

La consulta plantea diversas dudas respecto a la adecuación a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), del tratamiento de datos personales de los menores de edad a los que se facilita una tarjeta de fidelización.

La actividad a que hace referencia la consulta constituye un tratamiento de datos personales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.c) de la LOPD que define el mismo como *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”*, por lo que se encontrará sujeto a los requisitos y obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos,

Con carácter general y en lo que se refiere al tratamiento de datos de carácter personal entre las obligaciones del responsable del fichero, está la de obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento o cesión de los datos y la de informarle sobre los derechos que le asisten, así como sobre la identidad y dirección del responsable y sobre el uso que se va a dar a esos datos.

De esta manera, tal y como dispone el artículo 6.1 de la LOPD, “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”. Este consentimiento deberá ser, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 h) de dicha Ley “libre, inequívoco, específico e informado”, debiendo, en consecuencia, aparecer vinculado a las finalidades determinadas, específicas y legítimas que justifican el tratamiento de los datos, de manera que los datos únicamente podrían ser tratados en el ámbito de las mencionadas finalidades, tal y como dispone el artículo 4.1 de la misma norma, no pudiendo ser tratados para fines incompatibles con aquéllas (artículo 4.2 de la LOPD). Debe aclararse aquí que la Audiencia Nacional partiendo de una interpretación sistemática de este precepto viene considerando la expresión “finalidades incompatibles” como sinónimo de “finalidades distintas”.

La manifestación de los requisitos legalmente exigidos al consentimiento del afectado se realiza en la práctica a través de la información al afectado, en el momento de la recogida de sus datos de carácter personal, de los extremos esenciales relacionados con el tratamiento, recabando a tal efecto su

consentimiento en relación con los aspectos específica e inequívocamente hechos constar en la mencionada información.

El deber de información al afectado aparece regulado en la LOPD por su artículo 5, cuyo apartado 1, aplicable al supuesto de recogida de datos del propio afectado, como sucedería en el caso descrito en la consulta, establece que *“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.”*

En el caso que nos ocupa, los datos a tratar pueden ser datos de menores de edad, por lo que es preciso tener en cuenta las específicas previsiones que el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, efectúa al respecto. Así, en lo que se refiere al otorgamiento de consentimiento el número primero del artículo 13 establece 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.”*

Por consiguiente, el consentimiento para el tratamiento de los datos personales solamente puede ser otorgado por el interesado, salvo en el caso en que el afectado sea menor de 14 años o incapaz, en cuyo caso deberá ser otorgado por sus padres o tutores, sin perjuicio de que estos deban completar la capacidad del menor, aunque sea mayor de 14 años, en aquellos supuestos en que una Ley así lo establezca.

La obligación de información prevista en el artículo 5 de la LOPD exige un mayor rigor cuando el consentimiento se obtiene de un menor de edad, puesto que se dirige a una persona todavía no formada, lo que justifica que deba ser adaptada para que éste pueda comprenderla, dispone así el artículo 13.3 *“ 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.”*

En cuanto a los datos que se pueden recabar, el artículo 4.1 de la LOPD dispone que *“Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.”* Deben tenerse en cuenta aquí las cautelas establecidas en el número 2 del artículo 13 del Reglamento, en cuanto a la información que se puede solicitar al menor, al disponer que *“En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos.”*

Esta prohibición tiene una única excepción, a fin de permitir que se complete la capacidad del menor para consentir, señala así el último inciso del artículo 13.2 del Reglamento que *“No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.”*

En cuanto a la prueba del consentimiento señala el artículo 12 del Reglamento que *“Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.”* Cuando se trata de menores de edad se establecen en el Reglamento mayores exigencias, así conforme al número 4 del artículo 13 *“Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.”*

El precepto no impone un procedimiento determinado, dejando libertad al responsable del fichero para establecer el que considere adecuado. En el presente caso, la consulta plantea dos posibilidades que parecen referirse bien a que la solicitud sea realizada por los padres o representantes legales del menor o bien a que aquéllos autoricen la solicitud realizada por el menor. En ambos casos, resulta aconsejable que al citado documento se acompañe fotocopia del DNI de los padres o tutores a fin de verificar que la firma coincide con la solicitud o cupón presentado.

Debe tenerse en cuenta, además que conforme al artículo 18 del Reglamento el responsable del fichero o tratamiento deberá conservar los documentos o cualquier otro soporte utilizado que acredite el cumplimiento del

deber de información. Dispone dicho precepto que *“1. El deber de información al que se refiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado.*

*2. El responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar. Para el almacenamiento de los soportes, el responsable del fichero o tratamiento podrá utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular podrá proceder al escaneado de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales.”*