con ella como obliga la Ley a los empresarios. Por ello se llega a idéntica conclusión absolutoria respecto Luis Francisco .

OCTAVO.- Por lo que respecta al imputado Valentín , pesa sobre él una doble acusación: de una parte la que formula frente a él el Abogado del Estado, que mantuvo incólume su escrito de conclusiones provisionales y le acusaba por ello como autor de de un delito de estafa previsto y penado por el artículo 248.1 º y 250.7º del Código Penal de 1995 , en concurso medial con el cohecho pasivo del artículo 419 del Código Penal en relación con el artículo 77 del mismo cuerpo legal .

De otra la que sostiene frente al él el Ministerio Fiscal, que le acusa de ser cooperador necesario de un delito continuado de cohecho pasivo del artículo 425 del Código Penal .

Pus bien la primera de las acusaciones debe de ser radicalmente rechazada por absolutamente incongruente con los hechos de que se le acusan por parte de la Abogacía del Estado. En efecto, la misma considera que los hechos relatados en su apartado quinto son constitutivos de los delitos ya mencionados de estafa en concurso medial con un cohecho pasivo. Los hechos relatados en el mencionado apartado son los que siguen:

"El acusado Bernardo era el Inspector de Trabajo encargado de conocer el expediente seguido contra la empresa "José Ramoneda Esteve, S.L.", iniciado por denuncia del trabajador Pedro Enrique , al caer por escalera a su juicio en mal estado. Por ello citó al referido trabajador, al que aconsejó asesoramiento de

Valentín , amigo de aquel, presentándolo como abogado siendo graduado social. Dieciocho meses después, y previo concierto entre el acusado Bernardo y el dueño de la empresa citada por archivar el expediente, se aconsejó por Valentín al trabajador denunciante firmar su finiquito retirando la denuncia y reconociendo unos hechos diferentes a los iniciadores del expediente, permitiendo el archivo del asunto. El supuesto abogado no cobró cantidad alguna por sus servicios."

Por lo que afecta al delito de estafa, recientemente la STS 888/2.005 ha venido a consignar los elementos que lo configuran:

a) Engaño, precedente o concurrente, que constituye el elemento nuclear de este tipo penal.

b) Exigencia de que el engaño sea suficiente o proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto (para lo que es menester atender tanto a módulos objetivos como a las condiciones personales del sujeto engañado y a las demás circunstancias relevantes que concurran en el caso).

c) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, que propicie el correspondiente desplazamiento patrimonial.

d) Acto de disposición patrimonial con el consiguiente perjuicio para la persona o entidad disponente.

e) Ánimo de lucro en el sujeto activo (elemento subjetivo del injusto).

f) Relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado.

Pues bien, de la lectura del relato de hechos contenidos en el escrito de acusación del Abogado del Estado, retirada la acusación del Ministerio Fiscal, se desprende que los mismos siquiera son constitutivos de una estafa, pues falta en dicha descripción uno de sus elementos típicos, a saber el supuesto ánimo de lucro que difícilmente puede predicarse de un imputado respecto al cual expresamente se señala que no consta que cobrase por esta actuación, ni el supuesto perjuicio causado a Pedro Enrique . Siquiera serían los hechos imputados, caso de haberse acreditado, constitutivos de estafa y si impunes, por no contener la causación al trabajador de perjuicio alguno dejando este de obtener una determinada cantidad de dinero permitiendo el archivo de su asunto (extinción de su contrato de trabajo), con el correlativo ánimo por obtener dicha cantidad por parte del acusado. Por eso es evidente que no se cometió delito de estafa por parte de Valentín y tampoco el correlativo de fraude del que se acusa al Inspector de Trabajo, previsto en el artículo 438 del Código Penal y que castiga a la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida.

Este mismo hecho al que nos estamos refiriendo, el quinto del escrito de acusación del Abogado del Estado, lleva a esta acusar en solitario a Abelardo , al haber retirado en el acto del juicio su acusación frente a él el Ministerio Fiscal, como autor de un delito de un delito de cohecho pasivo, previsto y penado en el artículo 423 del Código Penal en relación con el artículo 419 del mismo cuerpo legal y al Inspector de Trabajo aquí acusado de otro del artículo 419. Les acusaría así de haber pactado el archivo del expediente de la Inspección de Trabajo incoado a raíz de la denuncia del trabajador de la empresa del Sr. Abelardo , Pedro Enrique , en connivencia con Valentín que habría inducido al trabajador a retirar la denuncia.

Podemos decir, tras el análisis de la prueba practicada, que en modo alguno han quedado acreditados estos hechos sin que concurran los elementos típicos requeridos para su subsunción en los artículos citados del Código Penal. En efecto, en primer lugar y por lo que respecta a la actuación del Inspector de Trabajo consta que tramitó un expediente a raíz de la denuncia del propio trabajador de fecha 05/09/02, cuando el accidente que le sirve de base era de 30/08/01. El expediente consta a los folios 572 a 574 de autos. El propio trabajador reconoce que no tenía abogado en el momento en que acude al Inspector y que este le recomienda a un amigo suyo Valentín . A partir de ahí el Inspector en el curso de dicho expediente de la Inspección de Trabajo, en concreto el nº I/17811/02, gira una visita a la empresa a fin de comprobar el estado de la escalera, en la que no aprecia defectos de seguridad y así lo informa a su superior en la propuesta de archivo del expediente de fecha 19/05/03, unido al escrito de desistimiento del trabajador que le presentaron el dueño y el letrado de la empresa Ramoneda, Jose Pablo . Pues bien en modo alguno ha quedado acreditado que no fuera debido tal archivo porque la escalera realmente si estuviera en mal estado, o bien por cualquier otro motivo. El tipo de cohecho que se imputa al inspector por estos hechos por la única parte que sostiene la acusación por los mismos, es de los que requieran la solicitud de dádiva o presente por realizar un hecho constitutivo de delito. ¿Cuál se supone que es este delito? No se puede predicar este carácter del archivo de un expediente que se inicia por la nunca de un trabajador que se presenta más de un año después de haber sufrido un accidente y en la que se mezclan aspectos tan variados como el mal estado de la escalera y que la empresa no tiene agua potable o que los contratos son a tiempo parcial (ver denuncia a folio 572), aparte de que se hubiera requerido prueba de la ilicitud o carácter delictivo del acto realizado por el Inspector de Trabajo como ya se ha fundamentado y que nuevamente no se ha propuesto ni practicado.

Tampoco entendemos que se esté imputando un acuerdo entre Valentín y el Inspector a fin de estafar al trabajador forzándole a firmar el archivo de este expediente ¿Qué se lograría con ello?

No ha quedado acreditado la obtención de beneficio alguno por parte de Bernardo , o Valentín por este asunto; tampoco Abelardo respecto al cual ha quedado acreditado que pagó al trabajador la cantidad de 34.000 euros por la conciliación de su despido lograda en el Servicio de Conciliación de la Generalitat de Cataluña, lograda ante un árbitro conciliador, el propio trabajador asistido de su asesor, y el letrado de la empresa Ramoneda (acta de conciliación de 05/05/03 a folio 265 y 574), donde desde luego el trabajador debía saber lo que estaba firmando y porqué recibía dicho dinero. El mismo reconoció en el acto del juicio que "Su intención era seguir trabajando. Pero luego fueron a la Conciliación y quedaron en firmar el despido"; pero es que además también se considera acreditado que recibió de la empresa Ramoneda la cantidad de 19.232,39 euros como indemnización adicional por la retirada de la denuncia y ello pese a la negativa del trabajador en virtud del acuerdo firmado por ambos y obrante al folio 577 de la causa cuyo original fue aportado en el acto del juicio y según testificó en el plenario el Abogado del Sr. Abelardo , Jose Pablo . Concluyendo entendemos que no ha quedado acreditado ni perjuicio alguno para Pedro Enrique pese a que tampoco se acusaba expresamente de haberlo causado, ni la comisión de delito alguno por parte del Inspector Bernardo a la hora de archivar un expediente con base en una denuncia no suficientemente fundada, ni el acuerdo entre este y Abelardo para archivarlo, toda vez que la conversación grabada en autos entre ambos, se mantiene un mes después del archivo del expediente y en ella Abelardo tan solo se interesa del estado del mismo limitándose el Inspector a informarle de que estaba archivado. Ni se pide nada por ese archivo ni nada se solicita y basta leer la conversación para comprobarlo.

Finalmente el hecho de recomendar a un trabajador al que se ve desamparado a un graduado social de confianza como puede ser Valentín para Bernardo no se considera constitutivo de ilícito alguno y desde luego no se ha acreditado ni imputado ningún tipo de negligencia en la actuación del graduado en relación con el tema laboral del trabajador Pedro Enrique , cuyo expediente completo obra al Tomo II del Rollo de la Sala. Por todo ello y en virtud de lo expuesto se considera procedente la absolución de Abelardo y Valentín con relación a los delitos que imputa a ambos el Abogado del Estado.

NOVENO.- Respecto a la acusación que el Ministerio Fiscal sostiene sobre Valentín le acusa de ser cooperador necesario de un delito continuado de cohecho pasivo del artículo 425 del Código Penal , y ello aunque tras la modificación efectuado por el Ministerio Fiscal de su escrito de conclusiones provisionales, tan solo se le imputaba un hecho: haber actuado de intermediario de Bernardo para conseguir tres millones de pesetas de un empresario, al parecer llamado Jesús Ángel , que supuestamente tenia determinados problemas con unos pakistaníes ilegales. Desde luego la realización de este delito no ha quedado acreditada en forma alguna; las sospechas que pudiera haber levantado la conversación entre Valentín y Bernardo , dos íntimos amigos como siempre han reconocido, en cuanto a que se aprovechase de las irregularidades detectadas en una de las Inspecciones llevadas a cabo por Bernardo para forzar al pago de determinadas cantidades a un tal Jesús Ángel , no han sido en absoluto acreditadas; tras una investigación larga y exhaustiva y un juicio oral que no lo fue menos no se ha acreditado quien es Jesús Ángel , ni que Bernardo realizara una inspección sobre una empresa en la que este trabajara, ni por tanto que realizara funciones propias de su cargo en relación con el mismo, por lo que no puede entenderse acreditado que haya interesado dinero o cualquier otra dádiva por ellas o que Valentín cooperase necesariamente a ello. Por lo tanto Valentín merece ser igualmente absuelto del delito imputado por el Ministerio Fiscal.

DÉCIMO.- De los hechos declarados probados en los apartados segundo, tercero y sexto es responsable criminalmente el procesado Bernardo en concepto de autor, por aplicación del artículo 28 del Código Penal , al haber realizado por sí todos los actos tendentes a obtener el resultado delictivo. No concurre circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal.

En base a estas consideraciones, es aplicable por ello al citado la pena de multa del doble valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por un período de tiempo de un año y nueve meses como autor de un delito continuado de cohecho pasivo previsto y penado en el artículo 425 del Código Penal , en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo legal . Y como autor de un delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal , se le impone la pena mínima de multa de seis meses con cuota diaria de 12 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como suspensión de empleo o cargo público por tiempo de un año.

El valor de la dádiva se fija en la cantidad de 500.000 pesetas (3.000 euros) al ser esta la que intentó cobrar de la empresa Salvador Subirana y la única que ha quedado acreditado pues la referente a la empresa Hidroaluminio la Roca fue solo una solicitud no concretada al no haberse alcanzado acuerdo. La cuota diaria de multa se fija teniendo en cuenta los ingresos percibidos por el acusado como Inspector pero también sus cargas familiares

con tres hijos; por ello es superior a las normalmente fijadas y previstas para un sueldo medio, de 6 euros aproximadamente, pero aún dentro de la parte baja de los límites previstos en el artículo 50.3 del Código Penal.

UNDÉCIMO.- De conformidad a lo establecido en los artículos 116 y 123 del Código Penal , todo responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente, debiendo ser condenados los al pago de las costas procesales en la proporción que a cada uno corresponda. Por ello el acusado Bernardo deberá ser condenado al pago de una octava parte de las costas causadas. Por lo que se refiere a las soportadas por los acusados Valentín , Cristobal , Jose Miguel , Felix , Luis Francisco , Juan y Abelardo entiende la Sala que deben ser impuestas al Estado.

En efecto, el sostenimiento de la acusación frente a estos fue manifiestamente infundado, quedado patente en el acto del juicio oral, en el que a la vista de esta circunstancia el Ministerio Fiscal decidió retirar su acusación, sosteniéndola sin mayores argumentos el Abogado del Estado. Partiendo de la consideración de que la regla general cuando se dicta una Sentencia absolutoria es la declaración de oficio de las costas procesales causadas, el artículo 240.3º último inciso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que las costas de un acusado serán impuestas a la acusación particular cuando resulte de las actuaciones que la acusación particular ha obrado con temeridad o mala fe. Sobre los conceptos de temeridad y mala fe, la doctrina de la Sala Segunda ya ha advertido sobre la inexistencia de una definición legal (sentencias de 23 de diciembre de 2002 y 11 de marzo de 1998), por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada caso. Desde luego que la interpretación de los conceptos de temeridad y mala fe ha de ser restrictiva (sentencias de 19 de septiembre de 2001 y 5 de julio de 2004), habiendo de estarse a lo que resulte en cada caso concreto de la consistencia o sustento de la pretensión formulada por la acusación, su incidencia perturbadora o no a lo largo del proceso y, sustancialmente, su confrontación con las tesis mantenidas por el Ministerio Fiscal, criterio este último que tiende a sobreponerse como definitivo (sentencia de 17 de mayo de 2004).

Debe entenderse que concurre cuando carezca de consistencia la pretensión acusatoria en tal medida que no pueda dejar de deducirse que quien la formuló no podía dejar de conocer lo infundado y carente de toda consistencia de tal pretensión, y por ende, la injusticia de la misma, por lo que en tal caso, debe pechar con los gastos y perjuicios ocasionados a los acusados con tan injustificada actuación (sentencia de 5 de julio de 2004). Ha quedado de manifiesto la inconsistencia de la pretensión acusatoria sostenida hasta el final por parte del Abogado del Estado y por ello entendemos que las costas de estos acusados deben de ser soportadas por el Estado.

Por cuanto antecede y demás preceptos de general y pertinente aplicación

FALLO

Condenamos a Bernardo como autor penalmente responsable de un delito continuado de cohecho pasivo y otro de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, ya definidos y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de pena de multa de 3.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 10 días de privación de libertad para el caso de impago y suspensión de empleo o cargo público por un período de tiempo de un año y nueve meses por el primero. Y por el segundo la pena de multa de seis meses con cuota diaria de 12 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como suspensión de empleo o cargo público por tiempo de un año, y al pago de la octava parte de las costas causadas.

Absolvemos a Cristobal , Jose Miguel , Felix , Luis Francisco y Abelardo de los delitos de que venían siendo acusados por el Abogado del Estado. Las costas causadas a estos acusados se imponen al Estado. Absolvemos a Valentín y Juan de los delitos de que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, con declaración de oficio de las costas causadas a los mismos.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, significándoles que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de 5 días a contar desde la última notificación mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en el día de la fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente constituida en audiencia pública en la sala de vistas de esta sección, de lo que yo el Secretario, certifico y doy fe.

LA VANGUARDIA

Multa de 5.000 euros para un inspector de trabajo por sobornar y asesorar a empresas investigadas

REDACCIÓN
03/05/2007 20:54 | Actualizado a 04/05/2007 17:30

Barcelona. (EUROPA PRESS).- La Audiencia de Barcelona ha condenado a un inspector de trabajo a pagar 5.160 euros de multa y le ha impuesto casi tres años de suspensión de empleo o cargo público por exigir dinero a empresas a cambio archivar un expediente y por asesorar a una industria mercantil que estaba siendo investigada por compañeros suyos.

La Sección Séptima de la Audiencia condena a Miguel Ángel M.E.S. a pagar una multa de 3.000 euros y a un año y nueve meses de suspensión de empleo o cargo público por un delito continuado de cohecho pasivo y le impone una multa de 2.160 euros y un año de suspensión de empleo por un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

La Sala, por otra parte, absuelve a los otros siete acusados que fueron juzgados junto a Miguel Ángel M.E.S por cohecho y estafa. Se trata del ex presidente del Gremio de Constructores de Granollers (Barcelona), Emili B.O.; de un graduado social amigo

del inspector de trabajo condenado, Vicente Z.B.; de los empresarios Eduardo P.M., Andrés V.P. y José R.E.; y de Joaquín C.G., dueño de una gestoría, y de su hijo, Carlos C.B.

La Sección Séptima tan sólo considera probadas tres de las siete actuaciones irregulares que se imputaban al inspector de trabajo a raíz de varios expedientes que le habían sido asignados, correspondientes a empresas de las comarcas barcelonesas del Vallès Oriental y Anoia en las que intervino entre mediados de 2002 y principios de 2003.

Según declara probado la sentencia, en febrero de 2003, Miguel Ángel M.E.S. exigió 1.500 euros al abogado de una industria química por las cinco gestiones que realizó hasta que la empresa llegó a un acuerdo con los trabajadores, que la habían denunciado a la Inspección porque pretendía llevar a cabo un cambio en los métodos de trabajo sin informar a la representación legal de los empleados.

Por otra parte, Miguel Ángel M.E.S., que desde 1994 es funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, intervino desde junio de 2002 en los cinco expedientes abiertos a una mercantil de aluminio y, pese a que la empresa y los trabajadores no llegaron a firmar ningún acuerdo, el procesado advirtió a la letrada de la empresa que minutaría una cantidad por desplazamientos en caso de que el mismo se alcanzase.

La Sección Séptima condena también al inspector de trabajo por asesorar, a petición del ex presidente del Gremio de la Construcción de Granollers -amigo suyo-, a una empresa que estaba siendo sometida a seis expedientes por la Inspección de Trabajo.

Según la sentencia, sin embargo, no consta acreditado que el inspector pidiese dinero por asesorar a la empresa ni que ésta se lo ofreciese.

El Tribunal recuerda en este sentido que a los inspectores se les permite prestar asesoramiento gratuito a empresas y trabajadores "a fin de un mejor y más completo cumplimiento"

de la normativa, pero no para "contrarrestar la actuación inspectora que puedan estar desarrollando otros compañeros de la misma Oficina".

Además, según la sentencia, sus labores de conciliación y mediación "entrarían dentro de la función inspectora y estarían incluidas en el salario que el funcionario percibe por el desarrollo de su trabajo como inspector, luego el pretender por ellas una remuneración -como ha ocurrido en este caso- está proscrito penalmente".

Cargando siguiente contenido...

Gipuzkoa

Condenado un inspector de Trabajo por sobornos

Viernes, 4 mayo 2007, 13:52

La Audiencia de Barcelona ha condenado al pago de una multa de 5.160 euros a un inspector de Trabajo de Barcelona por sobornar a un empresario expedientado y asesorar a una industria que estaba siendo investigada por compañeros suyos. El procesado pidió 1.500 euros al abogado de una industria química expedientada por las cinco gestiones que llevó a cabo en relación con esa inspección laboral. EFE

MÁS NOTICIAS DE EL DIARIO VASCO

El colegio Mundaiz, en el que estudió Gasco, dispuesto a investigar la denuncia de abusos

El Anaitasuna se medirá al Getafe en la Copa

PATROCINADA

SANITAS

Así puede tu médico medir tus constantes vitales con la cámara de tu móvil

TE PUEDE INTERESAR

No te lo pierdas: gafas progresivas por solo 109€ ¡y el segundo par gratis!

gafas.es | Patrocinado

FlixOlé: La plataforma del cine español

FlixOlé | Patrocinado

Fatiga constante después de los 50 años: Una solución simple para hacer cada día.

Salud Vitalidad | Patrocinado

MÁS NOTICIAS

Ernesto Gasco: «Sufrí abusos en el colegio religioso»

EL DIARIO VASCO

Gipuzkoa suma 307 nuevos positivos de Covid-19 y la segunda ola comienza su descenso

EL DIARIO VASCO

Coronavirus: Fallecen dos usuarios de las residencias de mayores de Gipuzkoa con Covid-19

EL DIARIO VASCO

Fotos

Comienza el derribo de los edificios del Infierno

Las Drag Queen tailandesas luchan por la democracia y la igualdad

Las imágenes del entrenamiento de la Real

Francia endurece los controles

© Sociedad Vascongada de Publicaciones, S.A.
Domicilio social en Camino de Portuetxe, 2 San Sebastián 20018

Roj: **SAN 4672/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4672**

Id Cendoj: **28079230012017100644**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **21/11/2017**
Nº de Recurso: **38/2016**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FUNDO DOCUMENTAL CL

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000038 / 2016

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **07208/2015**

Demandante: GOOGLE **INC**

Procurador: **MARIA DE GRACIA LOPEZ FERNANDEZ**

Demandado: **AGENCIA PROTECCIÓN DE DATOS**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Dª. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo PO 38/2016 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora Dª. MARIA DE GRACIA LOPEZ FERNANDEZ, en nombre y representación de GOOGLE INC. frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 6 de octubre de 2015 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Google Inc. se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 7 de diciembre de 2015, acordándose su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno tal entidad actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 13 de octubre de 2016 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que *estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por mi representada se anule en lo relativo a la orden de bloqueo de los enlaces controvertidos, por los motivos expresados a lo largo de la presente demanda, la resolución de la Directora de la AEPD de 6 de octubre de 2016 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por mi mandante contra la resolución de 23 de junio de 2015 del Director de dicha Agencia.*

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 3 de febrero de 2017, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso, confirmando la resolución administrativa impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO .- Mediante Auto de 21 de marzo de 2017, se admitió y declaró pertinente la prueba documental propuesta. Practicadas las pruebas documentales propuestas y admitidas, y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO .- Se señaló para tal votación y fallo de este recurso, el día 7 de noviembre de 2017, fecha en la que tuvo lugar la deliberación, votación, y fallo, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FU NDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la representación procesal de la entidad GOOGLE INC. la resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 6 de octubre de 2015, que desestima parcialmente el recurso de reposición promovido contra resolución dictada en el procedimiento TD/00073/2015, y que acuerda estimar también parcialmente la reclamación formulada por don Leonardo , contra Google Inc. (Google Spain S.L.), instando a esta entidad para que adopte las medidas necesarias para evitar que su nombre se vincule en los resultados de las búsquedas de las siguientes URLS :

1.http://rnerianmi.wordpress.com/2011/04/ 05/comisionista-en-empresas-publicas-tras-la-implicacion-de-la-hija-de-chaves-en -el-caso-matsa-ahora-es-su-hijo-mayor-el-que- esta-baja-sospecha-el-pseo-esta-pre ocupado/

2.http://buscador.emol.com/noticias/ Leonardo

3.http://buscador.emol.com/noticias/ Leonardo

4.http://carcelesconcertinas.blogspot.com /2012/01/corrupciones-socialistas-vertiente.html

5. http://elmilicanocnt-aitchiclana.blogspot com/2011 04 01 archive.html

6. http://foros.periodistadigital.com/viewtopic.php?t=33246

7. http://latelaranaandaluza.blogspot.comt/2011 04 01 archive. html

8.http://melchorrmiralles.es/2011/04/12/i van-chaves-vende-parcelas-en-tanger-con-una-comision-de-10/

9.http://nosfelicespocos.blogspot.com/201 1/12/aparece-un-segundo-testigo-que-en.html

10. http://www.20minutos.es/noticia/1011065/0/junta/actas/ere/

11.http;//www.alertadigital.com/2011/04/1 2/el-hijo-de-chaves-tiene-intereses-en-la-venta-de-parcelas-en-marruecos-país- con-el-que-los-socialistas-andaluces-mantienen- excelentes-relaciones/

12. http://www.ayamonte.org/modules/xforum/makepdf.php?

post id=23451&forum=l&topic id=5234

13.http://www.buscaoposiciones.com/foro/O posiciones-Junta-de-Andalucia-fmen-1038637-5058375.htm

14. http://wwvv.cunoticias.com/noticiasde/ Leonardo .php

15. http://www.diariosol.es/foro/topic.php?id=5601

16.http://elconfidencia.com/en-exclusiva/ 2011/chaves-parcelas-tanger-comision-20110412-77364.html

17. http://www.elmundo.es/accesible/elmundo/2011/04/05/andalucia/1301956474.html

18. http://www.foro-ciudad.com/usuarios-mensaies.php?

IDU=1000355255&P=38

19.http://www.foroloco.org/t6788/la-tela- de-arana-de-la-corrupcion-del-psoe-en-andalucia/330/

20.http://lwww.grupopre.com/v2/v3 foro/index.php?post=25470

21.http://www.libertaddigital.com/naciona l/2011-12-06/una-nueva-testigo-confirma-la-trama-de-influencias-de-ivan-chaves-c on-la junta-1276443477/

22. http://www.saharalibre.es/modules.php?name=News&file=print&sid=4686

23. http:JLwww.saharalibre.es/modules.php?

name=News&file=print&sid=4686

24.http://foroloco.foros.es/t6788/la-tela -de-arana-de-la-corrupcion-del-psoe-en-andalucia/300/

48. http://quiosco.elmundo.orbyt.es/ModoTexto/PaginaNoticialmprimir.aspx?

id=7992614&sec=E1

%20Mundo&fecha=09 01 2012&pla=pla 562 Madrid&tipo=1

49.http://lwww.elconfidencia.com/en-exclu siva/2011/chaves-robo-documentos-20110405-77073.htm1

50. http://www.upyd.es/movil/index.php?mdl=noticias&id=73997

51.http://barbagris-tedax.blogspot.com/20 11/04/sebastian-torres-sevilla-ivan-chaves.html

52.http://elmilicianocnt-aitchiclana.blog spot.com/2021/04/la-rentabilidad-de-ser-el-hijo-del-ex 13. html

53. http://foros.periodistadigital.com/viewtopic.php?p=339900

54.http://www.foro-ciudad.com/usuarios-me nsajes.php?IDU=1000196672&P=6

55. http://www.forodelasrozas.com/foro/viewtopic.php?=21&t=31602&start=21

56.http://www.libertaddigital.com/naciona l/un-divorcio-y-un-extrano-robo-tras-las-sospechas-sobre-el-hijo-de-chaves-12764 19416/

57. http://carnbiacalp.com/2011/04/05/estrategias-equivocadas/

58. http://ambetazo.blogspot.com/2011 04 01 archive.html

59. http://forocoches.com/foro/showthread.php?t=2142862

60. http://marconi.over-blog,es/article-chaves-y-juan-guerra-71576505.html

61.http://maremagnurndequisicosillas.blog spot.com/2014/03/valseca-y-jose-luis-rodriguez-zapatero.html

62.http://mundo-edicion-impresa.vlex.es/v id/ivan-opera-despacho-facturo-informes-270203942

63.http://www.debatimos.corrr/foros/nacio nales/la-verguenza-de-andalucia-(chaves)-y-su-'clan-familiar'-(todos-bien-coloca ditos)/90/?wap2

64. http://www.elmundo.es/accesible/elmundo/2011/04/05/andalucia/1302955474.html

65. http://www.elpadulopina.es/foro/index.php?topic=277.135

66.http://www.foroelchecf.com/politica/ot ro-hijo-del-socialista-chaves-aprovecha-condicion-t105727. html

67.http://www.rankia.com/foros/economia-p olítica/temas/723486-fiscalía- pide-imputacion-plana-mayor-gobierno-valenciano-por-seis-delitos-corrupcion?

page=5

68. http://www.soloespolitica.com/foro/viewtopic.php?

t=5239&p=130686&ancho=1

69.http://www.vandal.net/foro/mensaje/616 435/ivan-chavez-investigado-por-intermediario-corrupcion-en-andalucia/

70.http://hemeroteca2.porandalucialibre.e s/actualidad/actualidad-general?

start=940

CENDOJ

La resolución en este acto combatida, estima parcialmente la reclamación del denunciante, instando a la entidad Google a que adopte las medidas necesarias para evitar que su nombre se vincule en los resultados de las búsquedas en las siguientes URL'S:

http://buscador.emol.com/noticias/ Leonardo

http://buscador.emol.com/noticias/ Leonardo http://carcelesconcertinas.blogspot.com/2 012/01/ corrupcianes-socialistas-vertiente.html

http://elmilicanocnt-aitchiclana.blogspot com/2011 04 01 archive.html

http://foros.periodistadigital.com/viewto pic.php?t=33246

http://latelaranaandaluza.blogspot.comt/2 011 04 01 archive, html

http://melchorrmiralles.es/2011/04/12/iva n-chaves-vende-parcelas-en-tanger-con-una-comision-de-10/

http://nosfelicespocos.blogspot.com/2011/ 12/aparece-un-segundo-testigo-que-en. html

http;//www.ayamonte.org/modules/xforum/ma kepdf.php?

post id=23451&forum=l&topic id=5234

http://www.buscaoposiciones.com/foro/Opos iciones-Junta-de-Andalucia-fmen-1038637-5058375.htm

http://wwvv.cunoticias.com/noticiasde/ Leonardo .php

http://www.diariosol.es/foro/topic.php?id =5601

http://elconfidencia.com/en-exclusiva/20l 1/chaves-parcelas-tanger-comision-20110412-77364.html

http://www.elmundo.es/accesible/elmundo/2 011/04/05/andalucia/1301956474.html

http://www.foroloco.org/t6788/la-tela-de- arana-de-la-corrupcion-del-psoe-en-andalucia/330/

http://lwww.grupopre.com/v2/v3 foro/index.php?post=25470

http:llwww.libertaddigital.com/nacional/2 011-12-06/una-nueva-testigo-confirma-la-trama-de-influencias-de-ivan-chaves-con- la junta-1276443477/

http://www.saharalibre.es/modules.php?nam e=News&file=print&sid=4686

http://foroloco.foros.es/t6788/la-tela-de -arana-de-la-corrupcion-del-psoe-en-andalucia/300/

http://www.upyd.es/movil/index.php?mdl=no ticias&id=73997

http://barbagris-tedax.blogspot.com/2011/ 04/sebastian-torres-sevilla-ivan-chaves.html

http://www.libertaddigital.com/nacional/u n-divorcio-y-un-extrano-robo-tras-las-sospechas-sobre-el-hijo-de-chaves-12764194 16/

http://carnbiacalp.com/2011/04/05/estrate gias-equivocadas/

http://forocoches.com/foro/showthread.php ?t=2142862

http://marconi.over-blog,es/article-chave s-y-juan-guerra-71576505.html

http://www.debatimos.corrr/foros/nacional es/la-verguenza-de-andalucia-(chaves)-y-su-'clan-familiar'-(todos-bien-colocadit os)/90/?wap2

http://www.soloespolitica.com/foro/viewto pic.php?

t=5239&p=130686&ancho=1

http://www.vandal.net/foro/mensaje/616435 /ivan-chavez-investigado-por-intermediario-corrupcion-en-andalucia/

http://hemeroteca2.porandalucialibre.es/a ctualidad/actualidad-general?

start=940

Y desestima la reclamación formulada en relación al resto delas URL'S

SEGUNDO.- La actora discrepa del contenido de dicha resolución y sustenta su pretensión impugnatoria en las siguientes consideraciones:

1º) Infracción de la doctrina del TJUE establecida en la sentencia de 13 de mayo de 2014 y de los artículos 20.1 de la CE , 10 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 11 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, 19.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

La información sobre investigaciones policiales de sucesos con posible trascendencia penal tiene interés general *per se* .

La profesión desempeñada por el Sr. Leonardo dota a la información de relevancia desde un punto de vista subjetivo.

La información publicada sobre el Sr. Leonardo es veraz, independientemente del resultado procesal de las investigaciones policiales.

La AEPD yerra al calificar la información de obsoleta y negar su interés público por el hecho de que las noticias fueran publicadas en los años 2011 y 2012.

2º) Vulneración por parte de la resolución recurrida de los siguientes artículos:

Articulo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CDHLF)

Articulo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)

Articulo 19 de la declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

Articulo 19.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Articulo 6.4 de la LOPD en relación con el articulo 9.2 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las Personas con respecto al Tratamiento automatizado de Datos de Carácter personal.

Articulo 20.1 a) y d) de la Constitución Española .

3º) Infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre " *el interés general* ".

El representante del Estado se opone al recurso por entender que la resolución impugnada realiza una adecuada ponderación de intereses, ya que las informaciones ofrecidas por medio de una búsqueda a través del nombre afectan a la vida privada y al prestigio del denunciante. Se añade que tal y como exige la Sala, una búsqueda por medio del nombre del interesado permite una excesiva difusión de ciertas informaciones que afectan a su ámbito privado, y constituyen informaciones no pertinentes o excesivas desde el punto de vista de los fines para los que fueron tratadas, por el tiempo que ha transcurrido. Por todo ello, entiende que no existe un interés preponderante del público en tener acceso a esta información tal y como exige el Tribunal de Justicia de la UE y la Sala en reiteradas sentencias.

TERCERO.- Un correcto enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, exige partir de los siguientes datos fácticos obrantes al expediente:

1º) El denunciante Sr. Leonardo , ejercitó ante Google en dos reclamaciones el derecho de cancelación y la eliminación de sus datos personales que aparecen en 47 URL'S , donde se hace referencia a sus datos personales publicados en medios de comunicación y diferentes páginas web, haciendo referencia a su relación con una persona imputada en una presunta trama de corrupción y tráfico de influencias, durante el año 2011.

Google denegó tal eliminación por entender que la información ofrecida era relevante y de interés público.

2º) El 4 de diciembre de 2014, el denunciante presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos, reclamación contra Google por no haber sido atendido su derecho de cancelación. Manifestó que no era persona de relevancia pública y que la información enlazada sobre su persona carece de interés público. Adjuntaba certificado del Ministerio de Justicia acreditando que no poseía antecedentes penales.

3º) El 16 de febrero de 2015, el denunciante presento nuevo escrito aportando más URL'S de las reclamadas ante el buscador Google, decidiendo la AEPD centrar su reclamación exclusivamente en los enlaces que aparecen en las contestaciones de Google, relativas a las dos reclamaciones formuladas por el denunciante.

4º) La resolución de la AEPD estimó parcialmente la reclamación, instando a la entidad Google Inc, para que adoptara las medidas necesarias para evitar que el nombre del denunciante se vincule en los resultados de las búsquedas al siguiente resultado:

http://buscador.emol.com/noticias/ Leonardo

http://buscador.emol.com/noticias/ Leonardo

http://carcelesconcertinas.blogspot.com/2 012/01/corrupcianes-socialistas-vertiente.html

http://elmilicanocnt-aitchiclana.blogspot com/2011 04 01 archive.html

http://foros.periodistadigital.com/viewto pic.php?t=33246

http;//latelaranaandaluza.blogspot.comt/2 011 04 01 archive. html

http://melchorrmiralles.es/2011/04/12/iva n-chaves-vende-parcelas-en-tanger-con-una-comision-de-10/

http://nosfelicespocos.blogspot.com/2011/ 12/aparece-un-segundo-testigo-que-en. html

http;//www.ayamonte.org/modules/xforum/ma kepdf.php?

post id=23451&forum=l&topic id=5234

http://www.buscaoposiciones.com/foro/Opos iciones-Junta-de-Andalucia-fmen-1038637-5059375.html

http://wwvv.cunoticias.com/noticiasde/ Leonardo .php

http://www.diariosol.es/foro/topic.php?id =5601

http://elconfidencia.com/en-exclusiva/20l 1/chaves-parcelas-tanger-comision-2011 0412-77364.html

http://www.elmundo.es/accesible/elmundo/2 011/04/05/andalucia/1301956474.html

http://www.foroloco.org/t6788/la-tela-de- arana-de-la-corrupcion-del-psoe-en-andalucia/330/

http://lwww.grupopre.com/v2/v3 foro/index.php?post=25470

http:llwww.libertaddigital.com/nacional/2 011-12-06/una-nueva-testigo-confirma-la-trama-de-influencias-de-ivan-chaves-con- la junta-1276443477/

http://www.saharalibre.es/modules.php?nam e=News&file=print&sid=4686

http://foroloco.foros.es/t6788/la-tela-de -arana-de-la-corrupcion-del-psoe-en-andalucia/300/

http://www.upyd.es/movil/index.php?mdl=no ticias&id=73997

http://barbagris-tedax.blogspot.com/2011/ 04/sebastian-torres-sevilla-ivan-chaves.html

http://www.libertaddigital.com/nacional/u n-divorcio-y-un-extrano-robo-tras-las-sospechas-sobre-el-hijo-de-chaves-12764194 16/

http://carnbiacalp.com/2011/04/05/estrate gias-equivocadas/

http://forocoches.com/foro/showthread.php ?t=2142862

http://marconi.over-blog,es/article-chave s-y-juan-guerra-71576505.html

http://www.debatimos.corrr/foros/nacional es/la-verguenza-de-andalucia-(chaves)-y-su-'clan-familiar'-(todos-bien-colocadit os)/90/?wap2

http://www.soloespolitica.com/foro/viewto pic.php?

t=5239&p=130686&ancho=1

http://www.vandal.net/foro/mensaje/616435 /ivan-chavez-investigado-por-intermediario-corrupcion-en-andalucia/

http://hemeroteca2.porandalucialibre.es/a ctualidad/actualidad-general?

start=940

Desestimando su pretensión respecto a los demás enlaces .

La razón de la estimación parcial de la reclamación se sustenta por la AEPD en que, " *a pesar de que el tratamiento de los datos del interesado en los enlaces reclamados accesibles en el resultado de búsqueda, fuera inicialmente lícito, procede la exclusión de los datos personales del reclamante al tratarse de datos obsoletos y no concurrir interés preponderante del público en tener acceso a esta información, a través de una búsqueda en Internet que verse sobre el nombre de esa persona*".

CUARTO.- La Sala ha abordado con anterioridad cuestiones similares a la que ahora se plantea. Así en reciente sentencia de 11 de mayo de 2017 (Rec. 30/2016), decíamos:

<< En base a ello, y de conformidad con las alegaciones de las partes resumidas en los fundamentos jurídicos anteriores, necesario resulta delimitar el objeto y contenido de los derechos fundamentales en juego, tal y como

esta Sala ha efectuado en todas las anteriores ocasiones en que se ha suscitado idéntica (o muy similar) controversia jurídica.

Lo anterior, no solo para examinar si el tratamiento de datos personales realizado por **Google** *Inc. es necesario para satisfacer el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el de tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, en este caso, el ejercicio de la libertad de expresión y de información, y el interés del público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre del afectado, sino también para determinar si sobre tal derecho debe prevalecer el derecho a la protección de datos del afectado/denunciante, atendida su concreta situación personal mediante el oportuno juicio de ponderación.*

Siguiendo la STC 292/2000, de 30 de noviembre , debe afirmarse que el derecho fundamental a la protección de datos, consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución Española , tiene un objeto más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE , sino a la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inseparablemente unidos al respeto de la dignidad personal, como el derecho al honor, y al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

De este modo, el objeto del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales - como aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo-. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos.

En relación con su contenido, tal derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho a la intimidad, con el objeto de garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales. Entre ellos, destacan el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. De este modo se garantiza el poder de disposición sobre los datos personales.

Por lo que atañe al derecho a la libertad de expresión, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 23/2010, de 27 de abril , y 9/2007, de 15 de enero), consagrado en el artículo 20 de la Constitución , comprende, junto a la mera expresión de pensamientos, creencias, ideas, opiniones y juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

La libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo que se justifica en que tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud, ni por su naturaleza abstracta son susceptibles de prueba, y no a sentar hechos o afirmar datos objetivos. No obstante, tal diferencia no impide afirmar que ambos constituyen derechos individuales que ostentan todas las personas físicas y que pueden ser ejercidos a través de la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, sin perjuicio de que cuando tales libertades son ejercidas por profesionales de la información a través de un vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, su grado de protección alcance su máximo nivel (STC 165/1987, de 27 de octubre).

En definitiva, el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática. En este sentido, merece especial protección constitucional la difusión de ideas que colaboren a la formación de la opinión pública y faciliten que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos. No obstante, al igual que sucede con los restantes derechos fundamentales, su ejercicio está sometido a límites constitucionales que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando progresivamente. Así, no ampara la presencia de frases y expresiones injuriosas, ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos, pues no reconoce un pretendido derecho al insulto.

Junto a ello, la tendencia expansiva de la libertad de expresión encuentra también su límite en el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, cuya afectación no resulte necesaria para la realización constitucional del derecho. Delimitación que solo es posible hacer mediante la adecuada ponderación de los valores constitucionales enfrentados, entre los que destaca la garantía de la existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político, debiendo recordarse que, tal y como reconoce el apartado 4 del art. 20 CE , todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen una «función limitadora» en relación con dichas libertades.

Por ello, la protección de estos otros derechos constitucionales que reconoce el artículo 20.4 CE se ve debilitada frente a las libertades de expresión e información, cuando se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, como ocurre cuando afectan a personas públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones e informaciones de interés general (SSTC 107/1988, de 8 de junio , 20/2002, de 28 de enero , 151/2004, de 20 de septiembre , y 9/2007, de 15 de enero).

Delimitado el marco general de los derechos y libertades fundamentales en liza, cabe añadir que para realizar la adecuada ponderación sobre cuál de ellos ha de prevalecer en el presente caso, hay que atender a los criterios y principios aportados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en interpretación de la Directiva 95/46 y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

El TJUE, en la sentencia de 13 de Mayo de 2014, que responde a las preguntas formuladas por esta Sala de la Audiencia Nacional en otro procedimiento similar al presente, ha establecido los criterios de interpretación de los arts. 12 b) y 14 a) de la Directiva 95/46 , que regulan el derecho de acceso y el de oposición, respectivamente. Así en su parte dispositiva tal sentencia del TJUE indica que:

4) Los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate".

Sentencia en cuyos considerandos, por lo que ahora afecta a la cuestión debatida, dispone lo siguiente:

El objeto de la Directiva 95/46/CE es garantizar un nivel elevado de protección de los derechos fundamentales y de las libertades de las personas físicas, sobre todo en su vida privada, en relación con el tratamiento de datos personales; por ello las disposiciones de la Directiva deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza el TJUE, actualmente recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 7 y 8); esta interpretación se aplica en particular a los arts. 6,7, 12, 14 y 28 de la Directiva. En concreto, en lo que respecta al art. 7 f) de la Directiva, su aplicación precisa de una ponderación de los derechos e intereses en liza de que se trate, en cuyo marco debe tenerse en cuenta la importancia de los derechos del interesado que resulta de los arts. 7 y 8 de la Carta (apartados 66, 68, 69 y 74 de la sentencia TJUE). En este sentido, se considera que una búsqueda realizada a partir del nombre de una persona física puede afectar significativamente a tales derechos (apartados 80 y 87 de la sentencia del TJUE).

El interesado puede presentar una solicitud con base en el art. 12.1. b) de la Directiva o ejercer el derecho de oposición que le ofrece el art. 14; en este último caso se debe realizar una ponderación para tener en cuenta de modo más específico todas las circunstancias que rodean su situación concreta; en caso de que la oposición se considere justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá ya referirse a esos datos (apartado 76).

Los derechos de la persona protegidos por los arts. 7 y 8 de la Carta prevalecen con carácter general y el mero interés económico del gestor no justifica la injerencia en la vida privada. Sin embargo, hay que buscar un justo equilibrio entre el interés legítimo de los internautas en tener acceso a la información en una búsqueda que verse

sobre el nombre de una persona y los derechos fundamentales de la misma y puede resultar que, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate (apartados 81, 93 y 97).

El equilibrio puede depender, en supuestos concretos, de la naturaleza de la información, del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de la información, que puede variar en función del papel que esa persona desempeñe en la vida pública; en este caso, el interés preponderante del público debe basarse en razones concretas que ha de comprobar, en su caso, el órgano judicial (apartados 81 y 98).

QUINTO.- En el presente supuesto, la cuestión nuclear del litigio es la ponderación que ha de hacerse , dada la naturaleza y trascendencia pública de la información que la AEPD ordena bloquear a Google Inc, para determinar si debe prevalecer el derecho a la protección de los datos personales del Sr. Leonardo , frente al derecho de información, a la libertad de expresión y el interés general del público en acceder a la información.

En la búsqueda de esta ponderación, ha de tenerse en cuenta la doctrina general contenida en los apartados 81, 93 y 97 de la citada sentencia del TJUE al indicar que, no obstante aquella prevalencia: *hay que buscar un justo equilibrio entre el interés legítimo de los internautas en tener acceso a la información en una búsqueda que verse sobre el nombre de una persona y los derechos fundamentales de la misma y puede resultar que, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.".*

En el supuesto que se enjuicia, considera la Sala, en contra de la afirmación, que aún de forma escueta, se contiene en la resolución de la AEPD, (" *los datos del reclamante al tratarse de datos obsoletos y no concluir interés preponderante del público en tener acceso a esta información"*), que es evidente el interés público de la noticia, y el interés legítimo de los internautas, habida cuenta de que no se puede decir que se trate de datos obsoletos en el tiempo, pues datan de noticias aparecidas en los años 2011 y 2012, cuando las reclamaciones que se ejercitan ante Google son de junio del año 2014.

Por otro lado, en relación al interés preponderante del público, hemos de matizar que, las informaciones aparecidas se refieren a las relaciones personales y empresariales del denunciante con el hijo de un conocido político español, y a una investigación policial en relación a dicho familiar del político y las labores de mediación que presuntamente realizaba para la obtención de contratos públicos que fueron enviadas a un Juzgado de Instrucción de Sevilla, en cuyo contexto el denunciante Sr. Leonardo depuso como testigo, siendo posteriormente archivadas las actuaciones judiciales.

Cabe señalar que los enlaces controvertidos reproducen noticias publicadas en diversos Diarios de difusión nacional publicados en el año 2011, así como también a foros de discusión y blogs particulares, y que los mismos transcriben literalmente las noticias publicadas o las resumen, pero sin hacer referencia a aspectos de la vida familiar o intima del denunciante, limitándose a poner de manifiesto su actividad empresarial y su estrecha relación con determinados políticos. Dichas informaciones por tanto que no han sido atacadas por no responder a la verdad, deben reputarse en principio veraces y la propia AEPD en su resolución, afirma que eran en principio "legítimas", si bien considera que han devenido obsoletas, habida cuenta el tiempo transcurrido y la falta de interés preponderante.

La Sala no puede compartir el criterio de la AEPD, en primer término del carácter obsoleto cuando se trata de noticias de dos ó tres años anteriores, ni tampoco en cuanto a que noticias relativas a casos de tráfico de influencias o de corrupción política en mayor o menor extensión, carezcan de relevancia pública o interés preponderante, sino que, muy al contrario, los ciudadanos exigen en este tipo de conductas la máxima transparencia respecto a los datos de las personas y empresas que resultan favorecidas con adjudicaciones de organismos públicos y por ello el interés público es máximo.

Como hemos señalado en sentencia del recurso 513/2011 , entre otros muchos, << *al igual que sucede con los restantes derechos fundamentales, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión está sometido a límites constitucionales que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, si bien no está condicionada por la veracidad que se establece para la libertad de información, como dijimos, su campo de acción sí que ha de venir delimitado, en primer lugar, por la ausencia de frases y expresiones injuriosas, ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, pues no reconoce un pretendido derecho al insulto.*

Sin embargo, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. En tal caso debe examinarse en primer lugar la veracidad de aquélla y, a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula, pues el art. 20.1 CE ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos.

Junto a ello, la tendencia expansiva de la libertad de expresión encuentra también su límite en el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, cuya afectación no resulte necesaria para la realización constitucional del derecho. Delimitación que solo es posible hacer mediante la adecuada ponderación de los valores constitucionales enfrentados, entre los que destaca la garantía de la existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político, debiendo recordarse que, tal y como reconoce el propio apartado 4 del art. 20 CE , todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen una «función limitadora» en relación con dichas libertades.

Sentado lo anterior, la doctrina constitucional ha señalado que las circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de apreciar los límites de la libertad de expresión derivados de su concurrencia con otros derechos fundamentales son, entre otras, el juicio sobre la relevancia pública del asunto, el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión, especialmente si es o no titular de un cargo público, el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables -como una entrevista o intervención oral- y, por encima de todo, si en efecto contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre (SSTC 160/2003, de 15 de septiembre , y 9/2007, de 15 de enero).

Por ello, se ve debilitada la protección de estos otros derechos constitucionales que reconoce el artículo 20.4 CE frente a las libertades de expresión e información, cuando se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, como ocurre cuando afectan a personas públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general (SSTC 107/1988, de 8 de junio , 20/2002, de 28 de enero , y 151/2004, de 20 de septiembre).

A lo expuesto, debe añadirse, como hace la STC 9/2007, de 15 de enero , que la confluencia conflictiva entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales debe resolverse a través de un análisis de ponderación en el que también ha de tomarse en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones que afecten a la organización colectiva. En efecto, «el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal desde su STC 6/1981, de 16 de marzo , ... al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político"».

En definitiva como hemos afirmado reiteradamente, sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, y que la libertad de expresión aparece como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocada en una posición preferente y objeto de especial protección.

SEXTO. - En resumen de lo expuesto, y partiendo del interés público objetivo de las noticias aparecidas en los diarios o foros en los que se hacia mención al nombre del denunciante, por su relación personal y empresarial con otras personas involucradas en actuaciones policiales y judiciales, respecto de determinadas conductas presuntamente delictivas que fueron objeto de actuaciones policiales y judiciales finalmente archivadas, y teniendo además en cuenta que no existe ninguna constancia de que se trate de datos inveraces ni que afecten a la vida intima o personal del denunciante, y que se trata finalmente de noticias acaecidas unos dos o tres años antes de la reclamación interpuesta, considera la Sala que la resolución de la AEPD, instando a la hoy recurrente a procurar las medidas para evitar que el nombre del denunciante se vincule a una serie de numerosas de URL'S, por entender que son datos obsoletos y carentes de interés público preponderante, no resulta conforme a la reiterada doctrina que en esta materia ha sido fijada por la Sala siguiendo la doctrina del TJUE.

También el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha abordado esta temática recientemente y en sentencia (91/2017) del Pleno de la Sala Civil, de 15 de febrero de 2017 , declaraba:

<< 2. - El derecho a la intimidad personal y familiar garantiza a la persona un ámbito reservado de su vida personal y familiar, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, tanto personal como familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a la publicidad no consentida. Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (entre las más recientes, sentencia 176/2013, de 21 de octubre) y esta sala (sentencia 478/2014, de 2 de octubre).

3.- El derecho a la libertad de información legitima la actuación del medio de comunicación que proporciona información veraz sobre hechos o personas de relevancia pública.

En este caso, no existe controversia sobre la veracidad de la información, si bien cuando esta constituye una intromisión en el derecho a la intimidad, que la información sea veraz no legitima tal intromisión.

En cuanto a la relevancia pública, es pacífica la jurisprudencia, tanto constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional, SSTC, 178/1993, de 31 de mayo , 320/1994, de 28 de noviembre , 127/2003, de 30 de junio) como de esta sala (sentencias 129/2014, de 5 de marzo , y 587/2016, de 4 de octubre), que reconoce esa relevancia pública a la información sobre hechos de trascendencia penal, aunque la persona afectada por la noticia tenga el carácter de sujeto privado (SSTC 154/1999, de 28 de septiembre , 52/2002, de 25 de febrero , 121/2002, de 20 de mayo).

En la sentencia 587/2016, de 4 de octubre , declaramos:

«[...] la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal legitima, según las circunstancias, la intromisión en derechos fundamentales como el honor y la intimidad, y con mayor motivo cuando, a diferencia del caso analizado por ejemplo en reciente sentencia de pleno 485/2016, de 14 de julio , no existe una "extralimitación morbosa", una búsqueda y revelación de aspectos íntimos que no guardan relación con el hecho informativo, sino que en este caso el artículo litigioso se limitó a reflejar "los hechos y delitos objeto de la querella"».

4.- Por tanto, como en tantas ocasiones, el conflicto entre los derechos fundamentales que respectivamente amparan la posición jurídica de cada litigante (el derecho a la intimidad personal y familiar, la del demandante, y la libertad de información, la de la demandada), hace precisa la ponderación entre los derechos en conflicto. Serán las concretas circunstancias concurrentes las que determinen qué derecho fundamental debe prevalecer frente al otro.

5.- Esta sala ha considerado que, en determinadas circunstancias, la divulgación no consentida de la identidad de la víctima supone una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad (sentencias 127/2000, de 21 de febrero , 272/2011, de 11 de abril , 478/2014, de 2 de octubre , y 661/2016, de 10 de noviembre). Hemos declarado que tal ilicitud concurre en casos tales como el de las víctimas de delitos gravemente atentatorios de su dignidad, como son los delitos sexuales o de violencia contra la mujer, información sobre hechos acaecidos hace tiempo en los que los familiares de la víctima en estado de coma han mostrado expresamente su negativa a que se desvelaran sus datos de identidad, información sobre los datos de una víctima que en todo momento manifestó su voluntad de preservar el anonimato y que posibilitaba que el conocimiento de su identidad se extendiera fuera de su círculo de allegados, etc.

(....) Una condena a un medio de comunicación que, con carácter inmediato a que sucedieran, ha informado de forma veraz sobre unos hechos graves, de trascendencia penal y relevancia pública, en especial en el reducido ámbito geográfico al que extiende su influencia, que ciertamente ha identificado a las personas que resultaron implicadas en tales hechos pero no ha revelado otros hechos de su intimidad que estuvieran desconectados con los hechos noticiables ni ha aumentado significativamente el conocimiento que de los hechos se tenía o se iba a tener en los momentos inmediatamente posteriores en la comunidad concernida, que no ha incurrido en ninguna extralimitación morbosa y ha respetado los cánones tradicionales de la crónica de sucesos, no ampararíaadecuadamente el ejercicio del derecho a la libertad de información conforme a cánones constitucionales.>>.

Por todo lo anteriormente expuesto, considera la Sala que en el caso enjuiciado, procede la estimación de la presente demanda, pues no resulta acreditado ni que los datos de las páginas que se pretenden eliminar sean obsoletos ni que carezcan de interés público, por lo que procede la anulación de la resolución impugnada, por ser disconforme a Derecho.

SEPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, al no apreciarse que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

En atención a lo expuesto, y en nombre de Su Majestad el Rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

FA LLO

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora doña Gracia López Fernández, en nombre y representación de GOOGLE INC. Contra la resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 6 de octubre de 2015, que desestima parcialmente el recurso de reposición promovido contra resolución dictada en el procedimiento TD/00073/2015, y que acuerda estimar también parcialmente la reclamación formulada por don Leonardo , contra Google Inc. (Google Spain S.L.), resoluciones que se ANULAN por su disconformidad a Derecho.

Se condena al pago de las costas causadas a la parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el articulo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 144/2013 de 4 marzo

RJ\2013\3380

H

DERECHO AL HONOR: INTROMISION ILEGITIMA: IMPROCEDENCIA: demanda contra prestador de servicios en una red de comunicaciones: falta de «conocimiento efectivo» de la ilicitud de la información que había sido difundida en la red: la circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a «Google» para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito; aplicación de la LSSICE al caso correcta al constar acreditado en el procedimiento que la demandada «Google Inc.» dispone de una oficina de ventas en España.

ECLI:ECLI:ES:TS:2013:2245

Jurisdicción:Civil

Recurso de Casación 748/2010

Ponente:Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha19-02-2010dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid.

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D.Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº: 144/2013

Fecha Sentencia : 04/03/2013

CASACIÓN

Recurso Nº : 748/2010

Fallo/Acuerdo:

Votación y Fallo: 20/02/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Juan Antonio Xiol Ríos

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9 DE MADRID

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por : MJPC/CVS

Nota:

Sociedad de la información Prestadores de servicios de enlaces: conocimiento efectivo.

CASACIÓN Num.: 748/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Antonio Xiol Ríos

Votación y Fallo: 20/02/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 144/2013

Excmos. Sres.: Juan Antonio Xiol Ríos

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Rafael Gimeno Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 748/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Bartolomé , aquí representado por la procuradora D.ª Teresa Uceda Blasco, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2010 (PROV 2010, 133011) , dictada en grado de apelación, rollo n.º 702/2009, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 771/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Google Inc., y de D. Gines . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Primera Instancia n. º 19 de Madrid dictó sentencia de 13 de mayo de 2009 en el juicio ordinario n. º 771/2008, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por la procuradora doña M.ª Teresa Uceda Blasco en nombre y representación de don Bartolomé contra Google Inc. y don Gines representados por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira siendo parte el Ministerio Fiscal no habiendo lugar a declarar que se ha producido una vulneración del derecho al honor del demandante por parte de las demandadas y desestimando el resto de los pedimentos de la demanda imponiendo a la parte actora el pago de las costas causadas».

SEGUNDO

La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- El demandante, don Bartolomé , dirige la demanda contra Google Inc. y don Gines solicitando con carácter principal que se declare que con la difusión de las informaciones que figuran en el hecho primero del escrito de demanda y en las fechas que se indica, se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor amparado en el art. 18 CE (RCL 1978, 2836) viéndose afectado especialmente en su faceta profesional. En concreto indica que desde el día 31 de agosto de 2006, la demandada viene difundiendo textos que afectan a la honorabilidad en los que se implica al demandante en la llamada "trama de Roca" asunto relacionado con el sector inmobiliario de Marbella conocido también como "operación Malaya" y que está siendo investigado en diversos juzgados de dicha localidad añadiendo que no solo dicha información es falsa y carente de toda prueba, sino que además no se ha empleado la mínima diligencia profesional en la comprobación de los hechos. Por otra parte refiere que la información ha permanecido "colgada" en Google pese a los requerimientos dirigidos a la demandada y añade que con la inclusión de la información en el buscador de Google se ha producido un efecto multiplicador puesto que a ella acceden otros medios de comunicación y porque diariamente se producen miles de visitas en la página de Internet. En concreto, en la demanda se hace referencia a la difusión de la información de los periódicos digitales PRNoticias, Telecinco y "Aquí Hay Tomate". Se dirige también la demanda contra don Gines al amparo del art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 (RCL 1966, 519) . Se reclama como indemnización por daños morales la cantidad de 100.000 euros conforme al art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 (RCL 1982, 1197) .

»La parte demandada se opuso a la demanda alegando que conforme a la Ley

34/2002 de 11 de julio (RCL 2002, 1744 y 1987) de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y la Directiva 2000/31/CE (LCEur 2000, 1838) , Google presta un servicio de búsqueda de páginas web y enlaces, realizando únicamente funciones de intermediaria entre usuarios y páginas web y en ningún caso elabora o participa en la redacción de la información que figura en las páginas web. Se añade que no le consta que se hubieran declarado ilícitas las informaciones y que actuando de buena fe, cuando se le ha comunicado la presentación de la demanda han retirado la información. Alega la falta de legitimación pasiva del Sr. Gines y que no es aplicable la Ley de Prensa a la actividad que realiza como director ejecutivo ni tampoco a Google Inc. puesto que no puede equipararse al editor de publicaciones.

»Segundo.- La parte actora ejercita la acción derivada de la supuesta vulneración del derecho al honor del demandante amparada en los artículos 9 y 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho contra Google Inc. al considerar que contribuyó a la difusión de artículos publicados en páginas web que lesionan su derecho al honor.

»La primera cuestión que debe abordarse es que la acción no se está dirigiendo contra los autores de los artículos que el demandante considera ilícitos sino contra Google puesto que al entrar en la página de la que es titular y buscar con términos " Bartolomé " aparecen directamente los artículos de contenido lesivo, permitiendo y facilitando la difusión de los mismos. Pues bien, debe examinarse la responsabilidad de Google Inc. como facilitadora o intermediaria de una información que la parte actora considera que atenta contra su honor.

»En este sentido, el problema se desplaza desde el autor de la información al intermediario de la sociedad de la información debiéndose tener en cuenta que la legislación comunitaria se decantó por declarar la inexistencia de una obligación general de supervisión de los contenidos. A este extremo se refiere el artículo 15 de la Directiva 200/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información según el cual "Los Estados miembros no podrán imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12 , 13 y 14". Dicha Directiva ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico (en adelante LSSI).

»El art. 13 de dicho texto legal , se refiere expresamente a la "responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información" y declara en el apartado 1 que "los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter

general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley".

»En este sentido, como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 10 (Pte. Olalla Camarero, Ana María), "... la tendencia legislativa ha ido desde la práctica impunidad hasta la implicación de los prestadores de servicios en los contenidos que alojan en sus servidores o páginas web". Por tanto, se deduce que si bien la Directiva y la Ley parte de la idea de exonerar a los prestadores de servicios de Internet de la obligación de examinar el contenido de la información, sí que hace depender dicha exoneración de varios requisitos según cuál sea el servicio que presten. Sobre este punto, la Ley de 11 de julio de 2002 permite diferenciar cuatro tipo de prestadores de servicios: 1) operadores de redes y proveedores de acceso a Internet (artículo 14); 2) prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos para su ulterior transmisión a otros destinatarios (artículo 15); 3) prestadores de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos (artículo 16); y 4) prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículo 17) a los que se refiere el apartado b) del anexo como servicios de intermediación definiendo los mismos como aquellos que facilitan la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.

»Tercero.- En el presente caso, Google proporciona enlaces a las copias almacenadas en su memoria caché , almacenamiento que tiene carácter temporal y provisional indicando la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 2008 (PROV 2012, 150848) (Pte. Sancho Gargallo Ignacio) referida a Google que "En síntesis, para este servicio de buscador de páginas web, "G" emplea unos robots de búsqueda que rastrean periódicamente los sitos web conectados a la red y hacen una copia del código "html" de las páginas visitadas en su propia memoria para facilitar la indexación de la información contenidas en dichas páginas. "G" además, ofrece al usuario una parte del contenido de la página copiada y un enlace a la copia almacenada en su memoria caché ".

»De lo anterior se deduce que la actividad de Google consiste en la prestación de servicios de intermediación y dentro de ellos el de facilitación de enlaces al que se refiere el anexo de la Ley. Para esta clase de servicios el art. 17, dedicado a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, en la redacción dada por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre (RCL 2007, 2385) de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información , declara que:

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

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

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

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos".

»Tal y como resulta del anterior precepto, para que se aplique la exención de responsabilidad es necesario que el prestador no tenga "conocimiento efectivo" de la ilicitud de la información a la que remitan o que lesione bienes o derechos de terceros, y que de tenerlo, actúe con diligencia para suprimir el enlace matizando respecto al "conocimiento efectivo" que es preciso que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos o declarado la existencia de lesión lo que implica que ha de existir una resolución dictada por órgano jurisdiccional o administrativo al que se refiere el apartado j) del anexo de la Ley al definir "órgano competente".

»Cuarto.- Los enlaces facilitados por Google a los que alude la demanda se refieren concretamente a artículos incluidos en las páginas web de Telecinco de "Aquí Hay Tomate", "PRNoticias" y "Lobby per la Independencia" y en ninguno de los tres casos existe resolución de "órgano competente" que declare la ilicitud. Únicamente, consta que se inició un procedimiento judicial contra PRNoticias que se tramitó ante Juzgado de Primera Instancia n.° 48 de Madrid y que se puso fin al mismo mediante auto de 17 de julio de 2007 que homologa acuerdo transaccional no constando que se comunicara el contenido de dicho acuerdo a la parte demandada. Esta línea es seguida también en la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de julio de 2008 (PROV 2008, 376933) que si bien venía referida a un supuesto del artículo 16 LSSI referido a prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, declara que "Aplicando tales preceptos al caso de autos resulta manifiesto que no concurren ninguno de los supuestos previstos en la norma transcrita, no existe orden de retirada ni pronunciamiento sobre lesividad, que implique el conocimiento exigido

normativamente".

»Por otra parte, tampoco puede hablarse de falta de diligencia por no retirar la información cuando el perjudicado le comunica que mediante las páginas web se está produciendo una vulneración de su derecho al honor, por cuanto, la parte demandada contestó al requerimiento y si bien no accedió a la petición de retirar los enlaces, sí que indicó al demandante, mediante un correo electrónico de 13 de diciembre de 2007 que a tal fin debía dirigirse al webmáster de la página que contiene el artículo que considera ofensivo, es decir, al titular de la página, como solución inmediata para impedir la publicación. Es decir, si se dirige al titular de la página web y este retira la información, automáticamente, cuando los robots de búsqueda realicen los siguientes rastreos, dicha información dejará de estar reflejada en el resultado de la búsqueda. A este punto se refiere también la sentencia de 16 de julio de 2008 (PROV 2008, 376933) declarando que "Y en cuanto a la falta de diligencia, coincide la Sala plenamente con el razonamiento de la juzgadora de primer grado, difícilmente puede presumirse que el prestador del servicio pueda vigilar y controlar previamente los contenidos de todos los mensajes, pues recordemos no es esta la actividad profesional del demandado. Es más probablemente si ejerciera este control previo se generarían situaciones que afectarían a la libertad de expresión ya que para evitarse conflictos se procedería a una "censura previa" de contenidos".

»En otro orden de cosas, la parte actora considera que no resulta de aplicación la exención de responsabilidad que contempla el art. 17 de la LSSI , por cuanto entiende que dicho texto legal no es de aplicación al presente supuesto dado que Google Inc. no tiene su domicilio ni en España ni en la Unión Europea conforme al art. 2 de dicho texto legal . Esta alegación debe ser igualmente rechazada por cuanto el artículo 2.2 de la LSSI declara que resulta de aplicación la citada Ley cuando la sociedad, aunque no tenga su domicilio en España, opera mediante establecimiento permanente en España entendiendo que existe establecimiento permanente cuando disponga en España, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad. En este caso, según resulta incluso de la documentación aportada por la actora para facilitar el emplazamiento de la demandada, se deduce que si bien Google Inc. no tiene el domicilio social en España, sino en California (Estados Unidos) opera en España mediante una oficina permanente de ventas sita en la Torre Picasso, Plaza Pablo Ruiz Picasso planta 26, de Madrid (lugar en el que se hizo el emplazamiento) y además actúa en España mediante una entidad filial, Google Spain S.L. cuyo único socio fundador es Google Inc. teniendo su domicilio social en Barcelona.

»Otra cuestión suscitada es la aplicación de la Ley 14/1966 de 18 de marzo (RCL 1966, 519) de Prensa e Imprenta que invoca la parte actora entendiendo que Google tiene la consideración de editor o propietario del medio y don Gines director ejecutivo. Pues bien, a esta cuestión se refirió la sentencia de la Audiencia

Provincial de Madrid, Secc. 14.ª de 10 de diciembre de 2005 (Pte. Camazón, Amparo) entendiendo que el prestador de servicios no es equiparable al editor porque es un mero distribuidor de la información. En este caso, y como se ha puesto de manifiesto Google se limita a proporcionar enlaces a páginas web, por lo que no participa en ningún caso en la elaboración de la información incluida en las páginas web cuyos enlaces incluye en los resultados de la búsqueda ni el director ejecutivo interviene en la redacción de las noticias incluidas en los resultados de las búsquedas ni en la selección de los contenidos a los que se remiten los enlaces.

»En resumen, la normativa aplicable es la Ley de Servicios de la Información y Comercio Electrónico, incorporando al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE y particularmente el art. 17 de dicho texto legal, y habiéndose acreditado la concurrencia de los requisitos que dicho artículo prevé para exonerar de responsabilidad a las empresas que prestan servicios de intermediación dado que Google no tenía ni conocimiento de que la titular de la página PRNoticias había reconocido haber atentado contra el honor del demandante, siendo en este caso incluso innecesario la notificación a Google puesto que cumpliéndose el acuerdo transaccional la titular de la página retiraría la información lesiva, hecho que supondría la desaparición automática del enlace en al resultado de búsquedas en Google. Por otra parte y respecto a las otras dos publicaciones digitales, Telecinco y "Lobby per la Independencia", no consta resolución declarando la ilicitud de las publicaciones con lo cual no le era exigible a Google ninguna diligencia para retirar la información.

»Conforme a lo expuesto, procede la desestimación de la demanda conforme al art. 17 LSSI al no ser la demandada Google Inc., ni don Gines responsable del contenido de los artículos publicados en la página de Telecinco de "Aquí hay Tomate" ni "Lobby per la Independencia" ni "PRnoticias" a los que se refiere la demanda.

»Quinto.- Desestimada la demanda, se condena a la parte actora al pago de las costas causadas conforme al principio objetivo del vencimiento a tenor del artículo 394 LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) ».

TERCERO

La Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 19 de febrero de 2010 (PROV 2010, 133011) , en el rollo de apelación n.º 702/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Bartolomé , contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en fecha 13 de mayo de 2009 .

»Todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

CUARTO

La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada que deben entenderse completados por los de esta resolución judicial.

»Segundo.- Por la representación procesal de D. Bartolomé se alega como primer motivo del recurso de apelación la nulidad de actuaciones al entender que al no haber comparecido al acto del juicio el representante del Ministerio Fiscal, que debe ser parte en este tipo de procesos a tenor de lo establecido en el artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) , concurriendo por lo tanto la nulidad de actuaciones que establece el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) .

»El citado artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como motivo de nulidad de actuaciones la infracción de normas esenciales del procedimiento siempre que se haya producido indefensión, siendo por lo tanto dos los requisitos esenciales para que se dé el supuesto previsto de nulidad de actuaciones, en primer lugar que se haya infringido alguna norma esencial del procedimiento, y en segundo lugar que dicha infracción haya causado indefensión a la parte que insta la nulidad de actuaciones.

»Partiendo de que en virtud del artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en este tipo de procesos debe ser parte el Ministerio Fiscal, la nulidad de actuaciones vendrá dada cuando no se le haya dado traslado de la demanda, no haya sido citado al acto de la audiencia previa o al acto del juicio, porque en tal caso sí se habría infringido el citado precepto. Ahora bien en el presente caso ha quedado acreditado que se dio traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, que dentro del correspondiente plazo presentó su escrito de alegaciones, se le citó a la audiencia previa, y también al acto del juicio, no habiendo comparecido a dicho acto, presentando en fecha 31 de marzo de 2009 un escrito en el que manifestaba que no podía comparecer el día señalado dados los medios personales de los que disponía en dicho momento dicha sección, a pesar de lo cual no interesaba la suspensión del juicio, con la finalidad de no retrasar el curso de los autos, ni causar perjuicios a las partes por la dilación que podría sufrir el proceso. De tales hechos debe entenderse que no se ha producido por el órgano judicial infracción de norma alguna esencial del procedimiento, toda vez que dada la incomparecencia del Ministerio Fiscal al acto del juicio, ni este, ni la parte apelante solicitó su suspensión, por lo que mal puede entenderse que haya infringido norma alguna del procedimiento cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 188 supedita la suspensión de una vista o del juicio a la solicitud de ambas partes, o de una de ellas cuando el abogado, en este caso el Ministerio Fiscal tenga dos señalamientos en

distinto tribunales, por lo que no puede entenderse que se haya infringido dicho precepto, cuando no se solicitó la suspensión de la vista y muy especialmente no se solicitó por el Ministerio Fiscal, por no causar perjuicios a las partes por el retraso que tal suspensión podría causar a las partes.

»El segundo de los requisitos que debe concurrir es que la infracción cometida haya causado indefensión a la parte que insta la nulidad de actuaciones. Pues como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 185) (Fundamento Jurídico 4), "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (sentencia del Tribunal Constitucional 118/2001, de 21 de mayo (RTC 2001, 118) , Fundamento Jurídico 2, citando las sentencias del Tribunal Constitucional 290/1993, de 4 de octubre (RTC 1993, 290) , Fundamento Jurídico 4 ; 121/1995, de 18 de julio (RTC 1995, 121) , Fundamento Jurídico 4 ; 62/1998, de 17 de marzo (RTC 1998, 62) , Fundamentos Jurídicos 3 y 4), de modo que "en ningún caso puede equipararse la idea de indefensión en su sentido jurídico-constitucional con cualquier infracción o vulneración de normas procesales que los órganos jurisdiccionales puedan cometer".

»Debiendo entenderse que la no asistencia del representante del Ministerio Fiscal ningún menoscabo produjo al derecho de defensa de la parte ahora apelante, toda vez que en nada afectó a las facultades de alegaciones y prueba de la parte apelante.

»Tercero.- Como segundo motivo del recurso de apelación se alega la aplicación indebida de la Ley 34/2002 de 11 de julio (RCL 2002, 1744 y 1987) de Servicios de la Sociedad de la Información, en especial los artículos 2,3 y 13 de la citada Ley, al entender la parte actora y ahora apelante que al no tener la entidad demandada domicilio social en España, no acreditado ni probado que tenga actividad económica alguna en España, no le puede ser aplicable la ley 34/2002 de 11 de julio al no concurrir los requisitos del artículo 2 de dicho texto legal. Cuando de las manifestaciones de D.ª Rosa , actos propios, se deduce que la sociedad demandada no tiene su domicilio en España, ni opera mediante un establecimiento permanente, lo que debe llevar a excluir la aplicación de la ley 34/2002.

»Como pone de relieve la propia exposición de motivos de la citada Ley su finalidad es la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2000/31/Comunidad Europea, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio (LCEur 2000, 1838) , relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado

interior (Directiva sobre el comercio electrónico, en virtud de la cual se da un concepto amplio de los servicios de la sociedad de la información», que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador, por lo que el artículo 1 de la Ley 34/2002 viene a entender que dicha norma regula entre otras cuestiones el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones.

»Desde esta perspectiva, es un hecho no discutido en este litigio tanto en primera instancia como en esta alzada, que la pretensión que se ejercita frente a Google Inc., tiene su origen en esa labor de intermediación, pues como se recoge en la sentencia apelada la intromisión ilícita que se alega en el derecho del honor, no lo es porque la entidad demandada sea la autora de los artículos recogidos en las páginas web de "PRNoticias Telecinco" y "Aquí hay tomate", y "Lobby per la Independencia", en la que se vincula al ahora apelante con determinados hechos delictivos, sino porque la sociedad demandada a través de su buscador de páginas web, permite mediante ese sistema de búsqueda que aparezcan enlaces con dichas páginas en las que se recoge esa información falsa y atentatoria al honor del ahora apelante, siendo por tanto aplicable dicha ley especial en la medida que la entidad contra la que se dirige la demanda lo es no porque sea autora de la información que se considera atentatoria contra el honor de la parte apelante, sino por el hecho de que a través de su sistema de búsqueda permite acceder a dicha información.

»La segunda cuestión a examinar es si debe ser aplicable dicha norma dado que la parte demandada tiene su domicilio en Estados Unidos. En cuanto al ámbito territorial de aplicación de la Ley 34/2002 viene recogido en el artículo 2 de dicho texto legal, siendo aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, o bien en los supuestos en que el prestador de servicios opere mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

»Debiendo examinarse si de las pruebas practicadas ha quedado acreditado o no

que la entidad demandada tenga un establecimiento permanente en España, o bien disponga en nuestro país de forma continuada o habitual de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

»Tal como se recoge en la sentencia apelada es un hecho que ha quedado acreditado en los autos, que la entidad demandada opera en España a través de una oficina permanente que tiene en Torre Picasso, Plaza Ruiz Picasso n.º 26, lugar en el que se procedió al emplazamiento de la demandada, actuando en España a través de una entidad filial, cuyo único socio fundador es la entidad demandada.

»Tales hechos no pueden entenderse desvirtuados tal como se alega en el escrito de apelación, por el hecho de que al inició del litigio, cuando se pretendió realizar el emplazamiento en dicho domicilio, en la primera diligencia de emplazamiento se manifestara que el domicilio se encontraba en Estados Unidos, e incluso que en fecha 19 de junio de 2008 se presentara un escrito por D.ª Rosa en representación de Google Spain S.L., negando que el emplazamiento pudiera hacerse de esa manera, escrito frente al que la parte ahora apelante manifestó que el emplazamiento debía hacerse en el citado domicilio, lo que se acordó mediante providencia del juzgado de fecha 16 de octubre de 2008 en la que acordó como domicilio a efectos del emplazamiento la sede comercial sita en España, Plaza Ruiz Picasso n.º 1 Puerta 26, en base a la propia documentación aportada por la ahora apelante, folio 88 de los autos, en el que se recoge como sede en España y oficina de ventas dicho domicilio.

»De lo expuesto debe entenderse que la sentencia ahora apelada ha procedido a una correcta aplicación del artículo 2 de la Ley 34/2002 , a los efectos de tener por acreditado la existencia de una oficina de ventas de la demandada en España a través de la cual realiza toda o parte de su actividad dirigida al mercado español.

»No puede entenderse aplicable tal como se alega en el presente caso la teoría de los actos propios, en la medida que las alegaciones realizadas por la entidad Google Spain S.L., o en su caso las recogidas en la diligencia de emplazamiento en modo alguno puede entenderse que sean actos propios y vinculantes de la entidad demandada, pues si como señala esta misma Sección en sentencia de 7-11-2005 (AC 2005, 1964) y como reiteradamente viene declarando la jurisprudencia del Tribunal Supremo , de que no es lícito accionar contra los propios actos definiéndose estos como aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir concreción, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o, como aquellos que van encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, sin que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho, en modo alguno pueden deducirse tal como se pretende por la parte apelante de la conducta de la demanda que esta haya reconocido que no tenga ningún establecimiento en España de forma permanente, cuando se ha procedido a su emplazamiento en

dicho establecimiento, en parte por las propias alegaciones que en su momento se hicieron por la propia apelante.

»Cuarto.- Como tercer motivo del recurso de apelación se alega la infracción del artículo 17 de la Ley 34/2002 , por la indebida aplicación de dicho precepto respecto a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, al entender que de la prueba practicada ha quedado acreditado que la entidad Google tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información, y que en ningún caso actuó con la diligencia necesaria para suprimir dichos enlaces, toda vez que fue conocedora de la ilicitud de dicha información por la documentación remitida, y que en todo caso tiene capacidad para suprimir dichos enlaces cuando es requerida por la autoridad, por lo que puede llevar a cabo la supresión de dichos enlaces cuando sea requerido para ello por el interesado.

»El artículo 17 la Ley 34/2002 exime de responsabilidad a los prestadores de los servicios que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, por la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios siempre que se cumplan determinados requisitos, como son que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o que lesiona bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización o bien que teniendo dicho conociendo actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente, estableciendo dicho precepto que un prestador de servicios tiene conocimiento efectivo a los efectos de dicha exención de responsabilidad cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, precepto que es consecuencia de la transposición del artículo 13 de la Directiva 31/2000 .

»Partiendo del hecho no discutido en esta alzada de que la entidad Google se limita a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones, facilitando datos para el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no puede ser responsable del contenido de los datos trasmitidos siempre que se cumplan los requisitos necesarios para que entre en juego esa exención de responsabilidad.

»Debiendo entrarse por lo tanto a examinar que dicha exención de responsabilidad por los datos o accesos permitidos en virtud de su buscador cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o en su caso que lesiona derechos de terceros susceptibles de indemnización.

»Partiendo de que la información que aparece en las páginas web de PRNoticias Telecinco y "Aquí hay tomate", y "Lobby per la Independencia", se incluyen informaciones que objetivamente pueden considerarse atentatorias al derecho al honor del apelante, en cuanto le vinculan a un grave caso de corrupción que ha

tenido un amplio eco en la sociedad, como es el caso Malaya, debe examinarse si se dan o no los presupuestos necesarios para exonerar de responsabilidad al prestador del servicio, si la entidad demandada ha actuado con diligencia o no desde el momento en que tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de dicha información o que la misma lesionaba derechos de terceros susceptibles de indemnización.

»Con relación a que se entiende que ha existido ese conocimiento efectivo de la ilicitud de la información por parte del prestador del servicio, el propio legislador en aras de ese principio recogido en la Directiva comunitaria que parte de que no puede imponerse a los prestadores de servicios una supervisión previa de dichos contenidos, da una definición y alcance que debe darse a conocimiento efectivo, que solo existirá cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos ordenando su retirada, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, lo que ha de entenderse que hasta ese momento, es decir que el prestador del servicio, en este caso Google, haya tenido conocimiento de la correspondiente resolución, en el ordenamiento jurídico español una resolución judicial, que haya ordenado la retirada de tales datos, o bien se haya declarado la existencia de la lesión, en el presente caso se hubiera dictado la correspondiente resolución judicial declarando que tales datos suponen una intromisión ilegítima en el honor del ahora apelante, pues hasta ese momento no puede entenderse que el proveedor del servicio haya tenido conocimiento efectivo y por lo tanto tenga que actuar con diligencia a los efectos de suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

»De las pruebas practicadas en los presentes autos ha quedado acreditado que la información que se considera atentatoria al derecho al honor del actor inició su difusión el día 31 de agosto de 2006 que la misma estuvo colgada en las correspondientes páginas web al menos hasta la fecha de presentación de la demanda el 24 de mayo de 2008, que la ahora actora se dirigió en diversas ocasiones a la demandada en fechas 14 y 31 de diciembre de 2006, agosto de 2006, 4 de julio de 2007, 30 de mayo de 2007 y 27 de septiembre del mismo año, con el fin de que se suprimiera dichas referencias.

»De dichas comunicaciones, como acertadamente se recoge en la sentencia ahora apelada no puede entenderse que la entidad demandada tuviera conocimiento efectivo de la existencia de una resolución de un órgano competente que hubiera declarado la existencia de la lesión, toda vez que en tales comunicaciones se alude a la existencia de un procedimiento judicial en marcha, folio 31 de los autos, y en otra de dichas comunicaciones se alude, folio 35, a que se ha dictado una resolución judicial en la que se declara que la información de PRNoticias es falsa, pero sin que conste ni se haya acreditado por la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ese sería el momento determinante de la existencia del conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio, y el momento a partir de que debe

entenderse que surge en la obligación de actuar con diligencia a fin de suprimir los enlaces, en la medida que la entidad demandada, como se recoge en la sentencia apelada no es el autor de la noticia, pues se limita a través de su buscador a permitir el acceso a dichas páginas en las que aparecen esos contenidos que son intromisiones ilegítimas en el honor del ahora apelante».

QUINTO

En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Bartolomé , se formulan los siguientes motivos de casación:

El motivo primero del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) - Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción de los artículos 2 , 3 y 13 de la Ley 34/2002 de 11 de julio (RCL 2002, 1744 y 1987) , de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis su discrepancia con la aplicación territorial de la LSSI al considerar la sentencia recurrida que la demandada opera en España con una oficina permanente de ventas mediante una entidad filial, extremo este que la parte recurrente no considera acreditado a través de la prueba practicada, en concreto de la declaración de la representante legal de la sociedad demandada, que niega ostentar la representación de Google Inc y del Registro Mercantil Central en el que el socio de Google Spain S.L. es Google Internacional LLC.

El motivo segundo del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción por indebida aplicación del artículo 17 de la Ley 34/2002 de 11 de julio , por indebida aplicación referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten el acceso a contenidos o instrumentos de búsqueda».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis, que de la prueba practicada se puede concluir que la demandada tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información y no actuó con la diligencia debida. La Audiencia Provincial reconoce que la recurrente se dirigió en diversas ocasiones contra la parte demandada y que de esta documentación conocía la ilicitud. Considera que el auto que homologó el acuerdo tiene la suficiente entidad como para entender el conocimiento efectivo de la lesión en el honor del recurrente.

El motivo tercero del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Infracción

de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/82 (RCL 1982, 1197) que disciplina como intromisiones ilegítimas la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Todo ello en relación con la indebida aplicación de la Ley 34/2002 de 11 de julio».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis, la aplicación de la Ley Orgánica 1/82 al intermediario que introduce información en la red y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y posibilidad técnica de control de la información.

Termina solicitando de la Sala «Que, previos los trámites de Ley, se sirva en su día dictar sentencia por la que estimando el presente recurso, case y anule la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar con el alcance pretendido en el presente recurso, con todo lo demás que en Derecho proceda».

SEXTO

Por auto de 19 de octubre de 2010 (PROV 2010, 381853) se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO

En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de Google Inc., y D. Gines se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Con carácter previo, la parte recurrida señala que la LSSI es de aplicación al caso y que la demandada no ha tenido constancia de la existencia de una decisión judicial o administrativa que declarara la ilicitud de los artículos, según los hechos probados. Considera que existe una defectuosa interposición del recurso al reproducirse en el recurso de casación los argumentos del recurso de apelación, pretendiendo una nueva valoración de la prueba y una alteración de los hechos declarados probados.

Al motivo primero, la parte recurrida señala que el régimen de responsabilidad de Google Inc. es el contenido en el artículo 10.9 CC (LEG 1889, 27) y que debe regirse por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho, entendiendo este como el domicilio del demandante. Considera aplicable la LSSI (RCL 2002, 1744, 1987) por el artículo 4 al quedar acreditado que la demandada tiene su domicilio en EEUU, que Google España es un servicio prestado por Google Inc que no tiene ningún establecimiento permanente en España y que Google España es un servicio dirigido al territorio español.

Al motivo segundo, la parte recurrida señala que la demandada no tuvo

conocimiento efectivo de la ilicitud de la información, ya que el auto de homologación no lo tuvo hasta que no le fue notificada la demanda del presente procedimiento, sin que además pueda considerarse una decisión sobre la ilicitud al ser un auto que homologaba un acuerdo privado. La parte recurrida señala que la jurisprudencia española como de terceros países confirman la necesidad de desestimar este recurso de casación.

Al motivo tercero la parte recurrida señala que la LSSI no es incompatible con la LO 1/82 (RCL 1982, 1197) , sino que se complementan; que la actuación de Google no está subsumida en ninguna de las conductas del artículo 7.7 LO 1/82 y en todo caso sería de aplicación la doctrina del reportaje neutral.

Termina solicitando de la Sala «Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, acordar su unión a las actuaciones de su razón, tener por interpuesto por la representación de Google Inc. y D. Gines , en tiempo y forma, oposición al recurso de casación interpuesto por D. Bartolomé contra la sentencia dictada por la Sección 9.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de febrero de 2010 (PROV 2010, 133011) para que, previos los trámites que en Derecho procedan, acuerde su desestimación, confirmándola en todos sus extremos, con imposición de las costas a la parte recurrente».

OCTAVO

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de casación. El Ministerio Fiscal manifiesta su conformidad con los argumentos de la Audiencia Provincial, considerando que no han sido desvirtuados por la parte recurrente. En su argumentación cita un artículo sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios en internet, y la posición de la doctrina sobre la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de información. Señala que la Ley 34/2002 (RCL 2002, 1744 y 1987) que traspone la Directiva 2000/31/CE (LCEur 2000, 1838) , les excluye de responsabilidad salvo que hayan originado la transmisión o modificado o seleccionado datos, y siempre que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información. Cita la STJUE de 23 de marzo de 2010 (TJCE 2010, 87) sobre el empleo de palabras claves de marcas ajenas por Google, considerando aplicable la Directiva a Google, que será responsable cuando conociendo la ilicitud de los datos o actividades del anunciante, no actúa con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

NOVENO

Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 20 de febrero de 2013, en que tuvo lugar.

DÉCIMO

En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas

jurídicas:

CE (RCL 1978, 2836) , Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) , Ley Orgánica del Poder Judicial.

LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) , Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPDH, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197) , de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

LSSICE, Ley 34/2002, de 11 de julio (RCL 2002, 1744 y 1987) , de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

RC, recurso de casación.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STJUE, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos , que expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

. - Resumen de antecedentes .

1. D. Bartolomé interpuso demanda de protección de su honor contra Google Inc. y contra su director ejecutivo, D. Gines , por la contribución de los demandados en la difusión en la web de artículos en los que se le implicaba con la denominada Operación Malaya. La conducta que se les imputaba era el permitir el enlace desde el 31 de agosto de 2006 a las páginas web de Telecinco ("Aquí Hay Tomate"), "PRNoticias" y "Lobby per la Independencia" que contenían artículos en los que se hacía referencia a D. Bartolomé como implicado en la Operación Malaya. Así en la página de PRNoticias de 31 de agosto de 2006, bajo el título La lista de los periodistas de Marbella, y el encabezamiento "Rescatamos una serie de nombres de profesionales que en el pasado han mantenido excelentes relaciones con los distintos ediles marbellíes, de los cuales, unos han muerto y los otros están preparados para pasar unas largas vacaciones viéndose privados de los lujos a los

que accedieron saqueando al Pueblo de Marbella", se cita a D. Bartolomé y sus relaciones con los distintos equipos de gobierno. En la página web de Aquí hay Tomate , de 31 de agosto de 2006, entre otros nombres, se cita a " Perico ", (a continuación se dice "Es Bartolomé ") señalando que "Nuevos nombres conocidos podrían estar presentes en la tercera fase de la Operación Malaya sobre todo si es cierta la noticia que aparecía en el periódico digital PRnoticias. Según este periódico nuevos nombres famosos aparecen en una agenda que circulan por la cárcel de Alhaurín de la Torre". En la página web de Lobby per la independencia, bajo el título "L'escàndol de Marbella ja esquitxa directament periodistas de la Brunete mediática", se reproduce la información de PrNoticias.

2. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en aplicación del artículo 17 de la Ley 34/2002 de 11 de julio (RCL 2002, 1744 y 1987) de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico . La sentencia consideró que los demandados prestaban servicios de intermediación y facilitación de enlaces en la web y que estaban exentos, conforme a la legislación, de responsabilidad por (i) no existir resolución de órgano competente que declarara la ilicitud de la información y por tanto, no tener conocimiento efectivo de la misma. Así se declaró que Google no tenía conocimiento de que la titular de la página PRNoticias había reconocido haber atentado contra el honor del demandante mediante acuerdo transaccional en un procedimiento judicial. Y respecto a las otras dos publicaciones digitales, Telecinco y "Lobby per la Independencia", se declaró que no constaba resolución declarando la ilicitud de las publicaciones con lo cual no le era exigible a Google ninguna diligencia para retirar la información.

3. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó esta resolución, desestimando el recurso de apelación de la parte demandante. La sentencia declaró aplicable la LSSI desde la perspectiva territorial, al declarar probado que la entidad demandada operaba en España a través de una oficina permanente y que actuaba en España a través de una entidad filial, cuyo único socio fundador era la entidad demandada. Confirmó también la aplicación de la exoneración de responsabilidad del artículo 17 LSSI al considerar (i) que la entidad Google se limitaba a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones, facilitando datos o acceso a una red de comunicaciones; (ii) que no había actuado de forma negligente al no retirar los contenidos, ante las comunicaciones remitidas por el demandante, pues si bien en una de estas se le comunicaba la existencia de un procedimiento judicial en el que se había dictado una resolución, no constaba la remisión de la copia de esta resolución, hecho que la Audiencia Provincial valora como suficiente para entender cumplido la falta del requisito legal de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información.

4. La parte demandante ha interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 1.º del artículo 477.1 de la LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) .

5. Son hechos relevantes para la decisión de este recurso los siguientes: (i) D. Bartolomé se dirigió en diversas ocasiones a la demandada en fechas 13 y 14 de diciembre de 2006 (solicitando la retirada de determinados contenidos por su falsedad), 4 de julio de 2007 (en la que informa de la existencia de un procedimiento judicial en marcha) y 28 de septiembre del 2007, remitiendo por fax una carta dirigida a la directora de Google Spain S.L. en la que se comunica lo siguiente: "[...] Pues bien, una resolución judicial ha determinado que esa 'información' de PRNoticias era falsa, su autor ha sido condenado a pagar una indemnización y a rectificar, además, de que el mismo autor reconoce en sede judicial que lo publicado y difundido por Google es completamente falso [...]"; (ii) que D. Bartolomé inició un procedimiento judicial civil contra PRNoticias que finalizó mediante auto de 18 de julio de 2007 de homologación de acuerdo transaccional.

SEGUNDO

.- Enunciación de los motivos de casación.

El motivo primero del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) - Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción de los artículos 2 , 3 y 13 de la Ley 34/2002 de 11 de julio (RCL 2002, 1744 y 1987) , de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis su discrepancia con la aplicación territorial de la LSSI al considerar la sentencia recurrida que la demandada opera en España con una oficina permanente de ventas mediante una entidad filial, extremo este que la parte recurrente no considera acreditado a través de la prueba practicada, en concreto de la declaración de la representante legal de la sociedad demandada, que niega ostentar la representación de Google Inc y del Registro Mercantil Central en el que el socio de Google Spain S.L. es Google Internacional LLC.

El motivo segundo del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción por indebida aplicación del artículo 17 de la Ley 34/2002 de 11 de julio , por indebida aplicación referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten el acceso a contenidos o instrumentos de búsqueda».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis, que de la prueba practicada se puede concluir que la demandada tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información y no actuó con la diligencia debida. La Audiencia Provincial reconoce que la recurrente se dirigió en diversas ocasiones contra la parte demandada y que de esta documentación conocía la ilicitud. Considera que el auto

que homologó el acuerdo tiene la suficiente entidad como para entender el conocimiento efectivo de la lesión en el honor del recurrente.

El motivo tercero del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/82 (RCL 1982, 1197) que disciplina como intromisiones ilegítimas la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Todo ello en relación con la indebida aplicación de la Ley 34/2002 de 11 de julio».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis, la aplicación de la Ley Orgánica 1/82 al intermediario que introduce información en la red y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y posibilidad técnica de control de la información.

El examen de los tres motivos del recurso de casación se realizará de forma conjunta al plantearse en esencia, la correcta aplicación al caso concreto de la LSSICE, desde su perspectiva territorial, material y su relación con la LPDH.

El recurso de casación ha de ser desestimado.

TERCERO

Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información. Aplicación subjetiva y material.

A) El artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31 (LCEur 2000, 1838) define los «servicios de la sociedad de la información» por remisión al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998 (LCEur 1998, 2316) , por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 (LCEur 1998, 2497) como:

«todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

B) Esta Directiva fue objeto de trasposición al ordenamiento español a través de la ley 34/2002 de 11 de julio (RCL 2002, 1744 y 1987) , de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), en cuyo artículo 2 se define la aplicación de esta normativa a los servicios establecidos es España. El establecimiento se hace coincidir con la residencia o domicilio social en España,

cuando en este se encuentra la gestión y dirección de su actividad. Sin embargo, la ley también es de aplicación para los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado, con establecimiento permanente en territorio español, definiendo este como la disposición en España de «forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad».

C) El artículo 13.1 de la LSSICE establece que «Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley », determinándose la responsabilidad por el ejercicio de actividades de intermediación por los artículos siguientes.

El anexo de la ley recoge la definición de los servicios de intermediación y establece que «son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet».

La LSSICE regula en sus artículos 15 y siguientes los requisitos para exonerar de responsabilidad a los proveedores de servicios que realicen copia temporal de datos, alojamiento o almacenamiento de los mismos o faciliten enlaces y entre ellos se encuentra el «conocimiento efectivo» que es definido en los artículos 16 y 17 «cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse».

Esta Sala en STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 131) , RC n.º 914/2006 y en STS 10 de febrero de 2011 (RJ 2011, 313) , RC n.º 1953/2008 realizó una interpretación del concepto de «conocimiento efectivo» a la luz de la Directiva traspuesta. Así se señaló que la LSSICE no se limitaba a incluir en los supuestos de exención de responsabilidad el conocimiento por parte del proveedor de resolución dictada por órgano competente que declarara la ilicitud, sino que incluía también, de conformidad con el artículo 16 de la LSSICE, la posibilidad de " otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse " -, como el conocimiento «que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate» o en palabras de la Directiva, en su artículo 14, « hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito ».

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

La Gran Sala en STJUE de 23 de marzo de 2010 (TJCE 2010, 87) (asuntos acumulados C-236/08 y c-238/08 Google France y Louis Vuitton) en un asunto en el que fue demandada Google señaló que « El artículo 14 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), debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible».

CUARTO

Aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado. Aplicación subjetiva de la ley.

En el motivo primero del recurso de casación la parte recurrente plantea la no aplicación subjetiva de la LSSICE (RCL 2002, 1744, 1987) a Google INC. por tener su domicilio en Estados Unidos. Considera que Google Spain S.L. no representa a la parte demandada, atendiendo a la declaración de su representante legal y a los datos obrantes en el Registro mercantil. La sentencia recurrida ha considerado acreditado en este punto que la demandada opera en España a través de una oficina permanente que tiene en Torre Picasso y que a través de ella realiza toda su actividad dirigida al mercado español.

Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: (i) No corresponde al recurso de casación, sino al recurso extraordinario por infracción procesal, la desvirtuación de la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida pretendida por la parte recurrente; (ii) la aplicación de la LSSICE al caso es correcta al constar acreditado en el procedimiento que la demandada Google Inc. dispone conforme al artículo 2 de la LSSICE de una oficina de ventas en España, según su

propia información corporativa disponible, concepto que ha de encuadrarse en el supuesto de domicilio fuera de España, pero con disponibilidad de «forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad».

QUINTO

Aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado. Aplicación de la LSSICE (RCL 2002, 1744, 1987) .

La aplicación de la doctrina expuesta en el FD 4.º de esta resolución conlleva a la desestimación del segundo y tercer motivo de casación.

La sentencia recurrida concluyó la falta de responsabilidad de la entidad demandada de la falta de «conocimiento efectivo» de la ilicitud de la información que había sido difundida en la red desde el 31 de agosto de 2006 hasta el 24 de mayo de 2008. Esta conclusión se alcanzó tras afirmar que el demandante había dirigido diversas comunicaciones a la demandada comunicándole la existencia de un procedimiento en marcha y haberse dictado una resolución judicial en la que se declaraba que la información era falsa, «sin que conste ni haya acreditado la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ese sería el momento determinante de la existencia de conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio ».

La conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial es conforme con la doctrina establecida en las sentencias de esta Sala antes mencionadas, pues de los hechos acreditados no puede inferirse de forma lógica, al alcance de cualquiera, que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito, supuesto en el que esta Sala ha declarado en otros casos la existencia de conocimiento efectivo. La circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito. Tampoco es suficiente que se pusiera en conocimiento el inicio de acciones civiles ni la carta comunicando el 28 de septiembre de 2007 la existencia de una resolución judicial, pues no se remitía junto a ella la resolución judicial de homologación de acuerdo de 18 de septiembre de 2007. Los términos de la carta remitida a Google, en relación a la resolución, tampoco son ciertos, pues la resolución judicial no determinó la falsedad de la información, ni condenó a pagar ni a rectificar al demandado, al consistir en un auto de homologación, lo único cierto era que el demandado había reconocido ante el Juzgado, porque así consta en el auto de homologación, como señala la parte recurrente, la falsedad de la noticia, pero este auto no fue remitido a la demandada, teniendo solo conocimiento de lo que el Sr. Bartolomé afirmaba.

Por tanto, esta Sala coincide con la valoración fáctica y jurídica de la sentencia recurrida, sin que ninguna vulneración del artículo 17 de la LSSICE se haya producido, habiéndose realizado una aplicación correcta del mismo al excluir de responsabilidad a la entidad demandada por falta de conocimiento efectivo de la falsedad de la información.

Esta misma argumentación conlleva a la desestimación del tercer motivo de casación en el que la parte recurrente pretende la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 (RCL 1982, 1197) para declarar la responsabilidad de Google "sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información, convirtiéndose en una especie de cooperador necesario, por cuanto, [...] conoce perfectamente la ilicitud de la información". La falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información hace decaer los argumentos de la parte recurrente.

SEXTO

Desestimación del recurso de casación.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

1

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Bartolomé , contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo n.º 702/2009, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, de fecha 19 de febrero de 2010 (PROV 2010, 133011) , cuyo fallo dice

« Fallamos .»Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Bartolomé , contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en fecha 13 de mayo de 2009 .

»Todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

2

No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3

Se imponen las costas del recurso de casación a la parte que lo interpuso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Antonio Xiol Ríos José Ramón Ferrándiz Gabriel Antonio Salas Carceller Ignacio Sancho Gargallo Rafael Sarazá Jimena Rafael Gimeno Bayón Cobos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

NOTIFICACIÓN LEXNET 20201035348706 11-09-2020
Ramón Rodríguez Nogueira 2/28

Administración de Justicia

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 18 DE MADRID
Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 3 - 28020
Tfno: 914932767
Fax: 914932769

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0185279
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1102/2019
Materia: Derecho de la persona

Demandante: [redacted]
PROCURADOR D./Dña. GRACIA BLANCH TORMO
Demandado: GOOGLE LLC
PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

SENTENCIA Nº 155/2020

Madrid nueve de septiembre de dos mil veinte

El Ilmo. Sr. D. Álvaro Rueda Tortuero, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid , ha visto y examinado los precedentes autos de juicio declarativo ordinario , seguidos bajo el número 1102/2019 ante este Juzgado, a instancias del Procurador de los Tribunales , Dña. Gracia Blanch Tormo, en nombre y representación de [redacted] contra la entidad "GOOGLE LLC" representada por el Procurador, D. Ramón Rodríguez Nogueira , con intervención como parte necesaria del Ministerio Fiscal , sobre acción personal en defensa del derecho al honor , intimidad y propia imagen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales , Dña. Gracia Blanc Tormo, en nombre y representación de [redacted] se formuló demanda rectora del presente procedimiento de juicio declarativo ordinario contra la entidad "GOOGLE LLC sobre acción personal en defensa del derecho al honor, intimidad personal y propia imagen que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que exponiendo los hechos base de su pretensión conforme a los fundamentos jurídicos que consideró de aplicación al caso terminaba suplicando se dicte sentencia en la que:

I.-Que se declare que la demandada ha cometido una intromisión ilegítima en el Honor de [redacted] al dar acceso público desde su buscador a los enlaces indicados en el Hecho Tercero de esta Demanda, que remiten a publicaciones inexactas e irrelevantes, respecto a hechos pendiente de ser juzgados, y de los cuales ha quedado acreditado documentalmente que [redacted] nada tiene que ver con los hechos contenidos en las publicaciones, estando a la espera de ser juzgados dichos hechos, y a la resolución de sobreseimiento y archivo de la persona de [redacted] en dicho procedimiento penal.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 08893498165004613996939

Administración de Justicia

II.- Que se obligue a la Demandada a la Limitación del tratamiento de los datos de [redacted] al menos, hasta el momento en que sean juzgados por el juzgado instructor competente los hechos indicados en las publicaciones, que dan acceso a los enlaces indicados en el Hecho Tercero de la Demanda, y accesibles por el motor de búsqueda de la Demandada.

III.- Como se ha indicado en el Fundamento Jurídico XI de la presente Demanda, se condene, en su caso, a la Demandada por los daños morales causados al [redacted], en atención a la cuantía que se determinará, y acreditará, en el Acto de la Audiencia Previa que derive del procedimiento resultante de la presente Demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó sustanciarla por los trámites establecidos en los artículos 399 y ss de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, emplazando a la parte demandada y al Ministerio Fiscal en legal forma y dándole traslado de la demanda para que la contestase en el plazo de 20 días.

TERCERO.- La parte demandada se personó en autos compareciendo en legal forma, a través de la representación y defensa supradicha, contestando en el sentido de interesar que con desestimación total de la demanda se dicte sentencia por la que se absuelva a la demandada de todos los pedimentos contra ella deducido con imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal formuló escrito de contestación en los términos que obran en actuaciones.

QUINTO.-Dentro del tercer día, el Tribunal convocó a las partes comparecidas a la audiencia previa en la que las partes , no habiéndose planteado ninguna cuestión procesal que obstase a la continuación del procedimiento y una vez se admitieron los medios de prueba documental por ellas propuestos , y no recibiéndose el pleito a prueba por entender que la cuestión era netamente jurídica y al amparo de lo dispuesto en el art. 429.2.8ª de la L.e.c. se declaró por Juzgador concluso para dictar la presente resolución.

SEXTO.-En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-[redacted], al amparo de lo dispuesto en el art. 18.1 de la C.E. y artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, demanda a la entidad "GOOGLE LLC " por vulneración al derecho al honor, intimidad y propia imagen como consecuencia de la inclusión y difusión innecesaria y perjudicial de su nombre en el motor de búsqueda que gestiona la plataforma con direccionamiento a numerosos enlaces a páginas y portales de internet en los que se publica e informa del curso de un procedimiento penal en el

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 08893498165004613969 39

Administración de Justicia

que el accionante es parte en calidad de investigado. Alega en esencia que la referida exposición pública vulnera el principio de presunción de inocencia y le está ocasionando de forma injusta importantes daños morales y por ello solicita que se declare que la inclusión de su nombre en el motor de búsqueda de la demandada constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor , intimidad y propia imagen y que se obligue a la demandada a la limitación del tratamiento de los datos de [redacted] al menos, hasta el momento en que sean juzgados.

Son antecedentes de la pretensión, en síntesis, que en el año 2015, fruto del emprendimiento empresarial del [redacted] abogado y experto en materia inmobiliaria, internacional y específicamente en el mercado inmobiliario español con una dilatada experiencia internacional en este sector , llegó a una acuerdo asociativo con finalidad inversora con el grupo empresarial [redacted] que el proyecto inversor se vehiculizaría a través de la plataforma de la entidad [redacted] sociedad está, entre muchas correspondiente al grupo [redacted] de la que formaría parte el demandante como socio junto con otras tres personas más ; que el [redacted] llevado a cabo una gestión y participación en la sociedad, basándose en la búsqueda constante y captación de nuevas oportunidades de negocio, y el apego a la ley, la regulación tanto española como internacional de cada acto de la sociedad ; que la sociedad [redacted] actualmente, tiene abierto un procedimiento judicial sobre blanqueo de capitales, siendo éste las Diligencias Previas nº1545/2017, del Juzgado de Instrucción nº41 de Madrid, en el que se ha visto involucrado el Sr. [redacted] dado su condición de socio de la sociedad [redacted] junto con el titular de la compañía inversora [redacted] los otros socios, que actualmente se encuentra en fase de instrucción; que en dicho procedimiento el Sr. [redacted] ha solicitado el sobreseimiento y el posterior archivo, por ausencia absoluta de indicios en relación a la participación en los hechos que se investigan; que esta investigación ha sido mencionado en numerosas publicaciones existentes en Internet, como parte de un procedimiento judicial, que todavía está en fase de instrucción y del que hay pruebas, más que suficientes, para velar por la inocencia del [redacted] no habiendo resolución firme por el momento y ello no es motivo suficiente para que su nombre y apellidos continúen siendo públicos al realizar una mera consulta por su nombre y apellidos en el buscador de la demandada, y ni mucho menos sea una noticia de interés público; que el [redacted] ejercitó ante la demandada el derecho al olvido mediante formulario facilitado por la demandada en su portal web, requiriendo la retirada de su motor de búsqueda de una serie de enlaces (URLs) que dan acceso a publicaciones vertidas de terceros sobre los hechos en los que fue nombrado el [redacted] pero la demandada denegó en última instancia, de ahí a la presentación de la presente reclamación judicial contra GOOGLE LLC.

La demandada se opone a la demanda alegando , en esencia, que el propósito del actor no es el bloqueo de informaciones lesivas de su honor, sino el bloqueo genérico e indiscriminado de todo cuanto se dice sobre él en Internet y supondría una censura de contenidos manifiestamente lícitos en contravención con lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
Hasta el siguiente código seguro de verificación: 0889349816500461396939

Administración de Justicia

jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); que conforme al artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ("LSSICE"), los buscadores no pueden ser declarados responsables por contenidos publicados por terceros en la Web, salvo que hubieran tenido conocimiento efectivo de que la información a la que facilitan enlaces es ilícita; que tanto la difusión como el acceso a esas informaciones están plenamente justificados y protegidos por el derecho fundamental a la libertad de información, que debe prevalecer, sin duda, en este caso, sobre el derecho al honor del actor; que aunque el actor hubiera ejercitado una acción fundada en el "derecho al olvido ", en los términos de la Sentencia 13 de mayo de 2014 dictada en el a sunto C-131/12 (" Sentencia Costeja") del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (" TJUE"), al amparo de la normativa en materia de protección de datos personales, su pretensión tampoco podría prosperar, porque los enlaces en cuestión remiten a informaciones de relevancia e interés público incuestionables, muchas de ellas muy recientes, que en modo alguno podrían considerarse inveraces, ni obsoletas ; que Google no edita los contenidos de terceros que en los resultados de búsqueda se muestran enlaces a páginas de terceros únicamente mientras los contenidos permanezcan accesibles, y sólo en la medida en que los editores así lo quieran. Los editores de contenidos, aparte de que pueden optar por eliminar o anonimizar sin más cualquier información, tienen también a su disposición diversos procedimientos (denominados protocolos de exclusión) para limitar o excluir la aparición de determinados contenidos en los buscadores, si así lo consideran oportuno

El Ministerio Fiscal se opone a la demanda en análogos términos a los expuestos por GOOGLE LLC.

SEGUNDO.- La demanda debe ser desestimada al no entrañar el servicio prestado por el buscador de la plataforma administrada por GOOGLE LLC, en este concreto supuesto, vulneración del derecho al honor , la intimidad personal y familiar o propia imagen previsto en el art. 18.1 de la C.E. del [redacted]

En relación a la pretendida injerencia en el derecho al honor del [redacted] debe significarse que el artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE. El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7).

Cuando en el presente caso, la dialéctica del caso nos aboca a la confrontación entre dos derechos fundamentales en liza cuales son el derecho al honor y a la propia imagen por un lado y la libertad de expresión, de opinión e información , por otro, es obligado ponderar los intereses en conflicto y esbozar las razones que permitan alzaprimar unos sobre otros en el particular caso sometido a escrutinio. Esta es la doctrina que sientan sentencias de nuestro

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0889349816500461396939

Madrid

Tribunal Supremo como la de la Sala 1ª, S 16-10-2012, nº 606/2012, rec. 1228/2009. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio) al señalar que el artículo 20.1.a) y. d) CE , en relación con el artículo 53.2 CE , reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE EDL1978/3879 reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

Y sigue diciendo que la limitación del derecho al honor por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006; 4 de junio de 2009, RC núm. 2145/2005; 22 de noviembre de 2010, RC núm. 1009/2008; 1 de febrero de 2011, RC núm. 2186/2008). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

Se entiende por ponderación la técnica de valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457/2006).

Y la protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC de 26 de enero, FJ 4).

La ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata. Es decir , la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

Por su parte, prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación 08893499816500461396939

Administración de Justicia

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal y propia imagen conviene también recordar el criterio que ,de forma reiterada, ha sentado el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la C.E. en sentencias como la de la Sala 1ª, S 15-7-1999, nº 134/1999, de 18 de agosto de 1999, (Pte: Casas Baamonde, María Emilia) al señalar que el derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 C.E. tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad (SSTC 73/1982, 110/1984, 107/1987, 231/1988, 197/1991, 143/1994, 151/1997). El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1 C.E. no garantiza una "intimidad" determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia o contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público.

Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cuál sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder Jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus limites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997; SSTEDH Caso X e Y de 26 de marzo de 1985.- Caso Leander, de 26 de marzo de 1987,- Caso Gaskin, de 7 de julio de 1989, Caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; Caso Z. de 25 de febrero de 1997.

En el presente caso, es un hecho incontrovertido , y así se reconoce abiertamente en el escrito de demanda que contra el actor en su condición de socio de [redacted], perteneciente al grupo de sociedades [redacted] se sigue un procedimiento judicial de Diligencias Previas nº 1545/2017 del Juzgado de Instrucción nº41 de Madrid por formar parte presuntamente de una gigantesca estructura de blanqueo de capitales. Es asimismo incontrovertida la circunstancia de que de este hecho se han hecho eco numerosos medios de comunicación y ediciones digitales a los que redireccionan los motores de búsqueda que administra y gestiona la demandada. En esos hechos estaría implicado además, como socio, el Viceministro de Energía de Venezuela en la época de Hugo Chávez, Nervis Villalobos, que por estos mismos hechos habría estado en prisión provisional.

Asimismo consta que como señala la demandada, en 34 de esas URLs proporcionadas por el actor, no se localizaba el nombre del [redacted] en 9 de las URLs no se había localizado ningún tipo de contenido (se in staba, de hecho, al

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 08893498165004613960939

Madrid

solicitante a que aportase capturas de pantalla, cosa que nunca hizo y continúa sin hacer); en 26 de las URLs no aparecían entre los resultados del motor de búsqueda; 208 de esas URLs se decidieron no bloquear tras realizar un juicio de ponderación entre los intereses y derechos relacionados con el contenido en cuestión; 3 de las URLs que el [redacted] de pretendía bloquear remitían a información que estaba siendo publicada de manera continua por parte de organismo públicos.

En cualquier caso, el [redacted] sostiene que esta exposición publica le está causando un grave quebranto moral al comprometer de forma seria y permanente su reputación personal, personal y familiar que sólo podría atenuarse exigiendo a la demandada una limitación en el acceso a los contenidos que le relacionan directamente con la actividad delictiva objeto de investigación penal.

Y en este sentido debe advertirse que, contrariamente a lo alegado por la parte demandada , el demandante no pretende instaurar un escudo integral de protección frente a todo tipo de información atinente a su persona a modo de censura indiscriminada de todo contenido digital que circule por las redes, sino tan sólo de una limitación de acceso a aquellos contenidos informativos que le relacionan específicamente con el procedimiento penal en curso aun a pesar de ser una de las personas objeto de investigación.

Pues bien, es cierto que la exposición pública de los investigados en procedimientos penales genera lo que en lenguaje periodístico se viene denominado "pena de banquillo" , máxime en asuntos de trascendencia pública o de relevancia para el interés general, como es este, a causa de la cual el investigado se ve sometido a un intenso y continuado escrutinio con consecuencias indeseables, por claramente perjudiciales para la imagen y reputación de la persona afectada, que en muchas ocasiones provoca su suerte de muerte civil al no contar con mecanismos, procedimientos o fórmulas neutralizadores que tengan por objeto el restablecimiento de la reputación y dignidad afectadas. Estos lacerantes escenarios se exacerban aun más cuando colisionan con el carácter secreto de las actuaciones penales (art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que "*las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo,*) y con otro de los principios fundamentales del Estado de Derecho como es el derecho a la presunción de inocencia, derecho este reconocido igualmente en el art. 24 de la C.E. y en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), cuyo artículo 11.1 establece que: "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad"; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cuyo artículo 14.2 dispone que: "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"; en el Convenio Europeo de Derechos

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove

Humanos (1950), cuyo artículo 6.2 proclama que: "toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida"; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), cuyo artículo 8.2 establece que: "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"; en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981), en cuyo artículo 7 b) se reconoce "el derecho e toda person a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad por una corte o tribunal competente".

No obstante lo anterior, lo cierto es que como señalan la demandada y el Ministerio Fiscal, la ponderación de los intereses y derechos en liza debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, intimidad y propia imagen por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático.

En este sentido la injerencia, para ser jurídicamente reprobable o ilícita, requiere un componente activo que proceda de un comportamiento por parte del agente invasor que tenga por objeto la proyección, revelación o comunicación a terceros ajenos al ámbito propio de protección del contenido de la información de carácter íntimo. Y en el presente caso, la indiciaria implicación del demandante en un entramado dirigido a la comisión de delitos de blanqueo de capitales a nivel internacional es lo que ha justificado la apertura de un procedimiento penal a fin de desentrañar y depurar las responsabilidades penales y civiles que puedan derivarse y que por su evidente interés público constituye un contenido noticiable por los medios de comunicación y de la información en los términos en que la misma es editada y tratada por terceros.

La STS 422/2014, de 30 de julio resume la doctrina jurisprudencial respecto del deber de diligencia cuando se trata de informaciones relativas a la apertura o existencia de investigaciones policiales o judiciales contra el autor de un presunto delito que pueda afectar al interés público, insistiendo en la idea de que, por más que su ámbito de protección sea más limitado que el de la libertad de expresión y que haya de respetarse la presunción de inocencia, "la protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza. En este punto debe reiterarse que para la jurisprudencia, el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz, no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que lo que transmite como hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos (sentencias de esta sala de 21 de octubre de 2008, rec. núm. 691/2003 y 24 de noviembre de 2011, rec. núm. 1756/2009)".

Asimismo la STS, Civil del 05 de febrero de 2020 señalaba que "la protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000, de 11

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación 08893498165004613969 39

Administración de Justicia

de diciembre , sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 685/2011, de 26 septiembre).

Pero es que como alega la demandada no es el buscador Google quien publica o quien hace accesible la información publicada en Internet. Las informaciones y noticias en que se informa sobre sucesos relacionados con el actor están accesibles, en cada caso, en las páginas web de los medios de comunicación o de los editores de que se trate, que son quienes las publican. Google únicamente facilita un enlace a la página del tercero en la que se publica la información.

Google, como el conjunto de los motores de búsqueda disponibles en Internet, es una herramienta tecnológica desarrollada para permitir a sus usuarios encontrar información relevante entre la abrumadora cantidad de contenidos accesibles. El buscador se limita a reflejar de manera totalmente automática y neutral contenidos publicados por terceros. Los motores de búsqueda actúan como un "mero transmisor" o "intermediario", facilitando que la información "transite" desde el sitio web hasta el usuario final. Los buscadores no seleccionan ni modifican la información que aparece en los resultados de búsqueda .

En relación a la responsabilidad de este tipo de plataformas tecnológicas , el artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico al tratar la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, dispone que ":*1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:*

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

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

En este caso no existe resolución judicial declarando la ilicitud de los contenidos tratados y publicados por las editoriales de medios de comunicación digitales, ni se ha declarado lesión alguna, ni se ha recurrido o accionado contra la denegación por GOOGLE de la solicitud de rectificación o supresión de datos de

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 08893498165004613969 39

Administración de Justicia

carácter personal una vez comprobado por la demandada el contenido de los enlaces impugnados en este procedimiento.

En relación a este derecho la STS, Civil del 05 de febrero de 2020 declara que ya "en la sentencia 397/2019, de 5 de julio hicimos unas afirmaciones que es pertinente reiterar aquí: i) La normativa sobre protección de datos de carácter personal otorga a los afectados una herramienta específica para impedir ese tratamiento, como es el derecho de cancelación, que permite la cancelación prácticamente inmediata de los datos objeto del tratamiento. No está justificado promover un proceso para que se declare la vulneración del derecho de protección de datos de carácter personal cuando no se ha solicitado siquiera la cancelación de los datos personales objeto de tratamiento. ii) La inclusión de datos personales en una información periodística, aunque la misma se publique en una web, si se refiere a un asunto de interés general y la información es veraz, se encuentra justificada por el ejercicio legítimo de la libertad de prensa.

También en la STS, Civil del 05 de julio de 2019 (397/2019 Recurso: 2667/2018) : se expresa en los siguientes términos " 6.- Por otra parte, la inclusión de datos personales en una información periodística, aunque la misma se publique en una web, si se refiere a un asunto de interés general y la información es veraz, se encuentra justificada por el ejercicio legítimo de la libertad de prensa."

En definitiva, la limitación al acceso a la información de interés general solicitada por el demandante no resulta justificada al amparo del ejercicio de un derecho al honor, intimidad o propia imagen, los cuales, en este caso, se hallan en situación de subordinación respecto a la formación de una sociedad democrática libre a través de la salvaguarda de los derechos a información veraz y contrastada.

TERCERO.- Conforme al artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandante.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación al caso, en nombre de S.M. El Rey, y por el poder conferido por el Pueblo Español,

FALLO

Que con desestimación de la demanda formulada por Procurador de los Tribunales , Dña. Gracia Blanch Tormo, en nombre y representación de [redacted] contra la entidad "GOOGLE LLC" representada por el Procurador, D. Ramón Rodríguez Nogueira , con intervención como parte necesaria del Ministerio Fiscal , debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pronunciamientos deducidos en su contra con imposición de costas la parte demandante

Contra la presente resolución se puede interponer , previo depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado , recurso de

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0889349816500461396939

Madrid

Administración de Justicia

apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados a partir del día siguiente al de su notificación para su sustanciación en la Audiencia Provincial de Madrid

Por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación: 0889349816500461396939

Madrid

Juzgado de Primera Instancia

JPI de Madrid Sentencia de 15 diciembre 2014

JUR\2015\50612

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS: DERECHO AL HONOR: INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: EXISTENCIA: DESESTIMACIÓN: la demandada a través de la actividad de su buscador Google Search consistente en localizar la información que contiene los datos personales de la demandante publicada en la red por un tercero en un enlace, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y, finalmente, ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia cuando buscan su nombre, no ha llevado a cabo una intromisión ilegítima: se opone la demandada invocando su condición de intermediario de servicios de información y prestadora de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, por lo que no podría ser responsable de los contenidos publicados por terceros: debería primar el derecho a la información en tanto la familia de la demandante estaría involucrada desde hace años en la política colombiana, por lo que se estaría hablando de personajes con relevancia pública: se exime a Google de la posible intromisión al derecho al honor por permitir el enlace con páginas web en las que se vinculaba al demandante con determinados hechos delictivos cuando la información por sí misma no revelaba de manera notoria su carácter ilícito.

ECLI:ECLI:ES:JPI:2014:184

Jurisdicción:Civil

Procedimiento 744/2014

Ponente:Ilmo. Sr. D. Rafael Fluiters Casado

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3MADRID

Autos: Juicio Ordinario nº 744/14

Demandante: Agustina Procurador: José Andrés Peralta de la Torre Letrada: Verónica Alarcón Sevilla

Demandada: Google Incorporated

Procurador: Ramón Rodríguez Nogueira

Letrada: Carolina Pina Sánchez

Parte Legal: Mº Fiscal

S E N T E N C I A

En Madrid a quince de diciembre de dos mil catorce.

Rafael Fluiters Casado, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, vistos los autos de Juicio Ordinario sobre protección del derecho al honor, tramitados con el número 744/14, y seguidos a instancia de Agustina contra Google Incorporated .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el procurador José Andrés Peralta de la Torre, en nombre y representación de Agustina , se dedujo en fecha 23/06/14 demanda de juicio ordinario contra la indicada Google Incorporated, en la cual, y con base en los hechos y fundamentos que aquí se dan por íntegramente reproducidos terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se declarase que la demandada a través de la actividad de su buscador Google Search consistente en localizar la información que contiene los datos personales de la demandante publicada en la red por un tercero en el enlace http://www.offshorealert.com/GetDocument.aspx?id=11938 , indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y, finalmente, ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia cuando buscan su nombre, ha llevado a cabo una intromisión ilegítima en el derecho al honor de su representada y se condenase a la demandada a: 1.- adoptar las medidas necesarias para evitar la aparición del resultado con el texto "...criminal investigation in Spain into Sergio and Agustina for suspected narcotics trafficking and money laundering" y vinculado al enlace web http://www.offshorealert.com/GetDocument.aspx?id=11938 con respecto a la búsqueda con los datos de su mandante Agustina , imposibilitando asimismo su aparición futura para las eventuales búsquedas de dichos datos; 2.- abonar en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados la cantidad de 12.000,00 , que deberá ser incrementada con el interés legal del dinero desde la interpelación judicial; y 3.- al pago de las costas procesales.

Segundo: Recibida la demanda por turno de reparto, y admitida a trámite por decreto de fecha 09/09/14, se confirió traslado de la misma a la demandada y al Ministerio Fiscal, contestándola la interpelada, quien lo hizo oponiéndose con fundamento en las alegaciones que constan en el correspondiente escrito y solicitando su desestimación, con imposición de costas a la demandante, y contestando también el Ministerio Fiscal quien lo hizo quedando a la espera de conocer la contestación de la demandada y el resultado de la prueba a practicar.

Tercero: Seguidamente se convocó a las partes a de audiencia previa, a la cual, celebrada el 07/11/14, comparecieron las partes y el Mº Fiscal, constatándose la falta de acuerdo, ratificando las partes sus respectivas pretensiones y solicitando el recibimiento del procedimiento a prueba, pero, no existiendo hechos controvertidos, considerándose que la controversia es estrictamente jurídica, dando por reproducida

la documental aportada con los escritos rectores, y tras el trámite de resumen y conclusiones, los autos fueron declarados conclusos para sentencia.

En trámite de resumen y conclusiones interesó el Mº Fiscal la desestimación de la demanda con fundamento en las consideraciones en ese acto vertidas.

Cuarto: En la tramitación de los presentes autos se han observado los términos y prescripciones legales, con excepción del plazos previsto para dictar sentencia en atención a la puntual acumulación de asuntos pendientes de resolución definitiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se ejercita por la actora acción dirigida a obtener la protección de su derecho fundamental al honor, pretendiendo se declare que la demandada, a través de la actividad de su buscador "Google Search", y por localizar, indexar y poner a disposición de los usuarios de Internet una página web denominada "offshorealert.com", donde un tercero mantiene una información obsoleta e inveraz acerca de la demandante, que afecta a su reputación y buen nombre, está dando lugar a una intromisión ilegítima en dicho derecho, y ello a pesar de conocer efectivamente la ilicitud de esa información por haber sido requerida fehacientemente por ella para que retirase ese resultado de búsqueda.

Se opone la demandada invocando su condición de intermediario de servicios de información y prestadora de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, por lo que no podría ser responsable de los contenidos publicados por terceros; asimismo alega que la información a la que se refiere la demanda sería veraz, y no obsoleta, por lo que, en su caso, debería primar el derecho a la información en tanto la familia de la demandante estaría involucrada desde hace años en la política colombiana, por lo que se estaría hablando de personajes con relevancia pública; pone además de manifiesto que no se estaría ejercitando por la demandante una acción fundada en la legislación protectora de datos de carácter personal.

SEGUNDO

Los hechos no se discuten, y consisten en que, con la utilización del motor de búsqueda de la demandada mediante la inserción en el correspondiente apartado del nombre de la demandante, el primer resultado de la búsqueda era hasta la interposición de la demanda (al parecer habría sido suprimido antes de la Audiencia previa el vínculo desde los buscadores de Google de la Unión Europea), el de un enlace a la página antes mencionada, http://www.offshorealert.com , donde, con la extensión http://www.offshorealert.com/GetDocument.aspx?id=11938 , aparece bajo el titular "Spain: Sergio " el texto "Application for the appointment of a Commissioner to collect evidence for a criminal investigation in Spain into Sergio and Agustina for

suspected narcotics trafficking and money laundering" (Solicitud para el nombramiento de un comisionado para reunir pruebas para una investigación penal en España sobre Sergio y Agustina por sospecha de tráfico de narcóticos y lavado de dinero), existiendo colgado en la página un documento en formato *.pdf, cuyo contenido se ignora, en tanto para descargarlo es preciso suscribirse, abonando una suma de dinero en dólares USA.

Tampoco es materia de controversia que la aquí demandante fue objeto de una investigación criminal por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 5, (Diligencias Previas nº 283/02-L), en las cuales se habría dictado en fecha 11/11/09 el auto que por copia se acompaña como documento nº 1 de la demanda (su primera página se ubica por error antes que la copia el poder para pleitos), en cuya parte dispositiva se acordó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones para determinados imputados, entre los que se contaba la aquí demandante.

Finalmente, tampoco se discute que la aquí demandada actúa como prestadora de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, por lo que a la misma, en cuanto a su responsabilidad, le es de aplicación el artículo 17 de la Ley 34/2002 (RCL 2002, 1744 y 1987) , de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

TERCERO

Sentado lo anterior, y valorando en primer lugar si el contenido de la página web a la que facilitaba (o facilita), su enlace el buscador de la demandada supone o no una intromisión en el derecho al honor de la demandante, se ha de partir del concepto que de tales intromisiones da el artículo 7.3 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 (RCL 1982, 1197) , sobre protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que determina que tienen la consideración de intromisión ilegítima en el ámbito de protección de dicho derecho "la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afectan a su reputación y buen nombre..." y/o "la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación", considerando fuera de discusión que la publicación de que una determinada persona se encuentra encartada, investigada o imputada por delitos tan graves como el tráfico de drogas o el blanqueo de capitales afecta desde luego a su reputación y buen nombre o menoscaba su fama.

Ahora bien, la propia existencia de esos delitos, en tanto públicos, perseguibles de oficio, y de especial desmerecimiento y alarma social, determina que la información sobre los mismos pueda estar amparada por el igualmente fundamental derecho a la información (artículo 20.d Constitución), de suerte que, una vez más, nos hallaríamos ante un supuesto de colisión de derechos en el que, como señaló en su día la sentencia del Tribunal Supremo STS de 27/07/98 , "no pueden fijarse

apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que exige que en cada caso concreto se interprete el texto publicado en su integridad, en su conjunto, sin aislar expresiones o manifestaciones que aisladas, en su significado individual y fuera de los hechos a que la información se refiere, pudieran cobrar sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, lo que obliga a no hacer abstracción del conjunto ni del elemento intencional", indicando la Sección 2ª del Tribunal Constitucional TC 2ª en su sentencia de fecha 14/10/02 que si bien "el libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante, cual es la formación y existencia de una opinión pública libre, ..., que es condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, por lo que se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática, recibiendo por ello una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE (RCL 1978, 2836) ", "el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección"; de lo que se deriva que las referidas intromisiones "sólo pueden justificarse por la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder así contribuir a la formación de la opinión pública", (STC 219/92), de forma que, como ha dicho la STC 41/94 , "el concepto de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a que se refiere el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 , debe ser interpretado y aplicado de forma que respete el contenido esencial del derecho a difundir información", lo que exige la necesaria concurrencia en la noticia de unos requisitos esenciales: de una parte, el interés y la relevancia de la información divulgada como presupuesto de la misma idea de "noticia" y como indicio de la correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa, (STC 85/1992 entre otras); de otra parte, la necesidad de que la información sea veraz, (STC 178/93 entre otras), bien entendido que "la regla de veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al

transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas", (SsTC 105/90 , 219/92 y 123/93 entre otras muchas).

Pues bien, aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, lo primero que se constata es que no es posible confrontar correctamente los derechos en colisión cuando ni se tiene acceso a la información publicada en la página web http://www.offshorealert.com , ni se facilita la misma por parte de la demandante, si bien, y hasta donde se conoce, el titular consistente en "Solicitud para el nombramiento de un comisionado para reunir pruebas para una investigación penal en España sobre Sergio y Agustina por sospecha de tráfico de narcóticos y lavado de dinero", no sería falsa, pero tampoco totalmente rigurosa, en tanto el momento procesal al que la información parece referirse estaría superado por los acontecimientos, con sobreseimiento de la causa respecto a la aquí demandante.

Sin embargo, existe un dato que obliga a descartar que se esté ante una información irrelevante por obsoleta, y es que el sobreseimiento acordado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 lo habría sido al amparo del artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , único precepto legal que se cita en el fundamento de derecho tercero de la resolución, el cual, referido al sobreseimiento provisional, habla de "cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores", lo que significa, por un lado, que delito habría existido, lo que confirma la propia demandante al afirmar que hubo sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional en 2011, y, por otro, que no puede descartarse a estas alturas, siquiera remotamente, dada la clase del sobreseimiento, y en tanto no prescribiese la correspondiente responsabilidad, la aparición de nuevos indicios e incluso la reapertura de la causa frente a las personas respecto a las que se acordó ese sobreseimiento provisional.

Más aun, como demuestra la parte demandada, y es fácilmente comprobable a través de Internet, la noticia a la que enlazaría el buscador de Google estaría todavía generando secuelas informativas relevantes y de interés general, como es la repatriación a Colombia de piezas arqueológicas incautadas en la operación a la que aquélla se refiere (ver documento nº 2 anexos 3 a 10 de la contestación).

Así las cosas, y a falta de otros elementos de prueba relativos al contenido del documento *.pdf colgado de la página web aludida, se considera más que dudosa la existencia de la pretendida intromisión en el derecho al honor, lo que ha de tener su consecuencia jurídica en observancia del artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) LEC .

CUARTO

Por otro lado, y valorando ahora la actuación de la demandada, se estiman

plenamente de recibo los argumentos por la misma esgrimidos en relación con su función de enlazadora o buscadora, ya que el artículo 17 de la Ley 34/2002 (RCL 2002, 1744 y 1987) , de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico determina la exención de responsabilidad de tales prestadores de servicios "por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente", añadiendo que "se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse". Es decir, descartando que ningún órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos contenidos en la página web, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, tampoco puede hablarse de que Google haya obtenido un "conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización", ya que una cosa es que se haya acordado el sobreseimiento de la causa respecto de la demandante y otra que la información al respecto facilitada, aun desfasada temporalmente, sea ilícita, habiendo las sentencias del tribunal Supremo de 09/12/09 , 18/05/10 y 10/02/11 considerado que existe o puede existir ese conocimiento efectivo sin necesidad de que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos cuando esa ilicitud, a los efectos de "procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse", cuando resulta patente, flagrante o evidente por sí sola, es decir, cuando no depende de datos o información que no se encuentran a disposición del intermediario, lo que, obviamente, y con fundamento en lo consignado en el anterior fundamento de derecho, no concurre en el presente caso, en el que la intromisión pudiera ser lícita en ejercicio del derecho fundamental a la información, estimando que nos encontramos ante un caso sustancialmente igual al de la STS de 04/03/13 , en el que precisamente se exime a Google de la posible intromisión al derecho al honor por permitir el enlace con páginas web en las que se vinculaba al demandante con determinados hechos delictivos cuando la información por sí misma no revelaba de manera notoria su carácter ilícito.

QUINTO

Finalmente significar, como hace la demandada, que no se está ante una acción

de protección de datos de carácter personal con "derecho al olvido", por lo que huelga analizar la concurrencia de los presupuestos sentados por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13/05/14 en relación con los artículos 12.b) y 14.1.a) de la Directiva 95/46 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, que extiende la aplicación de la propia Directiva a la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, y posibilita el ejercicio frente a tales motores del derecho a la rectificación, supresión o bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajusta a las disposiciones de la Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos, así como a el derecho a oponerse justificadamente, en cualquier momento y por razones legítimas propias de la situación particular, a que los datos que le conciernan a una persona sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa.

SEXTO

Dado el carácter de la presente resolución, desestimatoria de la demanda entablada, y conforme a las prescripciones del artículo 394.1 de la LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) , procede imponer las costas del procedimiento a la parte actora, cuyos pedimentos son totalmente rechazados.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Desestimo la demanda entablada por el procurador José Andrés Peralta de la Torre, en nombre y representación de Agustina , contra Google Incorporated , y en su virtud absuelvo a la demandada de los pedimentos contra ella deducidos, con expresa imposición a la actora de las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, eneltérminodeveintedías , recurso de apelación ante este Tribunal para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid, justificando al hacerlo haber depositado la suma de 50,00 en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- La anterior resolución es publicada, notificada y archivada en la Secretaria del Juzgado, y queda por certificación literal unida a los autos, doy fe.

Roj: **STS 2918/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2918**

Id Cendoj: **28079130032020100222**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **3**
Fecha: **17/09/2020**
Nº de Recurso: **2099/2019**
Nº de Resolución: **1176/2020**
Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**
Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 7376/2019,**
STS 2918/2020

DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.176/2020

Fecha de sentencia: 17/09/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2099/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/06/2020

Ponente: Excma. Sra. D.ª María Isabel Perelló Doménech

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: 2099/2019

Ponente: Excma. Sra. D.ª María Isabel Perelló Doménech

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1176/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

Dª. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 17 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 2099/2019 interpuesto por la Procuradora Dª Celia Fernández Redondo en representación de D. Dionisio , contra la sentencia de 27 de diciembre de 2018, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 544/2017.

Han sido partes recurridas la Procuradora Dª Gracia López Fernández en representación de GOOGLE LLC; y el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de "GOOGLE LLC", interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 11 de junio de 2017, que confirma en reposición la resolución de 12 de abril de 2017, por la que se estima la tutela de derechos TD/02364/2016, instada por D. Dionisio .

La sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2018 (recurso nº 544/2017) termina con la siguiente parte dispositiva:

<< FALLAMOS.

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad GOOGLE LLC, representada por la Procuradora Sra. López Fernández frente la resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 11 de julio de 2017, dictada en el procedimiento TD/02364/2016, que confirma en reposición la resolución de 12 de abril de 2017, resoluciones que anulamos por no ser conformes a Derecho; con imposición de costas a las partes demandadas.>>

Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación la representación de D. Dionisio , que fue admitido remitiéndose las actuaciones al Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes.

SEGUNDO.- Personada la recurrente en este tribunal, se admitió a trámite el recurso casación, por Auto de la Sección Primera de esta Sala de 5 de julio de 2019 en el que se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

La parte dispositiva del Auto de admisión, en lo que ahora interesa, establece lo siguiente:

<< (...) 2°) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: (i) precisar el contenido de los factores de ponderación relativos a la relevancia pública de la información, desde su perspectiva objetiva (actividad) y subjetiva (carácter público o privado de la persona afectada) y, en particular, el valor que debe otorgarse a las directrices emanadas del Grupo de Trabajo del artículo 29. Y (ii) aclarar, en la labor de ponderación del derecho a la información y del derecho a la protección de datos de carácter personal (desde la perspectiva del derecho al olvido), el alcance que un auto de archivo de las actuaciones penales abiertas por los hechos publicados, y/o el perdón de los afectados, tiene desde la perspectiva de veracidad o exactitud de la información.>>

Considera la Sala de admisión que para ello será necesario interpretar el artículo 18.4 CE y el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con los artículos 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, 6.4 y concordantes de la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, y 20 y 93 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Y el artículo 24 CE en relación con el artículo 6.2 CEDH. Sin perjuicio de que la sentencia haya de entenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso.

TERCERO.- La representación procesal de "D. Dionisio ", formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2019 en el que dentro del apartado V recoge las infracciones que se imputan a la sentencia:

1.- Infracción del art. 18.4 CE y art. 8 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con los arts. 17 Reglamento (UE) 2016/,679 de 27 de abril de 2016, de Protección de Datos Personales, así como 4 y concordantes de la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y 93 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, por la aplicación de las Directrices del Grupo de Trabajo del art. 29.

1.1.- Las Directrices del Grupo de Trabajo del art. 29 no tienen valor de norma jurídica.

1.2.-La ponderación de factores que exige la STJUE (C-11/12) y la STS 58/2018: el criterio de relevancia pública de los hechos.

2.- Infracción del art. 24.2 CE en relación con el art. 6.2 Carta Europea de Derechos Humanos.

Y solicita los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Que fije la jurisprudencia a que se refiere el ATS de 5-7-2019

Segundo.- Que planté las cuestiones que considere oportunas al TJUE entre otras, la solicitada ante la Audiencia Nacional.

Tercero.- Que se condene en costas a la parte recurrida.

Suplicando se tenga por interpuesto el recurso de casación.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a las recurridas para que pudiesen formular su oposición.

El Abogado del estado mediante escrito de 14 de octubre de 2019, manifestó su abstención de formular escrito de oposición en este recurso.

Google LLC, en escrito de 6 de noviembre de 2019 se opuso al recurso de casación planteado de contrario, suplicando a la Sala dicte sentencia mediante la que desestime el recurso de casación.

QUINTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

La representación procesal del recurrente, presentó escrito de 15 de junio de 2020, realizando alegaciones sobre la STJUE de 24 de septiembre de 2019, asunto C-136/2017, y manifiesta que fue mencionada de forma sesgada por Google en su escrito de oposición.

Oídas las partes, presentó escrito de alegaciones Google en fecha 23 de junio de 2020, manifestando que la sentencia recurrida es plenamente conforme con la doctrina del TJUE sobre "datos sensibles".

SEXTO.- Se fijó para Votación y Fallo del recurso el día 30 de junio de 2020, si bien, la deliberación tuvo lugar por vía telemática, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

La representación procesal de D. Dionisio interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 27 de diciembre de 2018, que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la sociedad GOOGLE LLC, contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 11 de julio de 2017, que confirma en reposición su precedente resolución de 12 de abril de 2017.

Esta última estima la reclamación formulada por el ahora recurrente D. Dionisio contra GOOGLE INC, instando a esa entidad para que adopte las medidas necesarias "para evitar que su nombre se vincule en los resultados de búsqueda a las URLs reclamadas". La reseñada Agencia en su resolución realiza la ponderación de los derechos en juego y concluye sobre la prevalencia del derecho a la protección de datos del recurrente frente al de información de dicha entidad mercantil.

La sentencia de la Audiencia Nacional aquí impugnada anula la resolución de la Agencia de Protección de Datos, por considerar que la ponderación de los intereses en conflicto llevaba a una diferente conclusión, la

prevalencia del interés de la información sobre el derecho a la protección de datos del recurrente. La Sala de la Audiencia Nacional recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en supuestos de conflicto de tales derechos y concluye sobre la primacía de la información difundida a través del motor de búsqueda gestionado por GOOGLE LLC frente a la protección de datos del afectado, valorando de forma significativa lo siguiente:

<< dichas noticias se refieren a la vida profesional y no a la vida personal del Sr. Dionisio ", "(...) que el interés de la información radicaría no la conducta profesional del Sr. Dionisio sino en uno de los destinatarios del supuesto espionaje, (...) por su condición de cónyuge de una persona de gran relevancia política (...) en la comida mantenida en un restaurante, de una persona -entre otras- que, debido a la condición de su cónyuge, tenía en ocasiones escolta policial y podía detectar el posible espionaje. (...)se refieren a la actuación profesional del Sr. Dionisio , en cuanto empresario de gran relevancia, que ordena dicha actuación, por su interés empresarial", "(...) la resolución impugnada considera obsoletos los datos al haber un auto de ausencia de procedibilidad dado que las personas agraviadas renunciaron al ejercicio de cualquier acción judicial.", "(...) Es decir, el archivo del procedimiento penal de debió no a la falta de veracidad de los hechos denunciados, sino....a que los cinco perjudicados "han realizado acta de manifestaciones ante notario otorgando expresamente el perdón y renunciando al ejercicio de cualquier judicial que en derecho pudieran corresponderles por los hechos objeto del presente procedimiento"", "Por tanto, el auto no invalida la exactitud de las informaciones publicadas, ya que el archivo se produjo al haber renunciado los afectados al ejercicio de la acción penal, "tras haber otorgado su perdón"", "(...) no puede calificarse como excesivo el tiempo transcurrido a la vista de las circunstancias concurrente, pues aunque las noticias se publican en el año 2012, el auto es del año 2015 y se ejercita el derecho de cancelación en 2016, es decir cuando apenas había transcurrido un año desde el citado auto. Además, dado que el Sr. Dionisio sigue siendo un relevante empresario, en empresas relacionadas con las tecnologías informáticas de gran actualidad, su actuación profesional sigue siendo relevante, aunque las noticias se refieran al año 2012 (...) >>

En suma, en el juicio de ponderación realizado por la Sala, que cita la jurisprudencia del TC y del TJUE, es prioritario el derecho a la libertad de información sobre el derecho al olvido del Sr. Dionisio , en atención a las circunstancias concurrentes, singularmente, a que la información se refiere a la actividad profesional del recurrente y al tiempo transcurrido desde la publicación de la información, si bien, de forma adicional hace referencia a la no acreditación de la falta de veracidad de la información publicada.

El recurso de casación formulado por el Sr. Dionisio fue admitido por Auto de 5 de julio de 2019 de la Sección Primera de esta Sala que declaró que la cuestión que presenta interés casacional consiste en precisar el contenido de los factores de ponderación relativos a la relevancia pública de la información, y del derecho a la protección de datos de carácter persona l

El recurso de casación se articula en dos diferentes motivos en los que se suscitan las siguientes cuestiones:

1.- Infracción del art. 18.4 CE y art. 8 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con los arts. 17 Reglamento (UE) 2016/,679 de 27 de abril de 2016, de Protección de Datos Personales, así como 4 y concordantes de la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y 93 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, por la aplicación de las Directrices del Grupo de Trabajo del art. 29.

2.- Infracción del art. 24.2 CE en relación con el art. 6.2 Carta Europea de Derechos Humanos.

SEGUNDO.-Doctrina del derecho al olvido.

Recordaremos previamente que, si bien el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, (RGPD), contiene la regulación en el ámbito comunitario del derecho al olvido, no proporciona una definición del mismo, ni tampoco se encuentra en la jurisprudencia del TJUE, si bien en la sentencia de 24 de septiembre de 2019, dictada en el asunto C-507/2017 reconoce el derecho al olvido como "el derecho a la retirada de enlaces de una lista de resultados" cuando el criterio de búsqueda es el nombre de una persona física (apartado 38).

Como indica la doctrina, el derecho al olvido tiene como finalidad permitir a toda persona construir su vida sin la carga del pasado, por no concurrir un interés o utilidad social que justifique las consecuencias negativas asociadas a la publicidad de una noticia legítimamente divulgada en el pasado, cuando el transcurso del tiempo ha diluido el interés público subyacente en el mismo. Se fundamenta en que ciertas informaciones del pasado no continúen siendo difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios, de modo que hechos públicos, por razón del paso del tiempo, vuelven al área de privacidad o reserva, la esfera privada (Palermo).

Ello determina un conflicto en el que se hace necesario un juicio de valor o ponderación de los derechos concurrentes, con la valoración de las circunstancias concurrentes, a fin de considerar si el beneficio del ejercicio de la libertad de información o expresión es inferior a los daños provocados en otros bienes jurídicos. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), indica que el *"derecho al olvido hace referencia al derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de Internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa"*. También indica la reseñada AEPD que este derecho incluye la posibilidad de limitar la difusión de datos personales, incluso cuando la publicación original sea legítima, cuando refiere que *"La difusión universal e ilimitada de información que ya no tiene relevancia ni interés público a través de los buscadores causa una lesión a los derechos de las personas"*.

El desarrollo del derecho al olvido se ha producido fundamentalmente a nivel jurisprudencial, siendo clave la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha abordado su alcance y contenido en la conocida sentencia Costeja de fecha 13 de mayo de 2014. Asimismo, el Tribunal Constitucional que ha venido delimitando y determinado los criterios de aplicación en supuestos de colisión del derecho a la libertad de información y el derecho al olvido digital como en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, partiendo de la caracterización del derecho al olvido como una facultad inherente al derecho a la protección de datos personales y por tanto como derecho fundamental que se integra en las denominadas "libertades informáticas", cuya definición, configuración y límites surgen del artículo 18.4 de la Constitución.

Como decíamos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la reseñada Sentencia en el caso Costeja, de 13 de mayo de 2014, (asunto C-131/12), que resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, interpreta 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 la que subraya en la necesidad de equilibrio entre los derechos fundamentales contrapuestos.

Declara en esta Sentencia el TJUE que el tratamiento de datos personales efectuado por el gestor de un motor de búsqueda de internet puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y la protección de los datos personales cuando la búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier interesado conocer mediante la lista de resultados la visión estructurada de la información relativa a esa persona en internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada. Y señala que la supresión de vínculos de la lista de resultados a partir del nombre de la persona física afectada por la difusión de la noticia podría tener repercusión en el interés legítimo de los internautas interesados potencialmente en tener acceso a la información en cuestión, por lo que es necesario buscar un justo equilibrio entre este interés y el derecho fundamental de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Aunque con carácter general -matiza el Tribunal de Justicia- prevalecen estos derechos personalísimos sobre el mencionado interés de los internautas, lograr ese equilibrio puede depender de la naturaleza de la información de que se trate y el carácter "sensible" de la información para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esa información, que puede variar, en particular, en función del papel que dicha persona desempeñe en la vida pública.

En el apartado 4º de la parte dispositiva de la Sentencia, se declara por el TJUE que:

"4) Los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en la lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate."

Con posterioridad en la sentencia de 24 de septiembre de 2019 el TJUE viene a delimitar el alcance del derecho al olvido. En la Sentencia dictada en el asunto C-136/17 resuelve que el tratamiento de datos relativos

a los procedimientos penales que realizan los motores de búsqueda incluidos en la categoría de datos especialmente protegidos del artículo 8.5 de la Directiva 95/46 y 10 del Reglamento (UE) 2016/679 tiene una injerencia en los derechos fundamentales que puede ser particularmente grave, en razón de la sensibilidad de los datos. Y manifiesta que "el responsable del tratamiento deberá comprobar, basándose en todos los elementos pertinentes del caso concreto y teniendo en cuenta la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales del interesado respecto a la vida privada y a la protección de los datos personales, si la inclusión del enlace con dichos datos es estrictamente necesaria para proteger la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a la página web, libertad consagrada en el art. 11 de la Carta Europea". Y en línea de su anterior jurisprudencia, reitera que el derecho al olvido no es un derecho absoluto, sino sujeto a limitaciones que, como establece el Reglamento 2016/679 debe considerarse en relación con su función en la sociedad y subrayando la clave de mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales con arreglo al principio de proporcionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2020 declara que el derecho al olvido se proyecta en el reconocimiento de un haz de facultades conferidas a su titular para oponerse a un uso ilegítimo de sus datos personales. Recuerda que el derecho fundamental al olvido no es un derecho ilimitado porque, aunque la Constitución no establece expresamente límites específicos resultan aplicables los límites derivados del respeto a otros derechos fundamentales, entre los que tiene especial relevancia la libertad de información que proclama el artículo 20 de la Constitución.

Insiste el TC en la necesidad de que los Tribunales de Justicia, según la mencionada sentencia, deben ponderar en cada supuesto concreto las circunstancias concurrentes para dirimir los conflictos entre los derechos en liza.

Y señala que "para resolver si se ha producido una lesión al derecho a la protección de datos personales imputable a aquellas sociedades empresariales que gestionan motores de búsqueda de internet por utilizar protocolos que no se revelan idóneos para impedir la indexación de noticias incluidas en hemerotecas u archivos digitales, los órganos judiciales deben analizar la importancia de la digitalización de los documentos informativos para facilitar el acceso a la información de los usuarios de internet y valorar el impacto de la difusión de una noticia sobre el derecho a la propia imagen del titular de derecho (lo que incluye ponderar los efectos derivados del transcurso del tiempo desde que se produjeron los hechos noticiables).

Por ello, cabe afirmar que la libertad de información prevalece sobre los derechos de la personalidad, cuando la noticia difundida por medios digitales es veraz y se refiere a hechos con relevancia pública, que son de interés general".

En relación con el presupuesto de veracidad de la información difundida y el carácter de interés público, sostiene la mencionada sentencia constitucional que "El requisito de veracidad, cuya ponderación reviste especial interés cuando la libertad de información colisiona con el derecho al honor, no insta a que los hechos sean rigurosamente verdaderos, sino que se entiende cumplido en los casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de aquéllos con la diligencia exigible a un profesional de la información (por todas, STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2). Así, queda protegida por el derecho fundamental incluso la noticia errónea, siempre que haya precedido dicha indagación y que el error no afecte a la esencia de lo informado. Cuando la libertad de información colisiona con el derecho a la intimidad, la veracidad "no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión" (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). Ello significa que, en términos generales, si la información carece de interés público prevalente, no cabrá excluir la vulneración del derecho a la intimidad porque los hechos íntimos desvelados sean ciertos."

La relevancia pública de la información -según criterio del Tribunal Constitucional- viene determinada tanto por la materia u objeto de la misma, como por razón de la condición pública o privada de la persona a que atañe. Declara el tribunal que las autoridades y funcionarios públicos, así como los personajes públicos o dedicados a actividades que conllevan notoriedad pública "aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos" (por todas, STC 172/1990, de 12 de noviembre , FJ 2).

Cabe citar asimismo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2018 (STC 58/2018) que reconoce el derecho al olvido como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales y por tanto como derecho fundamental.

<<6. Este reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales. En el fundamento jurídico 11 de la STC 292/2000, reiterado después en el fundamento jurídico 4 de la STC 17/2013, de 31 de enero, se estableció que: "[E]l derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución".

En este caso, se identifica la libertad de información [art. 20.1 d) CE] como el derecho fundamental que podría actuar como límite del derecho de autodeterminación sobre los propios datos personales. Los datos personales cuya supresión se solicita por las personas recurrentes están contenidos en una noticia digitalizada, contenida en una hemeroteca digital, y la misma narraba, respecto de las personas recurrentes, que habían sido detenidas por su participación en un presunto delito de tráfico de drogas y que se había decretado su ingreso en prisión donde fueron médicamente atendidas por padecer el síndrome de abstinencia. El artículo, en el que no se encuentra ningún juicio de valor ni opinión, sino la mera exposición fáctica recién detallada, se incardina por lo tanto en el marco del derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE], que protege la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables por venir referidos a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren o por las personas que en ellos intervienen. (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 2)."

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia 545/2015, de 15 de octubre, ha señalado que el derecho al olvido "no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículo a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, "posicionando" a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, - continúa- se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país Indica el TS antes de determinar si el afectado en cuestión tiene derecho a la supresión de determinados resultados que aparecen tras una búsqueda de sus nombres y apellidos en el buscador, hay que sopesar todas las circunstancias en juego, como la veracidad de la noticia o enlace, la proyección pública del personaje, el derecho de los internautas a informarse sobre tal cuestión, el factor tiempo, su pertinencia y proporción (Sentencia de 18 de septiembre de 2014, del TEDH, Caso Brunet contra Francia), etc."

Dicha Sala Primera en la Sentencia 210/2016, de 5 de abril considera que el fin de que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre los indultos concedidos por el Gobierno justifica el tratamiento inicial de los datos, si bien pondera la relevancia del factor tiempo. Señala que "un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir por el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos". Por ello, transcurrido un plazo razonable, aquel tratamiento de datos deja de ser lícito y el daño provocado a los derechos de la personalidad desproporcionado.

En la misma línea la Sala Primera subraya que "el derecho al olvido no faculta al interesado para construir un pasado a medida y eliminar de los motores de búsqueda los resultados que no sean de su agrado. Dichos datos, en fin, para poder solicitar su supresión, han de revelarse de alguna manera ilícitos en función de las circunstancias concurrentes y tras adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto con el fin de establecer si el derecho al olvido debe de prevalecer sobre otros derechos e intereses legítimos concurrentes."

Finalmente, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en la Sentencia 12/2019, de 11 de enero, ha declarado que para determinar si el afectado tiene derecho a la supresión de determinados resultados que aparecen tras una búsqueda de sus nombres y apellidos en el buscador, hay que sopesar todas las circunstancias en juego, como la veracidad de la noticia o enlace, la proyección pública del personaje, el derecho de los internautas a informarse sobre tal cuestión, el factor tiempo, su pertinencia y proporción (Sentencia de 18 de septiembre de 2014, del TEDH, Caso Brunet contra Francia), etc. Y en aquel caso valoramos que la noticia se refería a hechos atribuidos a un funcionario público, que, entonces ocupaba un cargo en la Administración Autonómica, sus actuaciones carecían de particular notoriedad pues no se trataba de un personaje público que desempeñase

un papel destacado en la vida pública, lo que diluía en gran medida el interés de la información difundida, así como la inexactitud de los datos publicados y que la noticia había perdido actualidad, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, que limita la trascendencia para la formación de una opinión pública informada, libre y plural en una sociedad democrática.

TERCERO.- Sobre la alegación relativa al derecho a olvido.

En el marco jurisprudencial que hemos expuesto, procede analizar las denuncias de vulneración de los derechos fundamentales, lo que se hace abordando los dos motivos casacionales: que se refieren a: i) infracción del artículo 18.4 CE en relación al artículo 8 de la Carta Europea de derechos fundamentales e infracción del derecho a la supresión "derecho fundamental al olvido" reconocido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, así como del artículo 4 LOPD y concordantes, 93 LOPDP por la aplicación de las Directrices del grupo de trabajo del articulo 29; ii) La infracción del artículo 24 CE en relación con el artículo 6.2 CEDH.

De acuerdo con el planteamiento del recurso de casación, vamos a abordar el primer motivo que gira en torno a la vulneración del artículo 18 CE y del artículo 17 del Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, que reconocen el derecho al olvido digital.

Aduce el recurrente que la Sala de instancia utiliza las Directrices del Grupo de Trabajo del artículo 29 de la LOPD que no tienen valor de norma jurídica. Argumenta que la Sentencia aplica las referidas Directrices del Grupo de Trabajo como se desprende de su *ratio*, directrices que no pueden calificarse formalmente como una norma pues el órgano consultivo independiente que las dicta *ex* artículo 29 de la Directiva 94/46/CE no tiene reconocidas potestades normativas sino solo la de formular recomendaciones sobre asuntos relacionados con la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales de la Comunidad.

Y en opinión de la recurrente cuando la Audiencia Nacional aplica las directrices como una norma jurídica y al restringir a su regulación los factores de prevalencia que postergan el derecho al olvido se infringe el artículo 18.4 CE y 8 CDFUE, en relación con el 17 RGPD y concordantes de la LOPD y LOPDP y GDD. Expone a continuación la ponderación de factores que exigen las reseñadas STJUE y la STC 58/2018, que es el criterio de la relevancia pública de los hechos. Parte de la STJUE que establece como regla general la prevalencia de los derechos del titular de los datos sobre el derecho a la información de los internautas, regla que en su opinión, cede frente a la información y el papel que desempeña el afectado en la vida pública.

Continúa su alegato, afirmando que la sala de instancia excluye del derecho al olvido al recurrente por el hecho de ser un empresario con amplia trayectoria en empresas de gran relevancia, trazando un vínculo entre el artículo 18.4 CE y las directrices del artículo 29. Considera que la *ratio* de la Sentencia, -como otras precedentes de la sala- es, la aplicación de las mencionadas directrices que distinguen entre la vida privada y la vida profesional y en esa interpretación lleva concluir que en lo que se refiere al aspecto profesional, no hay derecho al olvido exponiendo a continuación las razones por las que considera procedente el reconocimiento de este derecho al recurrente.

Pues bien, en nuestra labor hemos de recordar los razonamientos de la sentencia impugnada, toda vez que en la misma se detallan los criterios por los que se considera prevalente el derecho a la información respecto al derecho al olvido. Como se desprende de su lectura, destaca en la ponderación el elemento que la parte recurrente menciona en su primer motivo casacional, que la publicación se refiere a la labor profesional desarrollada por el recurrente.

En el fundamento jurídico segundo de la sentencia combatida, la Sala expone las razones por las que considera que no prevalece el derecho a la protección de datos personales. Se valora que la información no trata aspectos de la vida privada del afectado sino a su ámbito profesional, que sirve para modular la intensidad que merece la protección del artículo 18.4 CE.

Y en efecto, el contenido de la información a la que se refiere la solicitud de cancelación gira exclusivamente en torno a la actividad empresarial del recurrente y a ciertos hechos que tuvieron lugar en relación con la labor de dirección de una sociedad mercantil de gran valor en el mercado. Los resultados de la búsqueda a través de GOOGLE se remiten a los enlaces de los artículos publicados en El País y El Confidencial en el año 2012. La información controvertida consiste en la investigación penal por supuestas actividades de espionaje a otros miembros del Consejo de Administración de la empresa de la que el recurrente era Consejero Delegado, en la que relata la realización de escuchas presuntamente ilegales y el procedimiento penal incoado a raíz de tales hechos.

Lo que conduce a concluir que la noticia no afecta al derecho a la intimidad personal y familiar del recurrente (artículo 18 CE) o a la vida familiar (artículo 8 CEDH) en la interpretación que de su extensión y límites han hecho el TC y el TEDH, supuesto en el que la protección del artículo 18 CE estaría reforzada. Antes bien, desde

la perspectiva objetiva la noticia sobre el recurrente presenta un diferente alcance y significado, pues se centra en la labor empresarial que presenta un claro interés público para la sociedad, cual es que los usuarios puedan conocer las prácticas empresariales presuntamente irregulares alegada por un directivo de una empresa que tiene un peso económico de gran tamaño.

La distinción apuntada es trascendente en el juicio ponderativo de los intereses concurrentes, pues este factor, que es el contenido de la noticia, se refiere en exclusiva a la faceta profesional del interesado, significa que no se aplique en toda su intensidad el artículo 18 CE, pues, ciertamente no atañe a la vida personal o familiar del recurrente.

No cabe por ello entender que por esta razón -por recaer sobre el ámbito profesional- resulta excluida de la ponderación de intereses, pero si cabe considerar -como bien indica la Sala de la Audiencia Nacional, - como un factor de modulación en la valoración de los intereses concurrentes a los efectos del artículo 18.4 CE. Y tampoco cabe concluir, como se afirma en el recurso que la sala de instancia aplica las directrices del grupo de trabajo a las que se concede un valor normativo. Tal afirmación no es atendible pues aun cuando la Sala, en efecto, cita en sus razonamientos tales directrices que llega a transcribir en parte, lo hace a fin de reforzar su argumentación jurídica, sin que en ningún pasaje de la sentencia se otorgue a dichas directrices un valor normativo vinculante. Así se desprende de la lectura del FJ.5 en el que se transcribe parcialmente las directrices del Grupo de Trabajo del 29 tras exponer en sus precedentes fundamentos los parámetros de valoración indicados por el TJUE.

El Grupo de Trabajo contemplado en el artículo 29 de la Directiva 95/ 46/CE al que ha sucedido el denominado Comité Europeo de Protección de Datos (CEDP), que dicta las Directivas 5/2019, es un órgano consultivo e independiente cuya función con arreglo a lo dispuesto en el artículo 30.3 de la Directiva 95/46 CE es abordar cuestiones relacionadas con la privacidad y los datos personales y emitir directrices sobre como la considerada en la sentencia de la Audiencia Nacional, que consiste en una guia para la implementación de la Sentencia del caso Costeja C-131/12.

Las directrices carecen de valor normativo vinculante, pero sí recogen el análisis de los expertos desde la perspectiva de la protección de datos personales de los criterios de ponderación recogidos en la Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 caso Costeja, y con ese valor orientativo pueden ser utilizadas por las autoridades nacionales competentes para resolver las cuestiones que atañen a la protección de los datos personales.

En el supuesto aquí enjuiciado, la propia Audiencia Nacional indica que toma en consideración que la información se refiere al aspecto profesional como un criterio en su juicio de ponderación, esto es no lo excluye sino como un elemento de moderación o modulación en la protección que dispensa el artículo 18.4 CE. Y en este sentido es respetuosa con la jurisprudencia anotada y con nuestro criterio expuesto en la STS de 17 de septiembre de 2020 (RCA 1733/2019).

CUARTO.- Sobre la vulneración del artículo 24 CE en relación con el artículo 6. 2 CEDH .

El segundo motivo de casación denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia *ex* artículo 24 .2 CE y 6. 2 CEDH.

Argumenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017 declaro la inconstitucionalidad del artículo 294.1 LOPJ reconoció que la extensión de la presunción de inocencia a otros procedimientos opera como una garantía de su efectividad para "evitar que los funcionarios y autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreseídos como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra". Y considera la recurrente que la aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto lleva a concluir que la Audiencia Nacional esta lesionando la vertiente extraprocesal de la presunción de inocencia, pues a pesar de que no ha sido desvirtuada su inocencia en el proceso penal se extraen para él una serie de consecuencias negativas derivadas de la sospecha de no ser inocente.

La Sentencia en vez de fijarse en que las diligencias fueron sobreseídas, lo hace en el motivo por el que fueron sobreseídas, derivando una consecuencia negativa de este motivo, concretamente la denegación del derecho al olvido. Añade a lo anterior que los términos de la Sentencia no resultan respetuosos con la decisión del juez penal de limitar los efectos del archivo a la causa penal, vulnerando la presunción de inocencia del recurrente, al considerar exactas las informaciones publicadas sobre la comisión de un delito de espionaje. Y concluye que en ausencia de tramitación de un proceso penal con todas las garantías el motivo señalado por el juez de instrucción para sobreseer no puede ser utilizado como una manifestación judicial de la que puedan extraerse consecuencias negativas dando lugar a la vulneración de los derechos del artículo 24 .2 CE y 6 CEDH.

Pues bien, es cierto que en la mencionada Sentencia 8/2017, el Tribunal declara:

<< En el caso examinado, de cuyas vicisitudes se ha dejado constancia circunstanciada en el apartado de antecedentes, el debate judicial se centró en torno a la concurrencia o no del presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo. La sentencia del órgano judicial, por su parte, resolvió ese debate señalando que "mantiene que el delito no existió pero la sentencia de instancia ofrece cumplida respuesta a por qué no acoge esta tesis y mantiene que el recurrente fue absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo,* vertiente del de presunción de inocencia".

De otro lado, la propia demanda de amparo afirma que "se ha producido la inexistencia objetiva de los hechos imputados o inexistencia del hecho delictivo", constatación de la que fácilmente se colige que, para dar solución al caso, puede ser trasladada la doctrina dimanante de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citadas. A la vista de esta doctrina, el análisis del contenido de la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2012 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y especialmente la consideración que se efectúa sobre que "la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)", derivando de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conducen a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia.

En suma, se aprecia la vulneración del principio de presunción de inocencia invocado pues, a la luz la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el razonamiento de la sentencia que constituye el objeto de este recurso cuestiona y pone en duda la inocencia del demandante.

Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, utilizando las expresiones contenidas en la STEDH de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c. España),* § 38, por la motivación empleada o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos, cuestiona la inocencia del demandante, lo que sucedía en los casos *Puig Panella* y *Tendam,* y por ello en este caso, siguiendo la reciente STEDH de 16 de febrero de 2016 (asunto *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España),* se menospreció la presunción de inocencia, como se desprende de los parágrafos 39 y 40, que señalan:

"39. Apunta, además, que el ámbito de aplicación del artículo 6 § 2 del Convenio no se limita a los procedimientos penales que estén pendientes, sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado *(Allen,* anteriormente citada, § 8, *Sekanina c. Austria,* 25 de agosto de 1993, § 22, serie A no 266-A, y *Rushiti c. Austria,* no 28389/95, § 27, 21 de marzo de 2000), en la medida en que las cuestiones planteadas en estos últimos procedimientos penales constituyan un corolario y un complemento de los procedimientos penales afectados en los que el demandante tuviera la condición "de acusado".

Aun cuando ni el artículo 6 § 2 ni ninguna otra cláusula del Convenio da derecho a compensación por una detención provisional legal cuando se levanta el procesamiento o se llega a una absolución, no puede admitirse que se siembren sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución que haya adquirido carácter de firmeza *(Sekanina,* anteriormente citada, § 30). Una vez que la absolución es firme -aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda- conforme al artículo 6 § 2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia *(Rushiti,* anteriormente citada, § 31). En efecto, unas decisiones judiciales posteriores o unas declaraciones que emanen de Autoridades públicas pueden plantear un problema desde la perspectiva del artículo 6 § 2 anteriormente citado si equivalen a una declaración de culpabilidad que ignora, deliberadamente, la absolución previa del acusado *(Del Latte c. Países Bajos,* no 44760/98, § 30, 9 de noviembre de 2004).

40. El TEDH apunta que, en aplicación del principio *in dubio pro reo,* ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el Juez de lo penal. Muy al contrario, en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutiva de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidente sobre la responsabilidad penal del interesado *(Allen,* anteriormente citada, § 102, *Vassilios Stavropoulos c. Grecia,* no 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007). Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia. *(Capeau c. Bélgica,* no 42914/98, § 25, CEDH 2005-I)."

En suma, con arreglo a esta doctrina, la decisión judicial recurrida en este amparo constitucional refleja la sensación de que sí hubo conducta delictiva cometida por el recurrente."

A partir de esta sentencia, el planteamiento del motivo casacional sostiene que la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Nacional hace una serie de consideraciones que implican consecuencias negativas derivadas del archivo del proceso penal.

Pero no cabe concluir en este caso sobre la efectiva vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE y 6 CEDH. Ya hemos dicho que con arreglo a la meritada Sentencia constitucional no cabe extraer consecuencias negativas del archivo de las actuaciones penales. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional realiza una correcta ponderación de los intereses en juego aplicando los parámetros establecidos por la jurisprudencia reseñada y la sola manifestación sobre los eventuales efectos que pueden dimanar del archivo de las actuaciones penales sobre la exactitud de la información publicada no es relevante, pues no solo se trata de un aspecto puramente accesorio a la argumentación principal que conduce a la denegación de la solicitud de cancelación, sino que además no implica una derivación nociva ni adversa para el afectado.

Esto es, la sala de instancia no valora ni extrae consecuencias negativas del archivo del procedimiento penal, pues en su ponderación toma en consideración los criterios y pautas del TJUE plasmados en la Sentencia del caso Costeja y únicamente realiza una singular manifestación sobre la razón del archivo de la causa y la corrección de la información, sin consecuencias peyorativas para el recurrente. Con independencia de su mayor o menor acierto, hemos de reiterar que tal expresión es adicional y accesoria de la *ratio* que lleva a la Sala de la Audiencia a desestimar la prevalencia del derecho al olvido.

La ponderación de los intereses concurrentes, en la que por un lado se valora que el recurrente es un importante empresario que dirige una sociedad de gran proyección en el mercado, así como la naturaleza de los hechos relativos a prácticas irregulares vinculadas con el desempeño de la labor de la empresa, sin que se acredite la existencia de algún error o inexactitud en la información, unido al escaso transcurso de tiempo transcurrido entre la publicación de la noticia y la solicitud de cancelación determina que sea correcta la conclusión que alcanza la sala sobre la prevalencia de la información respecto al derecho al olvido, ponderación que no ha sido desvirtuada por el recurrente y de la que no deriva la lesión de la presunción constitucional invocada.

QUINTO.- Conclusiones y costas.

En consecuencia con lo razonado, debemos desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Dionisio , contra la sentencia de 27 de diciembre de 2018, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 544/2017 promovido por la Mercantil Google LLC contra la resolución de 11 de julio de 2017 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirmó en reposición la resolución de 12 de abril de 2017, por la que se estimó la tutela de derechos en el expediente TD/02364/2016, instada por D. Dionisio .

De acuerdo con lo expuesto al rechazar los motivos casacionales en los anteriores fundamentos, la respuesta a las cuestiones de interés casacional sobre ponderación entre el derecho al olvido y la libertad de información, han de seguirse los criterios y jurisprudencia del TJUE, TC y TS en la interpretación que hemos realizado en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

De conformidad con lo previsto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción no se hace especial imposición de costas y para las de instancia se mantiene las de la sentencia recurrida.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

1.- DESESTIMAR el recurso de casación 2099/2019 interpuesto por la representación de D. Dionisio , contra la sentencia de 27 de diciembre de 2018, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 544/2017, que confirmamos.

2.- No imponer las costas causadas en el recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

Dª. María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde D. Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. Dª. Mª ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ