

La consulta se refiere a la reclamación planteada ante la Institución consultante, referida a la queja de un ciudadano que “manifiesta que su hija menor de edad recibe SMS en su teléfono móvil desde gmail.com”, añadiendo que “en ningún momento se procedió a efectuar contratación alguna y la simple recepción de los mensajes de texto en el aparato telefónico le supone un coste económico”.

Con carácter previo, debe indicarse que la cuestión planteada será analizada únicamente en el marco de las competencias atribuidas a esta Agencia por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Precisamente la cuestión planteada deberá ser objeto de análisis, en primer lugar, desde la perspectiva de la Ley últimamente mencionada.

El artículo 21.1 de la Ley 34/2002 dispone que “queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas”.

Esta regla sólo se verá exceptuada en el supuesto contemplado en el artículo 21.2, a cuyo tenor “lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”.

Concluye el precepto indicando que “en todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”.

Para que dicho precepto resulta de aplicación será necesario que los mensajes recibidos puedan ser considerados como comunicación comercial,

definida por el Anexo de la propia Ley como “toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”.

De este modo, si los mensajes recibidos pudieran ser considerados como comunicación comercial y no se contase con el consentimiento de la hija del reclamante ni la comunicación se refiriera a productos o servicios previamente adquiridos por aquélla, lo que parece derivarse de los términos de la consulta, podría existir una vulneración de la Ley 34/2002, constitutiva de infracción y que pudiera dar lugar a la apertura de un procedimiento sancionador por parte de esta Agencia.

En caso de no resultar de aplicación lo que acaba de indicarse, debería analizarse si el supuesto planteado constituye una infracción de la Ley Orgánica 15/1999. A estos efectos, debería en primer lugar analizarse si el supuesto planteado encaja en el ámbito de aplicación de la mencionada Ley.

Como cuestión previa, debe indicarse que tal y como señala el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 15/1999, la misma no será aplicable al tratamiento de datos “en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”, aclarando el artículo 4.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que “Sólo se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares”.

De este modo, si los mensajes hubieran sido remitidos a la hija del solicitante en el marco de relaciones familiares o de amistad desde una determinada dirección de correo electrónico, no sería de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999.

En caso de no ser aplicable la excepción señalada, el remitente del mensaje estaría procediendo al tratamiento del dato del número telefónico o la dirección de correo electrónico de la interesada, quedando dicho tratamiento sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999.

En ese caso, para que el tratamiento fuera lícito debería encontrarse comprendido en uno de los supuestos legitimadores contenidos en los apartados 1 y 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica, a cuyo tenor:

*“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.*

*2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7 apartado 6 de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”*

Además, el responsable del tratamiento deberá haber dado cumplimiento al deber de información, consagrado por los apartados 1 y 4 de la Ley Orgánica 15/1999, respectivamente, para los supuestos en que los datos hubieran o no hubieran sido recabados de la interesada, señalado dichos apartados que:

*“1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:*

*a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*

*b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*

*c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*

*d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*

*e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*

*Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.*

*4. Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo.”*

Además, siendo la hija del reclamante menor de edad, no señalándose su edad en la consulta, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, cuyo apartado 1 dispone, como regla general, que “podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”.

De este modo, en caso de que la interesada fuera menor de catorce años su consentimiento únicamente hubiera sido válido en caso de prestarse con la asistencia del propio reclamante.

Además, para que el consentimiento prestado por la menor fuera válido debería tenerse en cuenta lo exigido por el artículo 13.3 del Reglamento, a cuyo tenor “Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo”.

De este modo, si el remitente de los mensajes no hubiera obtenido el consentimiento de la menor o recabado legítimamente los datos en virtud de uno de los supuestos previstos en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 o hubiera recabado los datos con el consentimiento de aquélla, siendo menor de catorce años, o no se hubiera dado cumplimiento a los deberes de información previstos en los artículos 5 de la Ley Orgánica y 13.3 del Reglamento, podría

haberse producido una vulneración de la Ley Orgánica 15/1999, que podría ser objeto de sanción por esta Agencia.

En conclusión, los hechos descritos podrían constituir una infracción de la Ley Orgánica 15/1999 o de la Ley 34/2002, en los términos a los que se refiere el presente informe. En ese supuesto, el reclamante podría denunciar los citados hechos ante esta Agencia a fin de que por la misma se adopten las actuaciones de inspección y, en su caso, sancionadoras, que procedieran en derecho.