

IMPOSICIÓN DE UNA MULTA A ORANGE POR EMITIR Y COBRAR FACTURAS A UN MENOR DE DIEZ AÑOS

*Miguel Fernández Benavides
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

El 15 de marzo de 2012, la Agencia Española de Protección de Datos dictó Resolución (R00680/2012), en el procedimiento sancionador instruido contra la entidad France Telecom España S.A., imponiendo a la compañía una multa de 50.000 euros.

1. Hechos probados

Los hechos que dieron lugar a la controversia son los siguientes: El menor se dio de alta en los sistemas de la compañía denunciada para la contratación de un servicio de internet móvil (datos GPRS), aportando una serie de datos personales y un número de cuenta bancaria. La contratación se realizó *online*, a través de la tienda virtual de Orange, y por el servicio contratado se entregó un ordenador y un *modem*. Ante la recepción en el domicilio familiar de las facturas del servicio (6 en total, incluida una última por incumplimiento del compromiso de permanencia), el menor y su madre presentaron reclamación ante la compañía de telefonía móvil.

2. Problema jurídico

Dado que el órgano que dicta la Resolución no es otro que la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), la controversia jurídica se centra en conocer si la compañía Orange ha incumplido lo dispuesto en algún precepto de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), o en cualesquiera normas en materia de protección de datos. Así pues, la Resolución analizada se circunscribe exclusivamente al tratamiento de los datos personales efectuado por la compañía. Sin embargo, no debemos olvidar que

se plantean otros problemas, como los derivados de la existencia de una relación jurídico-privada entre las partes, o la posible vulneración de derechos de los consumidores y usuarios (que habrían de ser resueltos, en su caso, por los Jueces y Tribunales civiles o por la autoridad de consumo competente)

3. Normativa aplicable en materia de protección de datos

La primera norma a la que hemos de acudir es la LOPD, en cuyo artículo 43 se atribuye la condición de responsable de las infracciones en materia de protección de datos, a quienes son responsables de los ficheros [y en el art. 3.d se establece que el responsable del fichero o del tratamiento de los datos personales, es “la persona física o jurídica (...) que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”]. En cuanto al consentimiento del afectado, establece el artículo 6.1 LOPD que el tratamiento de datos de carácter personal requerirá el “consentimiento inequívoco” de aquel, salvo que la ley disponga otra cosa. En el caso que nos ocupa, dado que nos encontramos ante un tratamiento de datos personales de un menor de edad, hemos de acudir a lo dispuesto en el artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, en virtud del cual “Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento (...) en el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”. Por su parte, el apartado tercero del citado precepto establece que la información dirigida a los menores de edad “deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos”, y el apartado cuarto impone al responsable del fichero la obligación de articular los procedimientos tendentes a garantizar “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”. Por último, debemos señalar los artículos 44.3.b y 45 de la LOPD, donde se tipifica la infracción cometida y se determina la sanción aplicable, respectivamente. Así, según el primero de los preceptos señalados, se considerará infracción grave tratar datos de carácter personal sin haber recabado el consentimiento de las personas afectadas “conforme a lo dispuesto en el esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

4. Argumentación y Resolución de la AEPD

En vista de la normativa expuesta, la AEPD considera que se ha producido una vulneración del artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, por cuanto no consta acreditado por la compañía que operase protocolo alguno de comprobación de la identidad y edad del potencial cliente. Así, se procedió a facturar el servicio a la

cuenta bancaria proporcionada por el menor sin haber realizado previamente las comprobaciones “necesarias, eficaces y efectivas para conocer la edad del potencial cliente”. Respecto de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD, la AEPD determina que a través de la contratación *online* (tal y como estaba diseñada por la compañía), no podía verificarse que quién quería contratar el servicio era quien realmente decía ser, de tal forma que el consentimiento prestado tampoco podría reputarse “inequívoco”. Por último, la Resolución hace mención al artículo 10 del TRLGDCU para sostener que corresponde a la compañía asumir los riesgos de la contratación a distancia (no pudiendo trasladarlos a los usuarios), y reducir éstos mediante la puesta en marcha de protocolos de actuación que impidan supuestos como la contratación por un menor de diez años.

Habida cuenta de los argumentos expuestos, y no habiendo acreditado la compañía la existencia del consentimiento inequívoco del afectado (sobre la entidad recae el *onus probandi ex art. 12.2 RD 1720/2007*), la AEPD resuelve imponiendo a la entidad France Telecom España S.A. una multa de 50.000 euros, en aplicación de los artículos 44.3 b) y 45 de la LOPD (por vulneración de los arts. 6 LOPD y 13 RD 1720/2007).

5. Proyección en materia civil y protección de los consumidores

Como ya hemos señalado, la problemática jurídica derivada del supuesto que analizamos va más allá del ámbito de la protección de datos, al existir una relación jurídico-privada entre el menor y la compañía. En este sentido, son varias las menciones efectuadas por la AEPD respecto de tales cuestiones, si bien se limita exclusivamente (en el ámbito de su competencia) a imponer una sanción por vulneración de derechos reconocidos en la LOPD y su normativa de desarrollo. Así, la Resolución recuerda lo establecido por la Audiencia Nacional, en la Sentencia 784 /2008, cuando afirma que “una menor que cuenta 13 años de edad (...) no tiene por si sola capacidad para obligarse”, pues en virtud del artículo 1263.1 del CC, no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados. Así, a pesar de que el artículo 162 del CC reconoce que existen actos que el menor puede realizar por si mismo de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, considera la Audiencia Nacional que “no cabe encuadrar entre dichos supuestos el de autos, en primer lugar atendiendo a la edad de la menor y en segundo lugar a las características de la adquisición mediante pago con tarjeta”. Así, en el supuesto que nos ocupa, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio contratado y la corta edad del menor de edad, podríamos estar ante un caso de falta de perfección del contrato por ausencia de consentimiento. Ello conllevaría, evidentemente, la imposibilidad

para la compañía de exigir al menor el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la contratación del servicio.

Por otra parte, la resolución menciona el artículo 10 del TRLGDCU, señalando que “nadie puede alegar su propia torpeza, ni repercutir en el potencial cliente los errores derivados de las técnicas o mecanismos empleados para la contratación”. En relación al supuesto que nos ocupa, el principio de irrenunciabilidad de los derechos se traduciría en la obligación de la empresa de salvaguardar los derechos de los usuarios, y la correlativa prohibición de imponerles la renuncia a los mismos. Así, si aceptásemos la validez de las facturas emitidas por la compañía, estaríamos igualmente aceptando la renuncia del usuario (menor de edad) a la protección que genéricamente se deriva del artículo 8 del TRLGDCU, y más en concreto, del artículo 89.2 del citado texto legal, cuando establece que habrá de considerarse abusiva la “transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”. Como bien recuerda la Resolución de la AEPD, las mejoras tecnológicas no pueden ir en detrimento de las garantías de los consumidores, pues “no es posible pretender, que al socaire de la evolución tecnológica, y concretamente las posibilidades que ofrece el comercio electrónico a distancia, se mermen los derechos de los ciudadanos”. Por lo tanto, cuando la compañía opta por contratar a distancia habrá de saber que está asumiendo un riesgo (en tanto que se reducen los controles sobre la identidad y capacidad del usuario), que deberá adoptar todas las medidas tendentes a minimizar dicho riesgo y que habrá de responder cuando se produzcan eventuales errores. *Sensu contrario*, si aceptásemos la validez de las facturas emitidas a nombre del menor, el riesgo descrito se transmitiría a éste, de tal forma que se vería forzado tácitamente a renunciar al derecho reconocido, consecuencia ésta inadmisible a la luz de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

En defensa de la tesis expuesta, encontramos algunas resoluciones jurisprudenciales, si bien en las mismas se resuelven los asuntos a través de la aplicación del artículo 3 del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, regulador de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la LCGC. Así, tanto la SAP Navarra núm. 181/2002, de 12 de noviembre (JUR 2003/20670), como la SAP Vizcaya núm. 1012/2000, de 15 de diciembre (JUR 2001/94677), desestiman reclamaciones de cantidad efectuadas por compañías de servicios telefónicos como consecuencia de no haber acreditado éstas, ante la ausencia de contrato escrito, la existencia de la relación contractual con el cliente. En este sentido, tal y como señala la primera resolución mencionada, el operador “no puede ampararse en su afirmación de que, enviando el texto del contrato por

escrito, la demandada no lo cumplimentó; tal afirmación debe tener suficiente prueba y es deber de [el operador] haber insistido ante la demandada para que el contrato fuera suscrito, y precisamente por la persona que lo concertó y no por cualquier otra persona, riesgo evidente en sistemas de contratación como el de autos”.