

# COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE 12 D'ABRIL DE 2016, QUE DECLARA LA INEXISTÈNCIA DE RESPONSABILITAT DEL PERSONAL MÈDIC EN UN CAS DE DEFUNCIÓ DEL PACIENT SOTMÈS A UNA INTERVENCIÓ QUIRÚRGICA MENOR

**Iván Mateo Borge**

*Professor associat a la Universitat Autònoma de Barcelona  
Advocat, LLM, DASS Abogados & Rechtsanwälte*

**Ramon M. Romeu Cònsul**

*Professor associat a la Universitat Autònoma de Barcelona  
Advocat, DASS Abogados & Rechtsanwälte*

## 1. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ

El Tribunal Suprem (TS) ens té acostumats a sentències que criden l'atenció, a vegades perquè les solucions que dona als fets encausats són, si més no, paradoxals amb la llei a la mà i, altres vegades, perquè els fets en si criden l'atenció i poden dur sobretot el lector no avesat a la matèria a no comprendre la solució donada.

En aquesta ocasió tenim l'oportunitat de comentar una resolució de l'Alt Tribunal amb relació a una qüestió que resulta, en no poques ocasions, espinosa: la responsabilitat civil dels professionals de la medicina, particularment quan, en el marc d'una intervenció mèdica aparentment senzilla, succeeix quelcom que trunca el transcurs dels fets i en resulten conseqüències especialment greus o desproporcionades en relació amb els riscos previstos o assumibles pel tipus d'intervenció de què es tracta.

Pel que fa a aquest tipus de supòsits, a mitjan anys noranta el TS començà a forjar la que s'ha anomenat *doctrina del dany desproporcionat*, assumint en gran mesura l'experiència jurisprudencial dels ordenaments veïns, i des d'aleshores s'ha pronunciat en nombroses ocasions en aquesta matèria que oscil·la entre la jurisdicció civil i la contenciosa administrativa, la qual va començar a acollir-la més tardanament.<sup>1</sup>

1. No s'acull aquesta doctrina en la jurisdicció contenciosa administrativa fins al principi dels anys 2000; una de les primeres sentències que aborda la qüestió ho fa amb relació a les seqüeles patides per una

Es tracta, com veurem, d'una matèria eminentment casuística i respecte de la qual resulta pràcticament impossible establir uns criteris i unes regles generals clares respecte a com i quan escau la seva aplicació i, si escau, quins en són els pressupòsits; en cada cas concret s'han d'analitzar les circumstàncies concurrents. No debades, estem parlant d'una doctrina que ha anat evolucionant des d'un sistema que en un primer moment buscava una certa objectivació de la responsabilitat mèdica<sup>2</sup> mitjançant la configuració i l'estructuració d'un mecanisme juridicoprocesal que té com a finalitat principal facilitar la labor probatòria al pacient d'una intervenció mèdica amb relació a la causalitat i la negligència dels professionals mèdics en aquells casos en què el resultat danyós d'una intervenció mèdica, tant si és quirúrgica com si és en la fase de tractament, dista absolutament dels riscos que es podrien considerar assumibles o previsibles tenint en compte les circumstàncies i els riscos de l'actuació mèdica i personals del pacient.

El cas analitzat pel TS té el seu origen en la intervenció quirúrgica d'un pacient afectat per un quist pilonidal<sup>3</sup> abscessificat i fistulat el 13 de novembre de 2007. Aquesta intervenció, que és relativament senzilla i en condicions normals no ha de significar un risc per a la vida del pacient,<sup>4</sup> consisteix en l'extirpació del quist mitjançant cirurgia, prèviament anestesiats el pacient. No obstant això, en el cas que ens ocupa el pacient pateix una sèrie de patologies prèvies destacables: insuficiència cardíaca crònica amb miocardiopatia dilatada d'origen etílic en tractament des de l'any 2000, malaltia pulmonar obstructiva crònica sense tractament, hipertensió arterial tractada amb fàrmacs hipotensors, diabetis mellitus tipus II amb tractament oral, hipercolesterolèmia i obesitat. Totes aquestes patologies estan controlades i estables en la data de la intervenció.<sup>5</sup>

---

pacient arran d'una intervenció per una hèrnia de hiat que li impedia dur una vida normal. Vegeu la Sentència del Tribunal Suprem (STS) (Sala Contenciosa Administrativa) de 16 de desembre de 2003 (ponent: Santiago Martínez-Vares García) [Roj. STS 8124/2003].

2. Vegeu les sentències del Tribunal Suprem (TS) (Sala Civil) de 29 de juny de 1999 (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) [Roj. STS 4645/1999], 9 de desembre de 1999 (ponent: Román García Varela) [Roj. STS 7847/1999], 29 de novembre de 2002 (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) [Roj. STS 8000/2002] i 30 de gener de 2003 (ponent: Román García Varela) [Roj. STS 548/2003]. En l'última d'aquestes el TS indica: «El punto de vista jurídico que expresa la sentencia recurrida, lo acepta esta Sala y coincide con su jurisprudencia. [...] el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción».

3. Tal com consta en la STS (Sala Civil) de 12 d'abril de 2016 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 1624/2016], un quist pilonidal es defineix com un defecte del desenvolupament de l'ompliment de líquid a la base de la columna (còccix) que quan s'infecta forma un abscess que drena pus.

4. Vegeu el fonament jurídic cinquè de la SAP de Guipúscoa (Secció 3a) de 19 de desembre de 2013 (ponent: María del Carmen Bildarraz Alzuri) [Roj. SAP SS 698/2013].

5. Això es desprèn dels fets considerats provats tant per la SAP de Guipúscoa (Secció 3a) de 19 de desembre de 2013 (ponent: María del Carmen Bildarraz Alzuri) [Roj. SAP SS 698/2013] com per la STS (Sala Civil) de 12 d'abril de 2016 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 1624/2016].

Al pacient se li aplica anestèsia regional i la intervenció es desenvolupa sense complicacions, però cap al final de l'operació el pacient pateix una cianosi en esclavina,<sup>6</sup> que es caracteritza per l'aturada cardíaca, i, malgrat les maniobres de reanimació, entra en coma i el 25 de gener de 2008 mor.

El fill del pacient, amb data 6 de desembre de 2011, presenta una demanda de procediment ordinari als jutjats de primera instància de Donostia-Sant Sebastià contra AMA, companyia asseguradora del centre mèdic on s'havia practicat la intervenció quirúrgica. En la demanda al·lega la responsabilitat dels facultatius per negligència mèdica en la intervenció del seu pare i reclama el pagament de 150.254 €, més l'interès legal i les costes judicials.

Els principals arguments en què es basa la part demandant són, d'una banda, que la negligència dels professionals deriva d'una valoració errònia dels riscos quirúrgics i anestèsics en el preoperatori, ja que es classificà el pacient com a pacient de risc baix, ASA II,<sup>7</sup> mentre que, tenint en compte les patologies prèvies que patia, se l'hauria d'haver classificat com a pacient de risc elevat, ASA IV,<sup>8</sup> o fins i tot se li hauria d'haver desaconsellat la intervenció, i, a més, no es van realitzar determinades proves en la fase preoperatoria. D'altra banda, en la demanda s'al·lega l'execució errònia de la intervenció per haver subministrat al pacient un tipus d'anestèsia que podia significar un increment del risc ateses les seves circumstàncies físiques i també per disposar del personal i els mitjans necessaris per a donar una resposta ràpida als problemes que poguessin sorgir en el transcurs de l'operació. L'actor també apel·la a la doctrina del dany desproporcionat. Així mateix, al·lega la infracció del dret a la informació que havien de rebre el pacient i els seus familiars (consentiment informat).

El Jutjat de Primera Instància Número 5 de Donostia-Sant Sebastià,<sup>9</sup> després d'analitzar les proves practicades en el procediment, sobretot les pericials, acaba conclouent que hi ha hagut negligència per part del personal mèdic en el transcurs de la intervenció quirúrgica, particularment pel que fa al diagnòstic en el preoperatori i la valoració del risc quirúrgic i anestèsic. Per tant, accedint íntegrament a les peticions

6. Tal com explica el pèrit de la part demandant, la cianosi en esclavina és la insuficiència d'oxigen a la sang, que congestiona els braços i el cap del pacient. Vegeu el fonament jurídic cinquè de la SAP de Guipúscoa (Secció 3a) de 19 de desembre de 2013 (ponent: María del Carmen Bildarraz Alzuri) [Roj. SAP SS 698/2013].

7. D'acord amb les explicacions donades pel pèrit de la part actora, aquesta classificació del pacient es correspon amb la d'una persona que pateix una malaltia sistèmica lleu i no incapacitant, de manera que pot dur una vida normal si no fa sobreesforços, és a dir, que està asimptomàtica des del punt de vista cardíac, però que patirà dispnees si fa esforços.

8. Segons les explicacions donades pel pèrit de la part actora, aquesta classificació es correspon amb la d'una persona que pateix una malaltia sistèmica greu, incapacitada en grau moderat o agut, que, a més, significa una amenaça per a la vida del pacient en les fases en què es troba descompensada (i afegeix: «como puede suponer el estrés de la cirugía de quiste pilonidal [...]»).

9. Vegeu la Sentència del Jutjat de Primera Instància Número 5 de Donostia-Sant Sebastià de 17 de desembre de 2012, actuacions del procediment ordinari núm. 1296/11.

de la part demandant, condemna AMA al pagament dels imports reclamats, així com al dels interessos legals i les costes del procediment.

L'Audiència Provincial (AP) de Guipúscoa,<sup>10</sup> en canvi, estima que la jutjadora de la primera instància incorre en una valoració errònia de les proves practicades i, després de fer una nova revisió dels peritatges aportats a les actuacions, així com de les declaracions dels pèrits i metges que participaren en la intervenció, estima provat que el diagnòstic preoperatori va ser adequat, que la intervenció es va ajustar a la *lex artis ad hoc*<sup>11</sup> i que no esqueia l'aplicació de la doctrina del dany desproporcionat, perquè la causa de la mort escapava a l'esfera d'actuació dels professionals mèdics. A banda d'això i a la vista dels documents que obren en el procediment, conclou que el pacient estava degudament informat dels riscos que comportava la intervenció ateses les seves circumstàncies personals.<sup>12</sup>

Enfront d'aquesta Sentència l'actor presentà un recurs de cassació en el qual alegava la infracció de la doctrina jurisprudencial pel que fa a l'obligació d'informació dels professionals mèdics i l'obtenció del consentiment informat, i l'incompliment de la doctrina del dany desproporcionat.

La Sala Primera del Tribunal Suprem, amb ponència de José Antonio Seijas Quintana, resol la qüestió mantenint els pronunciaments de l'AP de Guipúscoa, ja que, a la vista dels fets provats, conclou que no hi ha hagut manca d'informació ni infracció en l'obtenció del consentiment informat i, pel que aquí interessa, queda acreditat que els professionals mèdics van actuar d'acord amb la *lex artis ad hoc*, i en qualsevol cas no resultava aplicable la doctrina del dany desproporcionat, ja que el risc de defunció, ateses les circumstàncies personals del pacient, era previst i explicable en el marc de la intervenció.<sup>13</sup> Això no obstant, la Sentència apunta que s'hauria pogut donar una resposta diferent si els facultatius no haguessin ponderat correctament la relació benefici-risc que la intervenció podia tenir en el pacient, fet que descarta perquè els metges van actuar d'acord amb la *lex artis* i perquè, a la vista que

10. Vegeu la SAP de Guipúscoa (Secció 3a) de 19 de desembre de 2013 (ponent: María del Carmen Bildarraz Alzuri) [Roj. SAP SS 698/2013].

11. El TS té establert que per *lex artis ad hoc* s'ha d'entendre no només la correcció i el compliment formal de les tècniques mèdiques establertes d'acord amb l'experiència i l'estat de la ciència, sinó també l'aplicació d'aquestes tècniques amb la cura i d'acord amb les circumstàncies i els riscos inherents a la intervenció i el pacient concrets. Vegeu el fonament jurídic tercer de la STS (Sala Civil) de 23 de maig de 2006 (ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) [Roj. STS 3680/2006].

12. Tal com consta en la SAP de Guipúscoa (Secció 3a) de 19 de desembre de 2013 (ponent: María del Carmen Bildarraz Alzuri) [Roj. SAP SS 698/2013], al pacient se li explicà oralment i per escrit en què consistia la intervenció, quins eren els riscos generals, tant de la intervenció com de l'anestèsia, i quins eren els riscos propis de la seva situació personal, entre els quals es preveia el risc de mort; de fet, consta que se li van donar pautes i li van modificar la medicació per tal d'adaptar-la al procés quirúrgic.

13. Entre els riscos personalitzats dels quals s'advertí el pacient s'inclou el risc de mort amb motiu de l'anestèsia.

l'estat de salut del pacient en els mesos immediatament anteriors a la intervenció estava estabilitzat, res no feia desaconsellar la intervenció.

A simple vista pot cridar l'atenció aquesta solució adoptada pel TS, ja que els fets apunten que alguna cosa havia de passar en el marc de la intervenció perquè una operació mèdica en principi senzilla i recomanada pels mateixos facultatius desemboqués en un resultat tan tràgic com és la mort del pacient. No obstant això, una anàlisi dels fets ocorreguts i de la doctrina que s'ha anat forjant entorn de la responsabilitat mèdica en general i del dany desproporcionat en particular, ens ha de dur a la mateixa conclusió que el TS i a descartar que hi va haver una negligència per part dels facultatius que justificaria la imputació de responsabilitat.

## 2. EL CONCEPTE DE *DANY DESPROPORCIONAT* EN LA JURISPRUDÈNCIA CIVIL

Per a poder capir adequadament la conclusió a què arriba el TS d'entendre que no existeix dany desproporcionat tot i el tràgic desenllaç en el marc d'una intervenció *a priori* senzilla i sense un risc especial per al pacient, es fa necessari fer una breu aproximació al concepte que s'ha anat forjant de *dany desproporcionat*.

En l'àmbit de la responsabilitat mèdica es parla de dany desproporcionat en els casos en què la intervenció mèdica té com a resultat un dany anòmal i aliè als riscos previsibles o assumibles de la mateixa intervenció mèdica, tenint en compte totes les circumstàncies del cas concret.<sup>14</sup> No es tracta, doncs, d'un dany d'una gravetat excepcional ni d'una gran magnitud, sinó d'un dany que no queda comprès dins dels riscos propis de la intervenció de la qual es tracti, encara que sigui remot.<sup>15</sup>

Amb relació a això, hem de tenir en compte que, tot i que la intervenció de base pot ser relativament senzilla o no comportar uns riscos especials,<sup>16</sup> l'anàlisi dels riscos que s'han de tenir en compte abasta no només l'actuació principal, sinó també les actuacions d'acompanyament. L'exemple més clar el trobem en els actes anestèsics, que, tal com ha reconegut la jurisprudència,<sup>17</sup> són intervencions que *per se* comporten

14. Vegeu la STS (Sala Civil) de 5 de gener de 2007 (ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) [Roj. STS 171/2007].

15. Vegeu Marta María SÁNCHEZ GARCÍA, «El daño desproporcionado», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8 (2013), p. 250. En aquest sentit, resulta interessant l'anàlisi jurisprudencial feta en l'article pel que fa als tipus de riscos que han de considerar-se per a poder parlar de dany desproporcionat, després de la qual s'arriba a la conclusió que només pot haver-n'hi quan el risc no entri dins d'allò que, fins i tot remotament, era previst o previsible en el marc de la intervenció mèdica.

16. Com ho podria ser l'extirpació d'un quist pilonidal, com en el cas analitzat.

17. Vegeu, per exemple, les sentències del TS (Sala Civil) de 29 de juliol de 1998 (ponent: Román García Varela) [Roj. STS 5039/1998], 4 de febrer de 2002 (ponent: Francisco Marín Castán) [Roj. STS 628/2002] i 22 de setembre de 2010 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 4716/2010], de les quals és destacable el que indica l'Alt Tribunal en la de 4 de febrer de 2002: «Partiendo de que, como es

un elevat element de risc, fins i tot en circumstàncies normals; risc que ha de ser tingut en compte per a valorar si podem parlar de dany desproporcionat. Per aquest motiu, l'existència de danys greus produïts en una intervenció de base aparentment senzilla no és per si mateixa generadora de responsabilitat dels professionals ni significa l'aplicació immediata de la doctrina del dany desproporcionat sempre que els riscos, tot i que remots, siguin els típics o previsibles en el marc de la intervenció de base o de les actuacions que l'acompanyin.

Així, doncs, com ha reiterat la jurisprudència, si el dany sofert pel pacient troba una explicació en el marc dels riscos assumits a l'hora de prendre la decisió de sotmetre's a la intervenció mèdica, no podem acudir a aquesta doctrina per a obtenir la imputació de responsabilitat als professionals intervinents.<sup>18</sup>

### 3. ORIGEN I EVOLUCIÓ DE LA DOCTRINA DEL DANY DESPROPORCIONAT. NATURALESA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓ

L'origen de la doctrina del dany desproporcionat l'hem d'anar a buscar principalment en la doctrina jurisprudencial francesa de la *faute virtuelle* o culpa virtual, que es començà a aplicar i desenvolupar a França a partir de la Sentència de la Cour de Cassation de 28 de juliol de 1960.<sup>19</sup> La doctrina jurisprudencial francesa comença a aplicar la doctrina de la *faute virtuelle* en els casos de danys causats en el marc d'una intervenció mèdica que tenen caràcter desproporcionat en relació amb aquesta i que només es poden explicar si hi ha hagut negligència per part del facultatiu.

---

notorio y por demás reconoce la STS 29-7-98 más arriba citada, la administración de anestesia general comporta de por sí un riesgo para la vida y la integridad física del paciente, riesgo no obstante necesario para la práctica de todo un amplísimo abanico de intervenciones quirúrgicas, al médico anestesista no puede exigírsele que durante la intervención no surja complicación alguna sino que, si la complicación se presenta, lo exigible es que reaccione de la forma más adecuada para solventarla o paliar sus efectos según la técnica y conocimientos propios de su especialidad, todo ello, evidentemente, previa comprobación del material e instrumental a emplear y previa conexión de los sistemas de monitorización y detección puestos a su disposición por el centro de acuerdo con el estado de la técnica y las normas que rijan el equipamiento preciso en quirófono».

18. Així ho ha entès el TS en les sentències de la Sala Civil de 19 d'octubre de 2007 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 6620/2007] i 30 de juny de 2009 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 4687/2009], en la qual s'indica: «[...] no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, explicación que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación».

19. En el supòsit enjudiciat en aquest cas, la cort de cassació francesa entén, amb relació a un cas d'una pacient que pateix una radiodermatitis derivada del funcionament incorrecte de les portes de la màquina de raigs X, que l'única causa que pot explicar el dany és la negligència de la radiòloga en el seu deure de cura o de *garde* en la realització de les proves radiològiques.

No obstant això, el TS en la gestació i el desenvolupament de la doctrina del dany desproporcionat s'emmiralla també en altres figures del dret comparat, com ara la *res ipsa loquitur* ("la cosa parla per si mateixa") de la doctrina anglosaxona o l'*Anscheinsbeweis* ("aparença de prova") de la doctrina alemanya.<sup>20</sup>

Totes aquestes figures, amb les seves diferències, apareixen en els seus respectius ordenaments amb la clara intenció de facilitar als pacients poder acreditar la negligència o el nexa de causalitat, sobretot tenint en compte la dificultat d'accés que poden tenir a proves determinants per al procediment, en no poques ocasions propiciada pels mateixos centres mèdics o els mateixos facultatius.<sup>21</sup>

Tanmateix, si bé el TS les ha assumit com a figures anàlogues a la doctrina del dany desproporcionat, com bé apunta la doctrina, no totes responen a la mateixa estructura que ha anat dibuixant la jurisprudència espanyola,<sup>22</sup> fet que fa necessari que doctrinalment s'estudiïn de manera separada, sobretot perquè aquelles actuen com a presumpcions judicials privilegiades, cosa que no succeeix, com veurem, amb la doctrina del dany desproporcionat.<sup>23</sup>

En efecte, la doctrina del dany desproporcionat construïda pel nostre TS, si bé amb uns inicis vacil·lants,<sup>24</sup> ha anat abandonant l'ombra de les presumpcions judicials privilegiades<sup>25</sup> de les institucions del dret comparat, desaparegudes amb comptades

20. Vegeu, entre altres, les sentències del TS (Sala Civil) de 9 de desembre de 1998 (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) [Roj. 7437/1998], 15 de setembre de 2003 (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) [Roj. STS 5486/2003], 26 de juliol de 2006 (ponent: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) [Roj. STS 5083/2006] i 16 d'abril de 2007 (ponent: Vicente Luis Montés Penadés) [Roj. STS 2676/2007].

21. Així ho reconeix el TS en la paradigmàtica STS (Sala Civil) de 12 de desembre de 1998 (ponent: Alfonso Villagómez Rodil) [Roj. STS 7516/1998], on estableix que «[r]esulta sabido, por ser notorio del conocimiento popular, lo difícil que es en estos casos para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y las sanitarias que, por negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales, y es la actividad probatoria llevada a cabo con las debidas garantías legales-procesales la que los determina».

22. En aquest sentit, vegeu Álvaro LUNA YERGA, «Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, 29.11.2002», *InDret* (Barcelona), núm. 141 (abril 2003); Álvaro LUNA YERGA, «Comentario a la Sentencia del TS de 31 de enero de 2003. Responsabilidad de responsables sanitarios», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62/2003, p. 655-672.

23. Vegeu Marta María SÁNCHEZ GARCÍA, «El daño desproporcionado», p. 250.

24. Vegeu la STS (Sala Civil) de 31 de gener de 2003 (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) [Roj. STS 555/2013].

25. Vegeu la STS (Sala Civil) de 12 de desembre de 1998 (ponent: Alfonso Villagómez Rodil) [Roj. STS 7516/1998], en la qual el TS equipara la doctrina del dany desproporcionat amb la de la *faute virtuelle*, o la STS (Sala Civil) de 23 de juny de 2005 (ponent: Antonio Romero Lorenzo) [Roj. STS 4174/2005], en què el Tribunal indica: «Anotemos, finalmente, que es doctrina jurisprudencial reiterada la de que la responsabilidad por negligencia sanitaria de una entidad especializada debe imponerse de forma prácticamente objetiva si se revela que su defectuoso funcionamiento ha dado lugar a un resultado lesivo que deba considerarse desproporcionado en relación con el escaso riesgo que en principio debía atribuirse a la intervención realizada sin que por la misma se ofrezca prueba suficiente de que por su parte se había puesto a

excepcions amb l'entrada en vigor de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), i s'ha incardinat en el marc de la facilitat probatòria que predica l'article 217.7 LEC.<sup>26</sup>

No obstant això, aquesta incardinació no és absoluta. El TS no admet que es tracti d'un supòsit absolut d'inversió de la càrrega de la prova,<sup>27</sup> sinó que un dany desproporcionat en els termes que hem indicat, que evidència que alguna cosa ha d'haver passat perquè es doni el resultat danyós, pot fer aflorar la presumpció *iuris tantum* que existeix un nexa de causalitat entre la intervenció del facultatiu i el dany que, alhora, a la vista de la desproporció entre el que era previsible i el resultat final, fa concloure necessàriament que hi ha hagut negligència.<sup>28</sup>

Tanmateix, el facultatiu sempre pot trencar el nexa de causalitat o la presumpció de negligència, per facilitat i disponibilitat probatòria, d'una banda acreditant que ha seguit la *lex artis ad hoc* i, de l'altra, justificant que els motius que han desembocat en

---

contribució toda la diligencia que las circunstancias del caso requerían (sentencias de 7 de octubre de 2004, 8 de mayo de 2003 y 17 de mayo y 10 de julio de 2002, entre las más recientes)».

26. En aquest sentit ja es pronuncia la STS de 23 de maig de 2007 (ponent: Vicente Luis Montés Penadés) [Roj. STS 3412/2007], en la qual s'explica l'adaptació de les figures del dret comparat: «Por eso acude, con acierto, el Juzgado de primera instancia a la doctrina del “daño desproporcionado”, a la que se han referido múltiples decisiones de esta Sala (Sentencias de 17 de julio de 1989, 12 de febrero de 1990, 15 y 23 de febrero de 1993, 6 de julio de 1995, 2 de diciembre de 1996, 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1999, 19 de febrero, 23 de junio, 9 y 21 de diciembre de 1999, 31 de julio de 2002, 31 de enero de 2003, etc.) hasta en las decisiones más recientes (26 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, RC 1667/2000, entre otras). Esta doctrina, como ha dicho la última de las sentencias citadas, adapta la tesis de la “faute virtuelle” de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la “prueba aparente” de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que excluya la imputación de los daños».

27. Vegeu la STS (Sala Civil) de 5 de gener de 2007 (ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) [Roj. STS 171/2007], en la qual s'aclareix que no és una inversió de la càrrega de la prova *stricto sensu*, ja que estableix que «[n]o se trata, tampoco, propiamente, de una inversión de la carga de la prueba, puesto que la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*res ipsa loquitur*, la cosa habla por sí misma) en tanto no son refutados (*facta refutanda* o hechos necesitados de refutación según la retórica clásica), de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo».

28. Vegeu la STS (Sala Civil) de 20 de novembre de 2009 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 6873/2009].



el resultat danyós<sup>29</sup> escapaven a la seva esfera d'actuació o bé que el risc resultava incontrolable fins i tot amb la diligència deguda.

A més, com ha establert reiteradament el TS, el demandant ha d'acreditar en tot cas l'existència i la realitat del dany i la desproporció amb relació a la intervenció mèdica a la qual ha estat sotmès el pacient.<sup>30</sup>

#### 4. PRESSUPÒSITS D'APLICACIÓ DE LA DOCTRINA DEL DANY DESPROPORCIONAT

Com hem esmentat al principi d'aquest article, la qüestió és eminentment casuística, de manera que són les circumstàncies concurrents en cada cas les que determinen l'existència d'un dany desproporcionat i la necessitat d'acudir a la doctrina que relaxi la labor probatòria de la part actora, generalment el pacient o els seus descendents. És per aquest motiu que es fa una labor impossible establir uns límits o pressupòsits clars per a l'aplicació de la doctrina del dany desproporcionat, de manera que només podem establir unes premisses bàsiques que es van repetint en la jurisprudència.

En aquest context, podem concloure, a partir de la jurisprudència analitzada, que, per tal que escaigui l'aplicació de la doctrina del dany desproporcionat i, per tant, operi la relaxació de la càrrega probatòria pel que fa al nexa causal i la negligència que en principi recau sobre el demandant, s'han de donar determinades circumstàncies que esmentarem seguidament.

El primer dels pressupòsits és l'existència d'un dany en el marc d'una intervenció mèdica que tingui el caràcter de desproporcionat en els termes que ha fixat el Tribunal Suprem, és a dir, un dany anòmal, imprevist i imprevisible tenint en compte la intervenció que s'ha de dur a terme.<sup>31</sup> L'existència, la realitat, la certesa i l'abast del

29. Vegeu la STS (Sala Civil) de 23 de maig de 2006 (ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) [Roj. STS 3680/2006] o la de 23 d'octubre de 2013 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 4289/2013], que estableix: «En efecto, el daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria (SSTS 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007; 20 de noviembre 2009). En estos casos en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaea sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación (SSTS de 23 de mayo de 2007, 8 de noviembre 2007; 10 de junio y 23 de octubre de 2008)».

30. Vegeu la STS (Sala Civil) de 5 de gener de 2007 (ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) [Roj. STS 171/2007].

31. Vegeu la STS de 23 de maig de 2007 (ponent: Vicente Luis Montés Penadés) [Roj. STS 3412/2007] o la de 23 d'octubre de 2008 (ponent: Jesús Eugenio Corbal Fernández) [Roj. STS 5371/2008], l'última de les quals estableix que «[e]l daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional (SS. 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007, Recursos 40 y 3976 de 2000)».

dany, així com la seva desproporció, són els extrems que ha d'acreditar la part demanant per tal que operi la doctrina jurisprudencial del dany desproporcionat.

El dany s'ha d'haver produït per alguna acció compresa dins de l'esfera d'actuació dels professionals mèdics<sup>32</sup> i l'actor, en la mesura que tingui facilitat i disponibilitat probatòries, ha d'acreditar que el professional mèdic no s'ha ajustat a la *lex artis ad hoc*.<sup>33</sup>

En relació amb aquest pressupòsit, la jurisprudència també exigeix que, per contra, no hi hagi hagut una intervenció del perjudicat en la producció del dany.<sup>34</sup>

Així mateix, a fi d'aplicar la referida doctrina, el TS exigeix en el demandat una manca de labor probatòria pel que fa a l'adequació de la seva actuació a la *lex artis ad hoc*, tenint en compte també la seva disponibilitat probatòria, i una manca o insuficient explicació pel que fa a la causa del dany, ja sigui perquè es troba fora de la seva esfera d'actuació, ja sigui perquè es tracta d'un dany fortuït o inevitable, segons l'estat de la ciència.<sup>35</sup>

Fixades aquestes premisses, el TS també exigeix que del transcurs dels fets es desprengui necessàriament que el dany causat només ha pogut ser provocat per una conducta culposa, tenint en compte l'experiència prèvia o comparativament amb supòsits anàlegs.<sup>36</sup>

Aquesta última qüestió no és trivial, ja que, malgrat que els casos que estudien els tribunals poden cridar molt l'atenció per la gravetat o desproporció dels danys patits pel pacient, no es pot perdre de vista una qüestió pacífica entre la jurisprudència: en medicina, sobretot la curativa, els professionals assumeixen una obligació de mitjans, no de resultat.

Per aquest motiu, no es pot partir de la idea que els facultatius han de ser declarats responsables de qualsevol resultat indesitjable, per greu que sigui, si escapa al seu poder d'actuació i han intervingut amb la diligència deguda, com així ha reconegut el mateix TS anteriorment.<sup>37</sup>

32. Vegeu les sentències del TS (Sala Civil) de 30 de juny de 2009 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 4687/2009] i 23 d'octubre de 2013 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 4289/2013].

33. Vegeu la STS (Sala Civil) de 14 de febrer de 2007 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 813/2007].

34. Vegeu les sentències del TS (Sala Civil) de 9 de desembre de 1998 (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) [Roj. 7437/1998] i 26 de maig de 2005 (ponent: Román García Varela) [Roj. STS 3393/2005].

35. Vegeu les sentències del TS (Sala Civil) de 23 de maig de 2007 (ponent: Vicente Luis Montés Penadés) [Roj. STS 3412/2007], 30 de juny de 2009 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 4687/2009] i 4 de febrer de 2002 (ponent: Francisco Marín Castán) [Roj. STS 628/2002].

36. Vegeu les sentències del TS (Sala Civil) de 13 de desembre de 1997 (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) [Roj. STS 7632/1999] i 20 de juny de 1999 (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) [Roj. STS 4645/1999].

37. Vegeu les sentències del TS (Sala Civil) de 30 de juny de 2009 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 4687/2009] i 22 de setembre de 2010 (ponent: José Antonio Seijas Quintana) [Roj. STS 4716/2010].

## 5. CONCLUSIONS

Partint de la jurisprudència analitzada, dels conceptes forjats pel TS en la matèria, així com dels fets tinguts com a provats, tant per l'Audiència Provincial de Guipúscoa com per l'Alt Tribunal, no podem sinó entendre que la resposta donada pel TS en aquest cas segueix la línia de raonament ja iniciada anteriorment.

Tal com hem apuntat, el TS ja ha advertit en ocasions anteriors que els professionals de la medicina, particularment la curativa, se sotmeten a una obligació de mitjans i no de resultat, de manera que se'ls exigeix que en els actes d'intervenció mèdica posin a l'abast del pacient tots els mitjans humans i tècnics d'acord amb l'estat de la ciència.

No obstant això, tal com indica el Tribunal, els metges tracten persones que poden o no tenir patologies prèvies que, alhora, poden tenir una major o menor incidència en la intervenció que s'hagi de practicar al pacient. De fet, afirma que no es pot culpabilitzar els professionals de la medicina de tots els resultats nocius que es produeixin, que poden no estar a les seves mans.

Partint d'aquestes premisses, en el cas que ens ocupa, el pacient patia una sèrie de patologies prèvies greus que van ser determinants en el tràgic desenllaç, que va tenir lloc en el transcurs de la intervenció quirúrgica.

Això no obstant, el TS no aprecia que existeixi responsabilitat per part dels facultatius, ja que, tal com consta provat en el tràmit preoperatori, tant per part del cirurgià com per part de l'anestesta, la cirurgia era l'únic tractament viable per a poder donar solució eficient al quist pilonidal que tenia el pacient. El diagnòstic va ser correcte: per una banda, el pacient tenia totes les patologies estables i sota control, motiu pel qual era recomanable dur a terme la intervenció; pel que fa al risc anestèsic, encara que s'hagués establert el nivell de risc ASA correctament (ASA III en lloc d'ASA II), les mesures i prevencions que s'havien de prendre a l'hora de realitzar la intervenció quirúrgica haguessin estat les mateixes.

A més, el pacient fou informat dels riscos generals i personalitzats, tant de la intervenció basal com de l'anestèsia.

La intervenció es va realitzar sense complicacions aparents i amb els mitjans i el personal habituals d'acord amb la pràctica i el nivell de risc establert, el pacient es va situar de la manera més adequada per a evitar la compressió del cor i els pulmons i l'anestèsia subministrada fou l'adequada. A més, el pacient va estar monitoritzat en tot moment. Només al final de la intervenció va aparèixer la cianosi en esclavina, és a dir, la manca de reg sanguini al cap i els braços, que va provocar una aturada cardíaca que va desembocar en el coma del pacient. Segons consta en la Sentència, els metges van dur a terme adequadament totes les maniobres per a intentar salvar el pacient, malauradament sense èxit.

En conseqüència, ambdós tribunals consideren acreditat que els metges van actuar d'acord amb la *lex artis ad hoc*.

Pel que fa a l'existència de dany desproporcionat, el TS entén que no escau l'aplicació de la doctrina perquè, entre els possibles riscos personalitzats que es van fer saber al pacient, hi havia la mort derivada de complicacions relacionades amb les seves patologies prèvies. Per tant, es tractava d'un risc típic o assumible en el marc de la intervenció, fet que descarta l'aplicació de la doctrina.

A més, ambdós tribunals, l'AP de Guipúscoa i el TS, entenen que els facultatius i els dictàmens pericials deixen clarament establerta quina és la més que probable causa de la mort. De fet, un dels pèrits judicials afirma que el que li va passar al pacient a la sala d'operacions, vistes les seves patologies, li hauria pogut passar al carrer.

Convé també posar de manifest que el Tribunal ens recorda que el pacient fou degudament informat dels riscos de la intervenció i que només a ell corresponia la decisió de sotmetre's o no a la intervenció, assumint-ne, si esqueïa, el risc.

En conseqüència, com no podia ser d'una altra manera, el TS desestima el recurs de cassació presentat per la part demandant per la senzilla raó que no es complien els requisits per a poder parlar de dany desproporcionat i perquè, en definitiva, entén acreditat que la defunció del pacient era un resultat típic o assumible en el marc de la intervenció. No pel que fa a la intervenció de base, sinó pels actes anestèsics que, com ens recorda la Sentència, són *per se* actes que representen un risc per a la vida, amb independència de la intervenció principal a la qual se sotmeti el pacient.

La Sentència sembla que deixa una escletxa oberta, per a casos similars, a una possible declaració de responsabilitat en el supòsit que els facultatius no haguessin valorat adequadament la relació risc-benefici en la procedència de la intervenció. No obstant això, com que el pacient tenia totes les patologies estabilitzades i res no desaconsellava la intervenció, el TS acaba tancant la porta a aquesta possibilitat en aquest cas, adduint l'adequació de l'actuació dels professionals a la bona praxi professional.

En relació amb el que apuntàvem al principi, aquesta Sentència és més cridanera que xocant, ja que una revisió de les actuacions i, sobretot, de les conclusions extretes per tots els pèrits actuants revela que, d'acord amb el concepte jurisprudencial forjat pel TS, no podem parlar de dany desproporcionat i, a més, malgrat el tràgic desenllaç, res no apunta que els professionals mèdics actuessin fora del que és la *lex artis ad hoc*, de manera que difícilment podria apreciar-se negligència per part seva tenint en compte els antecedents del pacient.

# L'EXERCICI DEL DRET A L'OBLIT DAVANT EL GESTOR D'UN MOTOR DE CERCA (COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE 5 D'ABRIL DE 2016)

Marina Castells i Marquès  
Doctoranda  
Universitat Autònoma de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓ

Els motors de cerca (principalment Google, el més utilitzat) tenen un paper cabdal a l'hora de facilitar l'accés a la informació, així com en la construcció d'identitats digitals. Tal com va afirmar Martin, fundador d'una empresa especialitzada en la gestió de la reputació en línia, en l'actualitat «[w]hatever's in the top 10 results of a search for your name on Google —that's your image».<sup>1</sup>

Heus aquí la importància del dret a l'oblit, el qual és una formulació adaptada del món de les xarxes globals de comunicació dels drets de cancel·lació i d'oposició al tractament de dades, reconeguts en l'article 17 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) en l'època dels *big data*.<sup>2</sup> Tot i que aquest dret no es troba reconegut legalment, sí que ha estat admès en diverses resolucions de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD) i en sen-

1. Megan ANGELO, «You are what Google says you are», *Portfolio.com: News and Markets*, publicat el 2 de novembre de 2009. Als estats membres de la Unió Europea (UE), el 90 % de les cerques es fan amb Google (EUROPEAN COMMISSION, «Statement by Commissioner Vestager on antitrust decisions concerning Google», Brussel·les, 15 d'abril de 2015, en premsa). En canvi, d'acord amb un estudi elaborat pel Pew Research Center, Google era utilitzat pel 83 % dels usuaris nord-americans l'any 2012, seguit de Yahoo amb un 6 % (Kristen PURCELL, Joanna BRENNER i Lee RAINIE, «Search engine use 2012», s. l., Pew Research Center's Internet & American Life Project, en premsa, p. 4).

2. Segons la definició proposada per Ward i Barker, «[b]ig data is a term describing the storage and analysis of large and/or complex data sets using a series of techniques» (Jonathan Stuart WARD i Adam BARKER, «Undefined by data: a survey of big data definitions», disponible a *Cornell University Library*, <arXiv:1309.5821> [cs.DB]. D'acord amb Navas Navarro, aquestes dades digitals es caracteritzen pel seu volum, velocitat, volubilitat, valor, varietat, visualització i veracitat (Susana NAVAS NAVARRO, «El internet de las cosas», a Susana NAVAS NAVARRO i Sandra CAMACHO CLAVIJO, *Mercado digital: Principios y reglas jurídicas*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 37-39).

tències emeses pels tribunals.<sup>3</sup> L'exercici d'aquest dret davant el gestor del motor de cerca permet evitar que quan es realitza una cerca per nom i cognoms apareguin en la llista de resultats enllaços a pàgines web que continguin dades personals inexactes, inadequades, no pertinents o excessives en relació amb els fins del tractament realitzat, independentment de si causen perjudici o no. D'aquesta manera s'impedeix resultar perjudicat indefinidament en els àmbits econòmic, professional i social, com a conseqüència del fàcil accés a informació falsa o relativa a fets passats.<sup>4</sup>

La Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 5 d'abril de 2016, objecte del present comentari, resulta d'especial interès perquè és la primera que va ser dictada per aquest òrgan jurisdiccional des de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) de 13 de maig de 2014, que resol sobre l'exercici del dret a l'oblit davant el gestor d'un motor de cerca. Després d'una breu presentació dels antecedents jurisprudencials més rellevants en aquest àmbit i que foren decisius en la decisió adoptada, s'examinen amb deteniment els fonaments jurídics emprats en la resolució dels motius del recurs de cassació de major complexitat. Per concloure, es formulen algunes consideracions finals, fruit de la reflexió sobre els problemes pràctics que es plantejen en cas d'exercici del dret a l'oblit.

## 2. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE 5 D'ABRIL DE 2016

Després de fer un breu resum del supòsit de fet de la sentència estudiada (ap. 2.1), s'analitzen breument algunes qüestions prèvies que resulten d'especial interès (ap. 2.2). A continuació, l'estudi se centra en la resolució dels principals motius plantejats en els recursos de cassació interposats per cadascuna de les parts (ap. 2.3).

### 2.1. SUPÒSIT DE FET

El núm. 224 del *Boletín Oficial del Estado* (BOE), de 18 de setembre de 1999, va publicar el Reial decret de 27 d'agost de 1999, a través del qual el senyor A. era indultat de la pena privativa de llibertat pendent de compliment, a la qual havia estat condemnat per la Sentència del Tribunal Suprem (STS) (Sala Segona) de 18 de gener de 1990<sup>5</sup> com a autor d'un delictes contra la salut pública per fets comesos l'any 1981.

3. Mónica ARENAS RAMIRO, «Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo», a Julián VALERO TORRIJOS (coord.), *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica: Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 335-341.

4. Meg Leta AMBROSE, Nicole FRIESS i Jill VAN MATRE, «Seeking digital redemption: the future of forgiveness in the Internet age», *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 9, núm. 1 (2012), p. 102-103.

5. RJ 1990/434; magistrat ponent (MP): Carrero Ramos.

El 8 de gener de 2009 el senyor A. va enviar un correu electrònic al BOE per a sol·licitar la retirada de les seves dades. En aquest correu exposava que quan s'efectuava una cerca a Google pel seu nom i cognoms, sortia un enllaç a la pàgina del BOE en què s'informava de l'indult que li havia estat concedit, fet que li havia destrossat la vida professional perquè es dedicava al sector de les telecomunicacions, la informàtica i els multimèdia. L'organisme públic va respondre que si bé no resultava possible la modificació de les dades del mateix butlletí, havia adoptat les mesures que es trobaven al seu abast per a evitar l'automatització de les seves dades. Concretament, havia eliminat el seu nom del buscador del BOE i tots els documents en què apareixia s'havien inclòs en una llista d'exclusió (robots.txt), notificant als gestors de motors de cerca que no havien d'utilitzar aquestes dades.

Com que seguien apareixent enllaços a la pàgina del BOE, el 5 de març de 2009 el senyor A. va dirigir un correu electrònic a Google Spain, SL (filial de Google, Inc.) i a Yahoo Iberia, SL en el qual els instava a retirar la informació personal protegida i els reclamava una compensació pels danys soferts. Com que no va rebre una resposta satisfactòria, va presentar un escrit de reclamació a l'AEPD, en virtut de l'article 18 LOPDP, que va donar lloc al procediment TD/00921/2009, contra el BOE, Google Spain, SL i Yahoo Iberia, SL. En data 19 de gener de 2010 el director de l'AEPD va dictar la Resolució R/02694/2009, en què s'estimava la reclamació formulada i el dret d'oposició exercit contra els dos motors de cerca. Però, com que Yahoo Iberia, SL havia arbitrat durant la tramitació del procediment les mesures necessàries per a evitar la indexació de dades, només s'instava Google Spain, SL a retirar les dades personals del seu índex i a evitar l'accés futur a aquestes. Cal indicar que aquesta resolució de l'AEPD, com s'exposarà més endavant de manera detallada, fou declarada nul·la de ple dret per la STS (Sala Tercera) d'11 de març de 2016.<sup>6</sup>

Mentre s'estava tramitant el procediment administratiu anterior, el 12 de gener de 2010 el senyor A. també es va dirigir per correu electrònic a Lycos España Internet Services, SL i Telefónica de España, SA per a exercir el seu dret de cancel·lació. Com que la seva petició no fou atesa degudament, va acudir a l'AEPD, on va causar l'inici del procediment TD/00326/2010. El 8 de juliol de 2010 es va dictar la Resolució R/01553/2010, la qual va estimar la reclamació formulada contra Telefónica de España, SA per motius formals en haver quedat acreditada la cancel·lació de dades fora del termini establert legalment, i va desestimar la presentada contra Lycos España Internet Services, SL perquè no constava la recepció de la sol·licitud i no existia informació sobre l'administrador de l'empresa a Espanya.

La sentència que es comenta, amb ponència del magistrat Rafael Sarazá Jimena, resol sobre el plet iniciat pel senyor A. a través de l'exercici simultani de l'acció de pro-

6. STS (Sala Tercera) d'11 de març de 2016 (RJ 2016/1517; MP: Huerta Garicano), que cassava la Sentència de l'Audiència Nacional de 29 de desembre de 2014 (RJ 2015/26976; MP: Quintana Carretero), que prèviament havia desestimat el recurs contenciós administratiu interposat.

tecció enfront de les intromissions il·legítimes establerta en la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal familiar i a la pròpia imatge (LOHII), juntament amb l'acció de l'article 19 LOPDP contra Google Spain, SL, Yahoo Iberia, SL i Telefónica de España, SA.

El Jutjat de Primera Instància Número 8 de Barcelona va acordar, per mitjà de la Sentència de 14 de novembre de 2011, desestimar íntegrament la demanda interposada perquè va considerar que l'acció de protecció enfront de les intromissions il·legítimes havia caducat perquè havien transcorregut més de quatre anys des del moment en què l'hagués pogut exercir.

La Secció Setzena de l'Audiència Provincial de Barcelona, a través de la Sentència de 17 de juliol de 2014, va estimar en part el recurs d'apel·lació presentat pel senyor A. i va negar que s'hagués produït la caducitat de l'acció perquè va considerar que el termini no s'hauria d'haver iniciat fins que els buscadors haguessin cessat de publicar dades personals del demandant en les cerques fetes pels internautes. A més, va apreciar una afectació dels drets a l'honor i a la intimitat per l'incompliment de la legislació de protecció de dades personals en el període comprès entre el 22 de gener (moment en què fou comunicada la decisió de l'AEPD) i el 29 de novembre de 2010. Per aquest motiu, va condemnar Google Spain, SL al pagament de 8.000 € en concepte d'indemnització pels danys i perjudicis causats. La pretensió contra Telefónica de España, SA es va desestimar perquè no resultava acreditat que el buscador Lycos fos de la seva titularitat, ni que s'hagués comès una intromissió en els drets fonamentals del demandant a través del seu buscador, Terra. Tampoc no va prosperar la pretensió contra Yahoo Iberia, SL, atès que va actuar amb la diligència requerida suprimint l'enllaç tan bon punt va tenir coneixement de la il·licitud de la informació.

Contra la sentència anterior, el senyor A. va presentar un recurs de cassació, formulat en cinc motius, i un recurs extraordinari per infracció processal. D'altra banda, Google Spain, SL va interposar un recurs de cassació, articulat en quatre motius. Tots ells foren admesos a tràmit per la Interlocutòria del TS de 9 de setembre de 2015, atès que concorrien els pressupòsits i requisits exigits legalment, però cap no fou estimat per la STS de 5 d'abril de 2016.<sup>7</sup>

## 2.2. QÜESTIONS PRÈVIES

En aquest apartat s'examinen breument els antecedents jurisprudencials més rellevants en aquest àmbit: d'una banda, la STJUE de 13 de maig de 2014, la qual ha marcat un abans i un després en la garantia dels drets fonamentals dels usuaris

---

7. Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (SAPB) de 17 de juliol de 2014 (AC 2014/1661; MP: Rallo Ayezuren); Interlocutòria del TS de 9 de setembre de 2015 (JUR 2015/216224; MP: Orduña Moreno); STS de 5 d'abril de 2016 (RJ 2016/1006; MP: Sarazá Jimena).



(ap. 2.2.1); de l'altra, la STS de 15 d'octubre de 2015, la primera que fou dictada per aquest òrgan jurisdiccional en aplicació de la doctrina establerta pel TJUE (ap. 2.2.2).<sup>8</sup> La procedència del seu estudi rau en el fet que, com s'exposarà posteriorment, ambdues són emprades en els fonaments jurídics de la sentència objecte del present comentari.

### 2.2.1. *La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 13 de maig de 2014 (cas Google)*

El TJUE, a través d'aquesta sentència, va determinar que el gestor d'un motor de cerca, com a responsable del tractament de dades personals, ha de garantir que compleix amb les exigències de la Directiva 95/46/CE (DPD), en la mesura que la seva activitat pot afectar els drets fonamentals de respecte de la vida privada i de protecció de les dades personals. Com a manifestació d'aquesta responsabilitat, escau eliminar de la llista de resultats obtinguda, a partir de la cerca efectuada amb el nom d'una persona física, els enllaços a pàgines web que ofereixen informació «inadequate, irrelevant or no longer relevant, or excessive in relation to the purposes of the processing at issue carried out by the operator of the search engine» (par. 94), a sol·licitud de la persona interessada, en virtut del seu dret d'oposició (art. 14a DPD), així com dels drets de rectificació, supressió o bloqueig de dades (art. 12b DPD).

També va establir, a l'efecte de determinar l'àmbit d'aplicació territorial de la DPD (art. 4.1a DPD), que el tractament de dades personals (que significa el funcionament del buscador Google Search)<sup>9</sup> s'efectua en el marc de les activitats d'un establiment —situat en territori d'un estat membre (Google Spain, SL)— del responsable del tractament (Google, Inc.). D'aquesta manera, tot i que el tractament de dades personals controvertit no sigui efectuat per l'establiment en qüestió, s'ha d'entendre que es realitza dins el marc de les seves activitats, si aquest persegueix «to promote and sell, in that Member State, advertising space offered by the search engine which serves to make the service offered by that engine profitable» (par. 55). Així, doncs, resulta possible l'aplicació de la normativa comunitària i de les respectives disposicions nacionals, en matèria de protecció de dades, a empreses que tenen el seu domicili social fora de la Unió Europea.<sup>10</sup>

8. STJUE (Gran Sala) de 13 de maig de 2014, cas *Google vs. AEPD*, C-131/12 (ECLI:EU:C:2014:317), i STS de 15 d'octubre de 2015 (RJ 2015/4417; MP: Sarazá Jimena).

9. D'acord amb la STJUE del cas *Google*, el tractament de dades que realitza un motor de cerca consisteix a «finding information published or placed on the Internet by third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and, finally, making it available to Internet user according to a particular order of preference» (par. 41).

10. Vegeu el comentari d'aquesta Sentència de Sandra CAMACHO CLAVIJO, «La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 13 de maig de 2014 (C-131/12, *Google versus AEPD*): la configuració

### 2.2.2. *La Sentència del Tribunal Suprem de 15 d'octubre de 2015 (cas El País)*

El TS va declarar que l'editor d'una pàgina web té la condició de responsable del tractament de dades personals, de manera que ha de complir amb les exigències derivades del principi de qualitat de les dades (art. 4 LOPDP) i ha d'atendre l'exercici dels drets que la normativa de protecció de dades atribueix als afectats, però sense que «puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas» (fonament jurídic [FJ] 6è). Ara bé, en cas de negar-s'hi sense que hi hagi cap justificació, estaria cometent una intromissió il·legítima en els seus drets a l'honor i a la intimitat.

Per a complir plenament amb el dret de cancel·lació, el gestor d'una pàgina web ha d'adoptar les mesures tècniques necessàries (com la utilització de codis *robots.txt* o instruccions *noindex*) per a evitar la indexació i l'arxiu de les dades personals —que no compleixen amb els principis de qualitat— per part dels motors de cerca. Però, en canvi, no pot ser obligat a modificar les informacions publicades correctament en el seu dia, ni tampoc a adoptar mesures que evitin la seva indexació en el motor de cerca intern de la seva pàgina web. La raó és que ambdues mesures signifiquen un sacrifici desproporcionat de la llibertat d'informació, protegida en l'article 20.1d de la Constitució espanyola. Com s'afirma en aquesta sentència, «[e]l llamado “derecho al olvido digital” no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día» (FJ 7è).

## 2.3. QÜESTIONS PLANTEJADES

Els recursos de cassació, tant el plantejat pel senyor A. com el plantejat per Google Spain, SL, s'articulen en un total de nou motius diferents, tot i que alguns no van requerir un examen exhaustiu per a procedir a la seva desestimació. Per aquest motiu, l'examen se centra en els que desperten un major interès perquè resulten més controvertits.

Concretament, es focalitza en el primer i el segon motius del recurs de cassació formulat per Google Spain, SL. D'una banda, en la legitimació passiva en un procés de protecció de drets fonamentals d'una empresa filial que —a diferència de l'empresa matriu— es troba situada en un estat membre (ap. 2.3.1). De l'altra, en la ponderació entre l'exercici de la llibertat d'informació i el respecte dels drets de la personalitat (ap. 2.3.2). També es fixa en el primer i el segon motius del recurs de cassació interposat pel senyor A., a través dels quals impugnava la delimitació del període en què es va produir el perjudici a l'afectat, així com la quantia atorgada en concepte d'indemnització pels danys i perjudicis causats (ap. 2.3.3).

---

jurídica del dret a l'oblit com a dret de cancel·lació i oposició al tractament de dades», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15, núm. 2 (2015), p. 235-245.

### 2.3.1. *Empreses filials en territori d'un estat membre responsables del tractament de dades personals*

Si bé la STJUE del cas Google només tenia per objecte determinar l'àmbit territorial d'aplicació de les disposicions nacionals aprovades (LOPD) per a la transposició de la DPD (art. 4.1a DPD), el TS procedeix a aplicar analògicament els seus arguments i conclou que Google Spain, SL també ha de ser considerada com a responsable del tractament de dades, juntament amb Google, Inc., a l'efecte d'estimar la seva legitimació passiva per a suportar l'acció exercida pel senyor A. en defensa dels seus drets de la personalitat i el seu dret a la protecció de dades personals.<sup>11</sup>

Aquesta posició es fonamenta, principalment, sobre la base que l'atorgament d'una protecció eficaç i completa dels drets fonamentals afectats pel tractament de dades personals impedeix una interpretació restrictiva del concepte de *responsable del tractament* de la DPD. En aquest sentit, cal posar de manifest que el TJUE —en la Sentència del cas Google— declara que l'objectiu de l'article 2d DPD, que defineix el concepte en qüestió, és «to ensure, through a broad definition of the concept of “controller”, effective and complete protection of data subjects» (par. 34), i també que les disposicions de la DPD han de ser interpretades tenint en compte els drets fonamentals recollits en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE) (par. 68 i 69).

Un altre dels arguments emprats pel TS per a defensar la legitimació passiva de Google Spain, SL és que les dues activitats portades a terme per cadascuna de les empreses —cerca i publicitat— es troben intrínsecament lligades, atès que cap d'elles resulta possible sense l'altra. Com afirma el TJUE, això és degut que «the activities relating to the advertising space constitute the means of rendering the search engine at issue economically profitable and that engine is, at the same time, the means enabling those activities to be performed» (par. 56). A més, el tractament de dades realitzat pel buscador Google Search en la seva versió espanyola (www.google.es) s'ha d'entendre efectuat en el marc de les activitats de Google Spain, SL com l'establiment de Google, Inc. a Espanya.

Convé precisar que aquesta corresponsabilitat entre les dues empreses no és compartida per la Sala Tercera del Tribunal Suprem, la qual sí que ha estimat l'excepció de falta de legitimació passiva de Google Spain, SL en diverses sentències.<sup>12</sup> Entre

11. En canvi, un tribunal dels Països Baixos (Rechtbank Rotterdam) va declarar en la Sentència de 14 d'abril de 2016 que només Google, Inc. (excloïa, per tant, Google Netherlands BV) podia ser considerat com a responsable, ja que era qui decidia sobre les finalitats i els mitjans del tractament de dades. A més, com que usava equipament automàtic situat en aquest país, es podia considerar que hi estava suficientment establert (es pot trobar un comentari de la sentència en qüestió a Karlijn van den HEUVEL, «Court orders Google Inc. to remove search results concerning a lawyer's criminal conviction in 2012», *Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, vol. 7 (2016), p. 21).

12. En aquest sentit trobem, entre d'altres, les sentències del TS d'11 de març de 2016 (*ut supra*), 14 de març de 2016 (RJ 2016/1071; MP: Herrero Pina), 14 de març de 2016 (RJ 2016/1525; MP: Trillo

aquestes, destaca la STS d'11 de març de 2016, la qual va declarar la nul·litat de ple dret de la Resolució de l'AEPD (RAEPD) de 19 de gener de 2010, que instava Google Spain, SL —per reclamació del senyor A.— a retirar dades del seu índex i a evitar l'accés futur a aquestes, per no haver-se dirigit contra el responsable del tractament de dades (Google, Inc.).

L'argument principal de la Sala Tercera del Tribunal Suprem per a negar la legitimació passiva de Google Spain, SL és que no concorren els requisits que determinen la seva condició de responsable, ja que no realitza cap activitat de tractament de dades, sinó que es dedica únicament a la promoció dels espais publicitaris que es generen en el buscador, de manera que, en cas de donar una resposta en sentit contrari, se li estaria imputant «sin base normativa, una suerte de responsabilidad solidaria, basada en una circunstancia ajena al tratamiento de datos, como es la interrelación económica que existe entre una filial y su matriz en cualquier grupo de sociedades (unidad de negocio)» (FJ 2n). A més, defensa que la STJUE del cas Google no atribueix en cap cas responsabilitat a Google Spain SL en matèria de protecció de dades.

El motiu de la divergència entre les dues sales del TS respecte de si Google Spain, SL és responsable o no del tractament de dades personals és la diferent incidència que aquest reconeixement té per a l'exercici de la tutela judicial efectiva de l'afectat. En l'àmbit de la jurisdicció contenciosa administrativa (resol sobre resolucions dictades per l'AEPD), la responsabilitat exclusiva de Google, Inc. no representa cap dificultat o càrrega significativa per a l'afectat. D'acord amb la STS (Sala Tercera) de 13 de juny de 2016, ja que «el interesado puede instar y abrir mediante un simple escrito de impugnación de la resolución adoptada [...], a partir del cual el proceso contencioso-administrativo se impulsa de oficio hasta su terminación» (FJ 11è). En canvi, en l'àmbit civil (resol sobre la protecció de drets fonamentals), si no es reconegués que Google Spain, SL té legitimació passiva, s'estaria obligant els afectats a litigar contra societats situades en un país estranger, fet que dificultaria l'obtenció de tutela judicial efectiva dels seus drets en un termini raonable, com a conseqüència de l'augment dels costos econòmics i de la complexitat pràctica. A més, es produiria un debilitament de l'efecte útil de la DPD en cas que els afectats haguessin d'esbrinar quina és la funció concreta de cada una de les societats que integren un grup empresarial titular d'un motor de cerca.<sup>13</sup> No obstant això, convé ressaltar que el manteniment de posicions contràries entre les dues sales no resulta problemàtic, com a conseqüència de l'existència de diferents criteris rectors en les diferents jurisdiccions per la diversitat de les normatives que s'apliquen.

---

Alonso), 15 de març de 2016 (RJ 2016/1301; MP: Olea Godoy), 13 de juny de 2016 (JUR 2016/133235; MP: Herrero Pina), 13 de juny de 2016 (JUR 2016/133528; MP: Herrero Pina), 18 de juliol de 2016 (JUR 2016/164082; MP: Herrero Pina) i 21 de juliol de 2016 (JUR 2016/165124; MP: Herrero Pina).

13. La STS de 5 d'abril de 2016 reconeix que «la inmensa mayoría de las personas tendría enormes dificultades prácticas para interponer la demanda de protección de sus derechos fundamentales contra una sociedad domiciliada en Estados Unidos» (FJ 11è).

### 2.3.2. *Ponderació entre l'exercici de la llibertat d'informació i el respecte dels drets de la personalitat*

Per a valorar si el tractament de dades personals del senyor A. és lícit o no, cal ponderar els drets que estan en joc.

D'acord amb la STJUE del cas Google, el dret a la protecció de la vida personal i familiar (art. 7 CDFUE) i el dret a la protecció de dades personals (art. 8 CDFUE) prevalen —en principi— sobre l'interès del públic de trobar la informació en qüestió, llevat que concorrin raons especials que ho impedeixin, i s'atribueix a les agències de protecció de dades i als tribunals nacionals la realització de la ponderació cas per cas.<sup>14</sup> Aquest enfocament ha estat objecte de crítica per part de la doctrina, atès que no pren en consideració la llibertat d'expressió i d'informació (art. 11 CDFUE) dels ciutadans (per a rebre'n), ni tampoc de l'editor de la pàgina web o del motor de cerca (per difondre'n).<sup>15</sup> A més, també ha estat criticat per apartar-se de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), que ha defensat en nombroses ocasions que ambdós drets mereixen *a priori* igual respecte.<sup>16</sup>

La jurisprudència més recent de la Sala Primera del TS sí que realitza una ponderació entre els drets fonamentals, però no preveu una presumpció de prevalença d'un d'ells. D'una banda, trobem el respecte dels drets de la personalitat, concretament del dret a la intimitat personal i familiar, juntament amb el dret a l'honor, perquè es tracta d'informació que afecta negativament la reputació de l'afectat. De l'altra, trobem el dret a la llibertat d'informació, que «ampara la obtenció de informació sobre la concessió de indults por el Gobierno a personas condenadas por la comisión de delitos» (FJ 5è).

En relació amb el supòsit concret objecte d'aquest estudi, el TS considera que el tractament de les dades personals fou inicialment lícit, en la mesura que el dret a la lliber-

14. Aquesta ponderació s'ha de realitzar d'acord amb la llista de criteris comuns —de caràcter orientatiu— establerts per un òrgan consultiu europeu independent: ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union Judgement on "Google Spain and INC vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12*.

15. S'han pronunciat en contra d'aquest enfocament Stefan KULK i Frederik ZUIDERVEEN BORGESIUS, «Google Spain v. González: Did the Court forget about freedom of expression», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 5, núm. 3 (2014), p. 389-398; Eleni FRANTZIOU, «Further developments in the right to be forgotten: the European Court of Justice's judgement in case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos», *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 4 (2014), p. 761-777.

16. Entre d'altres, trobem: cas Axel Springer AG vs. Alemanya (Grand Chamber, Application no. 39954/08), de 7 de febrer de 2012, par. 87; cas Couderc and Hachette Filipacchi Associés vs. França (Grand Chamber, Application no. 40454/07), de 10 de novembre de 2015, par. 91. A més, el TEDH ha declarat que «the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the sharing and dissemination of information» en la Sentència del cas Neij and Sunde Kolmisoppi vs. Suècia (Fifth Section, Application no. 40397/12), de 19 de febrer de 2013.

tat d'informació (juntament amb el control dels poders públics) justifica la indexació, per part dels motors de cerca, de les pàgines web on es publiquen els indults i mostrar-los en les seves pàgines de resultats. A més, per a fonamentar aquesta posició es remet a la STS (Sala Tercera) de 17 de novembre de 2010,<sup>17</sup> la qual va afirmar que els danys ocasionats com a conseqüència de l'aparició d'un indult en la llista de resultats dels motors de cerca (quan es realitza una cerca per nom i cognoms) no són indemnitzables.

En un sentit similar es va posicionar un tribunal dels Països Baixos (Rechtbank Amsterdam) en la Sentència de 18 de setembre de 2014, la qual ja fou dictada en aplicació de la doctrina establerta per la STJUE del cas Google. En aquell cas, es va desestimar la demanda interposada per un condemnat l'any 2012 per una temptativa d'incitació a l'assassinat (per haver contractat un assassí a sou), davant la negativa de Google d'eliminar de la pàgina de resultats els enllaços a pàgines web on s'informava sobre el procés penal. Aquesta decisió es va fonamentar en la prevalença del dret a la llibertat d'informació, atès que no concorria cap circumstància excepcional que permetés considerar que la informació resultava excessiva o innecessàriament difamatòria. Aquesta decisió fou confirmada en segona instància (Gerechtshof Amsterdam) per la Sentència de 31 de març de 2015.<sup>18</sup>

No obstant això, pot succeir que el tractament de dades personals deixi de ser lícit un cop transcorregut un període raonable. Com ja se sap, aquest tractament ha de complir amb els principis de qualitat (adequació, pertinença, proporcionalitat i exactitud) no només en el moment inicial, sinó durant tot el temps en què es produeixi. Així, la STS del cas *El País* va declarar la licitud del tractament de dades personals derivat de la inclusió, en una notícia de l'edició en paper, dels noms i cognoms de dues persones detingudes als anys vuitanta per fets relacionats amb el tràfic de drogues, tractament que va esdevenir il·lícit amb la digitalització de la notícia en qüestió, anys més tard, amb unes característiques tècniques que permetien la seva indexació i inclusió en els resultats obtinguts pels motors de cerca.

En la STS objecte del present comentari es va considerar que el tractament de dades personals havia esdevingut il·lícit perquè la gravetat del dany causat al senyor A. (perpetuació de l'estigma social d'haver estat condemnat per un delictes contra la salut pública) «no encuentra justificación en el ejercicio de una libertad de información como la que supone la actividad de un buscador generalista de Internet, cuando

---

17. RJ 2010/8529; MP: Martínez-Vares García. En aquest cas, es tractava d'una reclamació de responsabilitat patrimonial presentada contra el Ministeri de Justícia com a responsable d'haver publicat en el BOE l'indult concedit que apareixia cada vegada que es realitzava una cerca amb el nom i els cognoms de l'afectat a través d'un motor de cerca.

18. Es pot trobar un comentari de la sentència en qüestió a Vicky BREEMEN, «Court applies Google Spain: no right to be forgotten for convicted criminal», *Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, vol. 10 (2014), p. 19. Respecte a la sentència dictada en segona instància, es pot consultar Youssef FOUAD, «Court rejects application for delisting from search engine results», *Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, vol. 5 (2015), p. 18-19.

el interés público de la información se ha visto considerablemente mermado por el transcurso del tiempo» (FJ 5è). Cal recordar que en aquest cas concret havien transcorregut onze anys des de la concessió de l'indult i vint-i-nou des de la comissió del delict. De la mateixa manera, un tribunal de França (Tribunal de Grande Instance de Paris), en una sentència dictada el 19 de desembre de 2014, va declarar que Google havia de procedir a eliminar tots els enllaços a una pàgina web d'un diari en la qual es detallava la sentència de condemna per frau de l'afectat, en consideració del temps que havia transcorregut (més de vuit anys) i perquè no constava la sanció imposada en els seus antecedents personals.<sup>19</sup>

A més, el TS va prendre en consideració que ni el senyor A. tenia rellevància pública ni la informació —vinculada al tractament de les seves dades personals— posseïa interès històric, circumstàncies que haguessin permès mantenir la licitud del tractament. Convé indicar que, sobre la base de la primera, algunes resolucions de l'AEPD han defensat la prevalença del dret a la llibertat d'informació. Aquest és el cas, per exemple, de la RAEPD de 12 de març de 2015, la qual va desestimar la reclamació formulada per un polític contra Google, Inc. per no haver atès degudament el seu dret de cancel·lació, ja que «nos encontramos con una información que se considera de interés para los ciudadanos, al referirse a la gestión y actuación de un cargo público, circunstancia de interés para la opinión pública» (FD 10è). Una altra circumstància que ha permès a l'AEPD defensar la licitud en el tractament de dades personals és la informació vinculada amb activitats professionals de l'afectat. Així, trobem la RAEPD de 20 de maig de 2015, que va desestimar la petició de supressió d'un enllaç a un blog de l'any 2013 en el qual es feien comentaris sobre la vida professional de l'afectat com a director executiu d'una empresa, atès que no resultava acreditada la seva falta de veracitat.<sup>20</sup> La raó és que, d'acord amb les directrius del Data Protection Working Party (DPWP), el criteri de «role in public life» permet incloure polítics, funcionaris públics d'alt rang, empresaris i membres de professions regulades, entre d'altres. Per a decidir si s'exerceix aquest rol, el DPWP determina que cal valorar si «the public having access to the particular information —made available through a search on the data subject's name— would protect them against improper public or professional conduct».<sup>21</sup> Per tant, és una noció més àmplia que la de *public figure*.

19. La sentència en qüestió ha estat comentada per Amélie BLOCMAN, «The right to be forgotten: first decision delivered in application of CJEU jurisprudence», *Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, vol. 4 (2015), p. 7-8.

20. RAEPD de 12 de març de 2015 (expedient núm. TD/01555/2014); RAEPD de 20 de maig de 2015 (expedient núm. TD/01943/2014).

21. Trobem una aplicació d'aquesta doctrina en la Sentència de 14 d'abril de 2016 dictada per Rechtbank Rotterdam (*ut supra*), en la qual el tribunal va considerar que la informació, relativa a la imposició d'una sanció penal a un advocat per tinença il·lícita d'armes, no tenia interès públic perquè no guardava cap relació amb l'exercici de la seva professió. Per a més informació, consulteu Karlijn van den HEUVEL, «Court orders Google Inc. to remove search results», p. 21.

Per concloure, podem afirmar que la posició dels tribunals i de l'AEPD en relació amb l'accés del públic a informació sobre la comissió de delictes i els seus perpetradors, coincideix amb les directrius del DPWP. Aquesta estableix que «DPAs are more likely to consider the delisting search results resulting to relatively minor offences that happened a long time ago, whilst being less likely to consider the delisting of results relating to more serious ones that happened more recently», tot i que admet que es tracta d'una qüestió complexa que requereix un examen minuciós cas per cas.

### 2.3.3. *Responsabilitat civil derivada de no complir amb les exigències del principi de qualitat de dades*

El TS considera que el tractament de dades personals esdevingué il·lícit no des de la notificació de la resolució de l'AEPD a Google Spain, SL (com va determinar la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona [SAPB]), sinó des del moment en què es va desatendre el requeriment del senyor A. La raó és que, per aplicació analògica de la doctrina continguda en la STS del cas *El País*, els motors de cerca estan obligats a atendre i donar una resposta adequada als requeriments dels afectats que exerciten els seus drets de cancel·lació i d'oposició davant el tractament de dades que ja no compleix amb les exigències derivades del principi de qualitat. No obstant això, no es produeix una estimació parcial del motiu perquè no havia estat al·legat en aquests termes per la part recurrent.

Tampoc no va prosperar la impugnació de la quantia atorgada en segona instància, en concepte d'indemnització pels danys i perjudicis causats, com a conseqüència de la falta de supressió d'enllaços per part del motor de cerca.<sup>22</sup>

En relació amb l'entitat dels danys morals soferts, la SAPB va considerar que havia de resultar indemnitzable «la afectación de la dignidad del demandante por la naturaleza de la información divulgada, relativa a un antiguo delito; la publicación como resultado del poderoso buscador Google; el quebranto derivado de las dificultades para conseguir su supresión, la duración del daño» (FJ 18è). Pel que fa als criteris emprats per a determinar la quantia, va adoptar els previstos en l'article 9.3 LOHIL, atès que s'havia produït una vulneració dels drets a l'honor i a la intimitat. La ponderació d'aquests criteris (les circumstàncies del cas, la gravetat de la lesió efectivament produïda, la difusió o audiència del mitjà a través del qual s'ha produït, així com el benefici que hagi obtingut el causant de la lesió com a conseqüència d'aquesta) realit-

---

22. Convé indicar que a Anglaterra i Gal·les (High Court of Justice, Queen's Bench Division) s'ha admès implícitament la possibilitat que Google hagi de respondre civilment per danys i perjudicis. Així es va reconèixer en la sentència del cas *Metropolitan Schools vs. Google* [2009] EWHC 1765 (QB), que va declarar que «[w]hile efforts are being made to achieve a 'take down' in relation a particular URL, it is hardly possible to fix the Third Defendant [Google, Inc.] with liability» (par. 58).



zada per l'Audiència Provincial de Barcelona és plenament confirmada pel TS, ja que no s'aprecia cap error notori, arbitrarietat o desproporció manifesta.

Per a fixar la quantia de la indemnització en 8.000 €, la SAPB va adoptar com a referència l'atorgada en la STS (Sala Primera) de 22 de gener de 2014.<sup>23</sup> Aquesta fou de 6.000 € per vulneració del dret a l'honor com a conseqüència d'haver estat inclosos els demandats en un registre de morosos sense complir amb els requisits de la LOPDP. En una línia similar també trobem la STS del cas *El País*, la qual va reconèixer una indemnització de 7.000 € a cadascun dels afectats. La STS objecte d'aquest estudi també va confirmar la indemnització concedida en segona instància, en consideració que la quantia «no es simbòlica, no es desproporcionada a la entidad de los daños morales producidos por la vulneración de los derechos fundamentales [...] y el tribunal se ha atendido a los criterios establecidos en el art. 9.3 [LOPDP]» (FJ 15è).

### 3. CONSIDERACIONS FINALS

El processament automatitzat d'enormes quantitats de dades procedents de fonts múltiples ha causat que els mecanismes tradicionals per a garantir la privacitat hagin perdut eficiència.<sup>24</sup> És per això que ha adquirit rellevància el dret a l'oblit, el qual permet recuperar un cert control respecte de les dades personals pròpies. D'aquesta manera, es compleix amb l'objectiu, exposat en l'exposició de motius de la CDFUE, de «strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological developments».

No obstant això, l'exercici d'aquest dret malauradament també té aspectes problemàtics, tant des de la perspectiva de l'afectat com des de la perspectiva del motor de cerca.

D'una banda, en relació amb el perjudicat, convé indicar que en la pràctica l'eliminació completa d'aquests enllaços resulta complicada. Es requereix, primerament, que aquest indiqui tots els URL que desitja eliminar de la llista de resultats i que ho sol·liciti per separat a cadascun dels diferents gestors de motors de cerca. També existeix el problema que siguin indexades noves pàgines web amb el mateix contingut. I si bé una solució seria dirigir-se directament a l'editor de la pàgina web, això no sempre resulta possible (p. ex., perquè és desconegut, perquè el tractament de dades que realitza és lícit). A més, no es pot oblidar que existeix el risc que la sol·licitud de supressió d'un enllaç tingui un efecte oposat al desitjat, és a dir, impliqui donar una

23. RJ 2014/998; MP: Sarazá Jimena.

24. Bert-Jaap KOOPS, «The trouble with European data protection law», *International Data Privacy Law*, vol. 4, núm. 4 (2014), p. 250; Hielke HIJMANS, «Right to have links removed. Evidence of effective data protection», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, núm. 3 (2014), p. 557.

major publicitat al fet que s'està intentant esborrar d'Internet. Com defensava Koops, «a judgement paradoxically triggers new items referring to the offending information, and erasure of these new pieces “cannot” be invoked since they constitute correct and relevant recent news». Així fou per a l'afectat en el cas Google, resolts pel TJUE,<sup>25</sup> però no per al del cas objecte del present estudi, atès que la sentència va preservar el seu anonim, tal com imposa l'article 236.1 quinquies de la Llei orgànica del poder judicial.

D'altra banda, pel que fa al motor de cerca, cal indicar que —com a responsable del tractament de dades personals— en ell recau la càrrega de ponderar entre els drets en conflicte respecte a cadascuna de les peticions que rep. Tal com posen de manifest De Hert i Papakonstantinou, «executing this task for a quarter of a million individual applications per year is practically impossible». D'acord amb l'informe de transparència publicat per Google, des del 29 de maig de 2014 només a Espanya s'han comptabilitzat fins a 46.439 peticions (les quals només representen el 8,5 % de les rebudes procedents d'estats membres de la UE) per a demanar la retirada d'un total de 141.257 URL (8,5 % de la xifra total), de les quals han prosperat el 38,3 % (una proporció lleugerament inferior a la mitjana europea, situada en el 43,1 %). A més, com apunta Sartor, l'atribució de responsabilitat civil al gestor d'un motor de cerca «may push them into collateral censorship, namely, into removing even information that should be legally distributed, for avoiding the risk of punishment».<sup>26</sup> Això resulta preocupant si tenim en compte la seva falta de transparència en relació amb els criteris que apliquen en la ponderació i la publicació dels enllaços suprimits,<sup>27</sup> que en dificulta (si no n'impessibilita) el control.

Per tal de donar resposta a aquestes dificultats que sorgeixen en cas d'exercici del dret a l'oblit, la doctrina ha formulat diverses propostes.

Entre aquestes destaca la de Mayer-Schönberger, la qual defensa l'establiment d'«an expiration date for information». En cas d'estendre's aquesta a les llistes de resultats dels motors de cerca, quan es realitzés una cerca amb el nom i cognoms de l'afectat, permetria que es procedís automàticament a la seva supressió un cop transcorregut un determinat lapse de temps. L'objectiu principal és «reset this balance, and

25. Així, si es fa una cerca a Google amb el nom i els cognoms de l'afectat, apareixen fins a 13.400 resultats. En la doctrina, vegeu Bert-Jaap KOOPS, «The trouble with European data protection law», p. 253.

26. Les xifres, que s'actualitzen diàriament, es troben disponibles a: <[www.google.com/transparencyreport/](http://www.google.com/transparencyreport/)> (última consulta: 6 setembre 2016). En la doctrina, vegeu Paul DE HERT i Vangelis PAPA-KONSTANTINOÛ, «Google Spain. Addressing critiques and misunderstandings one year later», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, núm. 4 (2015), p. 636-637; Giovanni SARTOR, «Search engines as controllers», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, núm. 3 (2014), p. 566.

27. Aquesta preocupació és compartida per ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on the implementation*, p. 10; *Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten* (en línia) (6 febrer 2015), p. 21; Ellen P. GOODMAN *et al.*, «Open letter to Google from 80 Internet Scholars: release RTBF compliance» (en línia) (13 maig 2015).

make forgetting just a tiny bit easier again than remembering —just enough to flip the default back to where it has been for millennia».<sup>28</sup> L'avantatge seria que l'afectat no hauria de sol·licitar la seva supressió (amb la qual cosa es reduiria, consegüentment, el nombre de peticions a les quals els gestors de motors de cerca han de donar resposta) i no existiria el risc de donar major publicitat al fet que s'està intentant eliminar d'Internet. No obstant això, la prevalença de la privacitat sobre la llibertat d'informació com a regla general és certament preocupant.

També resulta de gran interès la proposta formulada per De Mars i O'Callaghan a favor de l'establiment d'una duplicitat de mesures: «delisting» i «reordering». La primera permetria obtenir la supressió de determinats enllaços de la llista de resultats obtinguts, però només es podria aplicar quan la informació causés un perjudici a l'afectat (p. ex., perquè és ofensiva contra la seva persona). En canvi, la segona —que només resultaria aplicable si no escaigués l'anterior— generaria solament la reordenació dels resultats per a evitar que apareguessin en la primera pàgina, cosa que minimitzaria així la seva prominència i s'adaptaria al fet que la rellevància de la informació canvia amb el pas del temps. Si bé en ambdós casos el motor de cerca hauria de realitzar una ponderació entre drets, aquesta duplicitat permet que «the right to privacy of data subjects, and freedom of information will also be better preserved». Això es produeix perquè la supressió d'enllaços de la llista de resultats es configura com un remei excepcional, en consideració al seu major impacte per a les parts. Tot i que la reordenació implica la introducció de canvis en l'algorisme (basat en fórmules matemàtiques per a la cerca d'informació i l'ordenació dels resultats obtinguts), resulta més fàcil d'aplicar logísticament. D'acord amb Stuart, aquest fet s'explica perquè «it gives Google discretion in factoring the harmfulness of the information into its existing procedure —a practice it already undertakes».<sup>29</sup> A més, permet evitar que, si són indexades noves pàgines web amb el mateix contingut, apareguin en la primera pàgina de resultats obtinguts. Ara bé, l'establiment d'aquesta duplicitat de mesures té com a inconvenient que la ponderació entre drets resulta encara més complexa, ja que no només s'ha de decidir quin preval, sinó que també s'ha de valorar si la informació causa un perjudici o no a l'afectat per tal de decidir si escau «delisting» o bé «reordering».

Per concloure, cal afirmar que la materialització de l'oblit en l'època dels *big data* requereix l'adopció d'una pluralitat de mesures, atès que la complexitat de la

28. Viktor MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 169 i 171-195. En relació amb els motors de cerca, proposa que els editors de pàgines web incloguin informació respecte del període durant el qual l'enllaç ha de ser indexat i ha d'aparèixer en la llista de resultats (p. 179-181). En un sentit similar s'ha posicionat Zittrain, qui defensa que es pugui deixar en blanc l'històric individual per iniciativa pròpia («reputation bankruptcy»), cosa que assegura així la possibilitat de començar de cap i de nou (Jonathan L. ZITTRAIN, *The future of the Internet and how to stop it*, New Haven, Yale University Press, 2008, p. 228-229).

29. Allyson Haynes STUART, «Google search results: buried», *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. 15, núm. 3 (març 2014), p. 469.

matèria impedeix l'existència d'una única solució capaç de donar resposta a tots els problemes i desafiaments que es plantegen. Com defensava Mayer-Schönberger, no es tracta de trobar una mesura que permeti «replace all other responses to digital remembering, but to complement them, adding their specific set of strengths and weaknesses to create a potent combination».<sup>30</sup>

---

30. Viktor MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*, p. 194-195.