

Tratamiento de datos en la Base de datos de puntos de suministro eléctrico (Orden ITC/3860/2007)

I

La consulta plantea distintas cuestiones relacionadas con el acceso por parte de las empresas comercializadoras de energía eléctrica a la totalidad de los datos contenidos en el Sistema de Información de Puntos de Suministro del que deberán disponer las empresas distribuidoras, en los términos derivados de lo previsto en la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre.

El artículo 4 del Real Decreto 1454/2005, de 2 diciembre, modificó el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión, imponiendo su apartado 1 a las empresas distribuidoras “disponer de una base de datos referidos a todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, permanentemente actualizada”, en la que se incluyeran los datos enumerados en el mencionado precepto.

Añade el mencionado precepto que “las empresas distribuidoras deberán dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y los comercializadores de energía eléctrica”.

En cuanto al acceso a los datos contenidos en el sistema, el artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002, en la redacción derivada de la reforma operada por el Real Decreto 1454/2005, dispone, en primer lugar, que “los consumidores tendrán derecho de acceso a sus datos contenidos en este registro de forma gratuita”.

Añade el precepto que “igualmente los comercializadores podrán acceder gratuitamente a los datos contenidos en el citado registro. No obstante lo señalado anteriormente, los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores”.

En consecuencia, el Real Decreto, en los términos derivados de la reforma a la que se ha hecho referencia no establece condicionamiento alguno al acceso por los comercializadores a los datos contenidos en la citada base de datos, debiendo así analizarse en el presente informe si el acceso en los términos a los que se acaba de hacer referencia resulta conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999.

II

Por su parte, la Orden ITC/3860/2007, de 28 diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, se refiere en su Disposición adicional tercera a la cuestión objeto de análisis en el presente informe. Así, el apartado 1 dispone que “las empresas distribuidoras deberán mantener los registros de las bases de datos de puntos de suministro referidas en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, completos de forma permanente y garantizar el contenido actualizado de cada uno de los datos que componen dichas bases, conforme a los términos estandarizados establecidos en el anexo VII de la presente Orden”.

Añade el apartado 2 que “los comercializadores inscritos en la sección correspondiente del Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado, así como la Oficina de Cambio de Suministrador definida en el artículo 47 bis de la Ley del Sector Eléctrico, modificada por Ley 17/2007, de 4 de julio, podrán acceder gratuitamente a las bases de datos de puntos de suministro de cada empresa distribuidora”. Así, en relación directa con la cuestión que ahora se plantea, añade el apartado 3 de la disposición que “las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos por parte de los comercializadores o de la Oficina de Cambio de Suministrador, ni exigir en ningún caso que éstos les proporcionen dato alguno como condición previa de acceso a su base de datos, entre ellos: el Código Universal del Punto de Suministro, CIF, NIF o NIE del titular de dicho punto de suministro o número de contrato en vigor de cada punto de suministro concreto, para el cual deseen consultar la base de datos”.

El apartado 4 dispone que “Las empresas distribuidoras deberán garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a través de medios telemáticos. En particular, la empresas distribuidoras deberán contar con los medios necesarios para que cualquier comercializador o la Oficina de Cambio de Suministrador, pueda descargar y proceder al tratamiento de los datos referidos a la totalidad de los puntos de suministro conectados a las redes del distribuidor y a las redes de transporte de su zona, así como llevar a cabo una selección detallada de los puntos de suministro respecto a los cuales quiere acceder a sus datos, en función de las diferentes categorías de datos que componen las citadas bases”.

Además, según el apartado 5 “a partir de la entrada en vigor de la presente Orden, y sin perjuicio del derecho de acceso a las bases de datos a través de medios telemáticos establecido en el apartado 4 anterior, las empresas distribuidoras deberán remitir a la Oficina de Cambio de Suministrador, o a los comercializadores que lo soliciten, los datos relativos a todos y cada uno de los puntos de suministro conectados a sus redes y a las



redes de transporte de su zona a través de un soporte físico informático que permita su inmediata y efectiva disposición y tratamiento. La empresa distribuidora deberá remitir dicha información en el plazo máximo de quince días desde la fecha de solicitud por parte del comercializador”.

Por último, según indica el apartado 6, “los comercializadores que hagan uso de la información que figura en las bases de datos de puntos de suministro de las empresas distribuidoras, a tenor de lo contemplado en la presente disposición y en el artículo 45.1.i de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, deberán garantizar la confidencialidad de la información contenida en las mismas”.

El mencionado Anexo VII detalla los datos que deberán figurar en las bases de datos de puntos de suministro, aclarando lo dispuesto en el artículo 7.1 del Real Decreto 1435/2002.

III

La primera cuestión que ha de analizarse en el supuesto ahora planteado es la de si el mismo se encuentra, como punto de partida, sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999.

A tal efecto, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica establece en su párrafo primero que “la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”, siendo datos de carácter personal, conforme al artículo 3 a), “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

Aclarando el concepto de datos de carácter personal, el artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que la Ley Orgánica 15/1999 transpone al ordenamiento español, dispone que son datos personales “toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.

A fin de aclarar el concepto establecido en la Ley Orgánica 15/1999 y armonizarlo plenamente con el previsto en la Directiva, el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, aprobado por el Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2007, aunque no ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado, dispone en su artículo 5.1 f) que son datos de carácter personal

“cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Añade a su vez el artículo 5.1 o) que será persona identificable “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados”.

Si bien las normas reproducidas no se encuentran actualmente en vigor, dado que la disposición final segunda del Real Decreto de aprobación no prevé su entrada en vigor hasta transcurridos tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, su contenido no es sino reflejo del concepto de datos de carácter personal que ha venido siendo mantenido por la doctrina emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional al conocer de los recursos interpuestos contra resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, así como de lo establecido en las mencionadas resoluciones y en los informes emanados de aquélla.

El Anexo VII de la Orden ITC/3860/2007 incorpora una serie de datos que podrían permitir la identificación de los consumidores finales sin que dicha identificación exigiera esfuerzos desproporcionados. Entre tales datos, se señala que la ubicación del punto de suministro incluirá la dirección completa, incorporando “tipo de vía, nombre de la vía, número, piso (y) puerta”. Ello podría permitir al comercializador que accediera, en su caso, a la información identificar, a través de los datos mencionados y de los que pudieran contenerse en otros ficheros o fuentes accesibles al público, al consumidor final.

Por ello, ha de concluirse que la base de datos de punto de suministro, regulada por las normas a las que se ha hecho referencia, se encuentra sometida a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, por lo que el acceso a dicha base por parte de los comercializadores deberá respetar las disposiciones de la misma.

IV

Siendo de aplicación a la cuestión planteada lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, el acceso por las empresas comercializadoras a los datos contenidos en la base de datos de puntos de suministro mantenida por las entidades distribuidoras constituirá una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como “Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

En relación con las cesiones, el artículo 11.1 de la Ley indica que “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento



del interesado”. No obstante, este consentimiento no será preciso, según el artículo 11.2 a) cuando exista una norma con rango de Ley que autorice la cesión.

En cuanto al alcance de la habilitación legal contenida en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, el artículo 10.2 a) del Reglamento de desarrollo, al que ya se ha hecho referencia con anterioridad, viene a establecer que “será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando (...) lo autorice una norma con rango de Ley o una norma de derecho comunitario”. Añade el precepto que la habilitación tendrá lugar “cuando concorra uno de los supuestos siguientes:

- El tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.
- El tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas”.

En este sentido, cabe tomar en consideración lo indicado por esta Agencia en informe de 6 de marzo de 2001, concerniente a un supuesto que guarda gran similitud con el presente y referido igualmente a un mercado regulado como es el de las telecomunicaciones. En el mencionado informe se indicaba lo siguiente:

“Respecto de la cesión o comunicación de datos, y siguiendo en este punto la referencia que la consultante efectúa de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, rige (salvo en la cesión entre administraciones públicas para el desempeño de competencias similares) el principio de reserva de Ley, de tal modo que será necesario que, a falta de consentimiento, expreso o tácito cuando la Ley lo permita, del afectado, será necesaria la existencia de una habilitación legal que dé cobertura a la comunicación, pudiendo dicha habilitación incluso traer su causa de lo establecido en la propia Ley Orgánica 15/1999, tal y como sucede en los supuestos incluidos en los apartados b) a f) del artículo 11.2 de la misma.

Esta reserva de Ley debe ser interpretada, a la luz de lo indicado en la propia Sentencia citada (Fundamento Jurídico 11), en el sentido de que el legislador no podrá, sin más, efectuar una delegación genérica de los límites del derecho fundamental a la protección de datos en favor de otro de los poderes del Estado (en este caso el ejecutivo, como titular de la potestad reglamentaria). De este modo, cualquier norma reglamentaria



que habilite una comunicación de datos deberá traer su causa de lo establecido en una disposición con rango de Ley que delimite claramente qué puede y qué no puede permitir o autorizar esa norma reglamentaria.

En consecuencia, no se consideraría suficiente una cobertura general a la cesión que previera la posibilidad de cesión “en los términos que reglamentariamente se determinen”, es decir, en los supuestos en que el ejecutivo tuviese por conveniente. Del mismo modo, y aunque el supuesto excede del ámbito de la presente consulta, no sería admisible una cesión de datos entre Administraciones Públicas amparada simplemente en el cumplimiento del principio de colaboración interadministrativa, diseñado en términos genéricos por el artículo 4.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sin embargo, sí cabría considerar respetado el principio de reserva de Ley en aquéllos supuestos en que una norma con dicho rango establezca los requisitos generales de la cesión o dé cobertura a la misma, sin perjuicio de que dicha cesión sea posteriormente concretada, en cuanto a los aspectos procedimentales, en una norma con rango reglamentario. Como sería conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional la concreción por una norma reglamentaria del deber específico de colaboración entre dos Administraciones Públicas para el ejercicio por una de ellas de una determinada competencia si ese deber es delimitado claramente por una norma con rango de Ley”.

En consecuencia, para que una cesión de datos pueda considerarse amparada en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 será necesario que unan norma con rango de Ley venga a perfilar el alcance y finalidad de dicha cesión, sin perjuicio de que la misma pueda, siempre dentro del marco perfilado, aclararse mediante el desarrollo reglamentario de dicha Ley. Por el contrario, no bastaría que la Ley se limitara a establecer una regla general de cesión sin aclarar su finalidad, su alcance o los destinatarios de la misma, quedando dicha delimitación, en su totalidad, pendiente de lo que dispusiera la norma reglamentaria.

En el supuesto planteado en la consulta a la que se acaba de hacer referencia, el establecimiento por la Ley aplicable al sector regulado de un precepto que garantizaba la prestación de un determinado servicio en régimen de libre competencia justificaba el acceso por los prestadores a los datos necesarios para la adecuada prestación del servicio, siendo la Ley la que aclaraba la finalidad perseguida (la garantía de la libre competencia) y los destinatarios de la cesión (los prestadores del servicio), así como, de forma genérica, los datos que podrían ser objeto de la cesión (los necesarios para garantizar la finalidad citada).

V

El artículo 41.1 m) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en la redacción dada al mismo por la Ley 17/2007, de 4 julio, por la que se modifica aquélla para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26-6-2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad dispone que los distribuidores estarán obligados a “mantener actualizada su base de datos de puntos de suministro, y facilitar a la Oficina de Cambios de Suministrador la información que se determine reglamentariamente”.

Asimismo, el artículo 45.2 d) de la citada Ley 54/1997, objeto igualmente de reforma por la Ley 17/2007 reconoce el derecho de las empresas comercializadoras a “obtener la información relativa a cambios de suministrador de la Oficina de Cambios de Suministrador y los datos de los consumidores que reglamentariamente se determine”.

Por otra parte, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública incorporó como infracción grave, recogida en el artículo 61.16 de la Ley 54/1997, “el incumplimiento, por parte de los distribuidores, de la obligación de permitir el acceso, de mantener una base de datos de todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, así como de dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de los datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía”.

La Oficina de cambios de Suministrador aparece recogida en el artículo 47 bis.1 de la Ley 54/1997 siendo “responsable de la supervisión de los cambios de suministrador conforme a los principios de transparencia, objetividad e independencia, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

En consecuencia, de las normas que se acaban de citar, contenidas todas ellas en una norma con rango suficiente, la Ley 54/1997, se desprende, por una parte, la obligación de las empresas de distribución de mantener la base de datos de puntos de suministro y, por otra, el derecho de las empresas comercializadoras a “acceder a los datos de los consumidores que reglamentariamente se determinen”, constituyendo además infracción de la Ley por parte de los distribuidores la obstaculización de la consulta de la base de datos de puntos de suministro.

Por tanto, como punto de partida, ha de indicarse que los artículos citados otorgarían cobertura a la cesión a las comercializadoras de los datos

contenidos en la base de datos de puntos de suministro que habrán de mantener según la Ley

VI

Como se ha indicado, la Ley 54/1997, tras establecer el ámbito general al que se refiere la cesión de los datos ahora analizada, prevé que su efectiva concreción se producirá, en lo relativo a los datos a los que la misma se refiera, en su desarrollo reglamentario.

En todo caso, esta Agencia Española de Protección de Datos ha venido señalando reiteradamente que la habilitación legal para la cesión de datos de carácter personal deberá respetar los principios establecidos en la propia Ley Orgánica 15/1999 y, en particular, lo dispuesto en el artículo 4.1, según el cual “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”.

En consecuencia, el alcance de la cesión deberá resultar proporcionado a la finalidad perseguida, o en los términos que viene a señalar el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, el interés legítimo o el cumplimiento del deber legal que dicha habilitación legal viene a amparar.

Ello exigirá analizar, del mismo modo que se hizo en el supuesto resuelto por el informe de esta Agencia de 5 de marzo de 2001, al que ya se ha hecho referencia, el fundamento de la cesión planteada, a la vista de las disposiciones reguladoras del sector eléctrico, a fin de analizar si de los preceptos que se han reproducido en el apartado anterior de este informe cabe deducir la existencia de una habilitación legal para la cesión de los datos con el alcance referido en el Real Decreto 1435/2002 y en la Orden ITC/3860/2007.

El artículo 1.3 de la Ley 54/1997 establece que “las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica se ejercerán de forma coordinada bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia”.

Asimismo, el artículo 2.1 reconoce “la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente Ley”, disponiendo el artículo 11.3, en la redacción introducida por la Ley 17/2007, que “sin perjuicio de lo establecido para el suministro de último recurso, la comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la presente Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes” y el artículo 44.2 que “los consumidores finales de electricidad tendrán derecho a elegir suministrador”



Por otra parte, debe recordarse que el artículo 19.uno del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio implica la liberalización del suministro, al establecer que “a partir del 1 de enero del 2003, todos los consumidores de energía eléctrica tendrán la consideración de consumidores cualificados”

En consecuencia, el ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica se funda en el principio general de libre competencia, unido al derecho de los consumidores a la libre elección de comercializador, que únicamente deberá reunir los requisitos a los que se refiere el artículo 44.3 en relación con la obtención de la correspondiente autorización administrativa previa al ejercicio de su actividad

Así, indicaba la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997 que “la comercialización de energía eléctrica adquiere carta de naturaleza en la presente Ley. No se trata de una posibilidad sometida a la consideración del Gobierno, sino de una realidad cierta, materializada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador que se consagra en el texto. Se establece un período transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente, de forma que la libertad de elección llegue a ser una realidad para todos los consumidores en un plazo de diez años.”

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 17/2007 indica que “se adaptan todos los derechos y obligaciones de los comercializadores y distribuidores al nuevo orden establecido, teniendo en cuenta que el distribuidor deja de suministrar a tarifa y considerando, además, el nuevo concepto de suministrador de último recurso. En esta línea destacar que se refuerzan las obligaciones en relación con la formalización de contratos de los consumidores y el mantenimiento de las bases de datos de puntos de suministro, que garantizan el acceso en igualdad de condiciones”.

De este modo, la Ley 54/1997, en su redacción actual, unida a las distintas normas con rango de Ley adoptadas desde su aprobación establece como principio fundamental del funcionamiento del mercado de suministro de energía eléctrica el de su total liberalización y la prestación de las diversas actividades dentro del mismo, dentro del régimen de separación previsto en el artículo 14 de la Ley, en régimen de libre competencia. Por tanto, el legislador impone como principio básico la libre elección de suministrador por parte cualquier consumidor, al tener todos ellos la condición de consumidor cualificado.

El cumplimiento de estos principios sólo resultará posible en caso de que las entidades que puedan ofrecer el suministro al consumidor, es decir, con carácter general, las comercializadores, se encuentren en una situación tal que permita efectuar las ofertas que puedan ajustarse al perfil del consumidor en régimen de igualdad entre todas ellas y se garantice así al consumidor el

ejercicio efectivo de su derecho a la libre elección de comercializador, consagrado en la Ley 54/1997.

Para que ese cumplimiento sea posible será necesario que los comercializadores puedan acceder en condiciones de igualdad a la información referida a los consumidores, dado que sólo en ese caso será posible garantizar el principio de libre competencia consagrado por el artículo 1.3 de la Ley.

El establecimiento de las condiciones de transparencia en el mercado, unido a la prohibición de limitación del acceso a la información en condiciones que pudieran suponer una distorsión en el mismo fundamentaría las habilitaciones legales establecidas en los artículos 41.1 m) y 45.2 d) de la Ley 54/1997, delimitando igualmente la finalidad que justificará la cesión de los datos y, en consecuencia, los límites a los que dicha cesión podrá referirse.

Dichos límites vienen establecidos, como ya se ha indicado, en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, en su redacción actualmente vigente, y en el Anexo VII de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, referidos todos ellos a circunstancias que permitirán conocer las condiciones básicas de consumo y la última modificación de suministrador por la que hubiera optado el consumidor, identificado al menos, como se ha indicado con anterioridad a través de la indicación de la ubicación del punto de suministro, a la que se refiere el Anexo VII de la Orden citada.

La información referida se encontrará vinculada con la finalidad perseguida por la habilitación legal de la cesión, que es como se ha dicho el posible conocimiento por el comercializador de las circunstancias y perfil de consumo del consumidor, a fin de facilitar el ejercicio por aquél de su derecho a la libre elección de suministrador e igualmente asegurar el régimen de libre competencia en el mercado de suministro de energía eléctrica.

En consecuencia, cabe considerar que la cesión, habilitada por la Ley 54/1997 y especificada en cuanto a los concretos datos objeto de la misma por las normas citadas resulta amparada por el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, siendo además la misma respetuosa del principio de proporcionalidad consagrado por el artículo 4.1 de la citada Ley Orgánica.

VII

En todo caso, debe recordarse que las garantías que habilitan, aparte de la referencia expresa contenida en la propia Ley 54/1997, la cesión de los datos no suponen una posibilidad de tratamiento ilimitado de los datos contenidos en la base de datos de puntos de suministro.

Así, en primer lugar, las empresas comercializadoras deberán ser respetuosas con el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor “los datos de carácter personal objeto de

tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”.

De este modo, el uso de la información obtenida debería limitarse únicamente a los fines, vinculados con los principios de libre competencia y libre elección de suministrador a los que nos hemos venido refiriendo, no pudiendo los datos emplearse para otra finalidad ni conservarse sino en cuanto sea necesario para el cumplimiento de la finalidad del tratamiento, conforme indica el artículo 4.5 de la Ley Orgánica.

Por otra parte, la propia normativa reglamentaria de desarrollo de la Ley 54/1997 prevé que el tratamiento cederá, en todo caso, cuando el consumidor afectado manifieste su oposición al mismo. De este modo, el afectado, titular del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, podrá en todo caso manifestar esta voluntad al distribuidor, en cuyo caso la cesión habilitada por la Ley 54/1997 no podrá comprender los datos de ese concreto consumidor.

El artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002 dispone que “No obstante lo señalado anteriormente, los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores”.

Se establece así una regla similar a la establecida en otros mercados, como el de las telecomunicaciones, en que en todo caso se reconoce el derecho del abonado a no figurar en las guías de servicios de comunicaciones, reconocido por el artículo 38.6 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

De este modo, las cesiones a las que se refiere la Orden ITC/3860/2007 deberán entenderse en todo caso limitadas a los consumidores que no hubieran ejercitado el derecho que les reconoce el artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002.

VIII

A la vista de todo lo indicado, cabe concluir que la cesión de los datos contenidos en el sistema de información de puntos de suministro sin contar con el consentimiento del afectado en los términos planteados en la consulta no resulta contraria a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, debiendo en todo caso el comercializador utilizar los datos para las finalidades que justifican la cesión, en los términos descritos en este informe y excluyéndose en todo caso de la cesión los datos de los consumidores que hubieran manifestado por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores.



En consecuencia, en relación con las concretas cuestiones planteadas en la presente consulta, cabe señalar lo siguiente:

PRIMERO. La Orden ITC/3860/2007 no tiene, por supuesto, rango normativo suficiente para habilitar una cesión de datos de carácter personal, al ser la Ley la que, conforme al artículo 11.2 a) y la doctrina derivada de la Sentencia del tribunal Constitucional 292/2000 la única que puede dar cobertura a la cesión.

No obstante, una norma de rango inferior a la Ley puede concretar, siempre dentro del respeto al principio de proporcionalidad y a la reserva de Ley que acaba de indicarse, el alcance de la cesión previamente autorizada por una Ley en los términos que se desprenden del artículo 11.2 a) citado y 10.2 a) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica.

SEGUNDO. Igualmente, en el supuesto ahora planteado, la habilitación legal a la cesión no generaría una nueva fuente accesible al público, dado que las mismas serán “exclusivamente” las enumeradas de forma taxativa por el artículo 3 j) de la Ley Orgánica 15/1999.

En todo caso, debe recordarse que nos encontraríamos ante un supuesto de habilitación para una concreta cesión de datos, dirigida exclusivamente a las empresas comercializadoras y a la Oficina de Cambios de Suministrador, regulada por el artículo 47 bis de la Ley 54/1997, por lo que tampoco se cumpliría la exigencia contenida en el primer inciso del citado artículo 3 j) para que los ficheros enumerados posteriormente puedan ser considerados fuente accesible al público, toda vez que su acceso quedaría limitado a los cesionarios que acaban de citarse.

TERCERO. La cesión a la que se viene haciendo referencia encuentra, como ya se ha indicado y se recordará posteriormente, amparo en lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999. Por ello, la materialización de dicha cesión no supondría vulneración del artículo 11 de la citada Ley.

En todo caso, la Orden ITC/3860/2007 debe ser interpretada de forma conforme con las normas legales y reglamentarias de las que trae causa, y el artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002 excluye de la cesión los datos de los consumidores que “su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores”, por lo que la cesión no se producirá respecto de los datos de “todos y cada uno” de los clientes, sino de quienes no hayan manifestado su negativa a la misma.

CUARTO. En cuanto a la norma con rango de Ley que habilitaría, conforme al artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, la cesión de los datos, sería la Ley 54/1997, cuyo artículo 41 impone a los distribuidores la obligación de llevanza de la base de datos y su cesión, reconociendo igualmente el artículo 44 el derecho de los comercializadores a acceder a tales datos.

Junto con estas habilitaciones, debe tenerse en cuenta, a fin de determinar la finalidad legítima que justificará la cesión, lo dispuesto en los artículos 1.3, 2.1, 11.3 y 45.2 de la propia Ley, que consagran los principios de libre competencia en la actividad de suministro y de libre elección de suministrador por parte de los consumidores, que sólo podrían llevarse a efecto mediante la adopción de una medida como la descrita en los artículos 41.1 m) y 45.2 d) de la Ley 54/1997.

En consecuencia, la Ley delimita la finalidad, el alcance y los destinatarios de la cesión, quedando así amparada en lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999.

QUINTO. Por esta misma razón, será de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor la consultante no se encontrará sometida al deber de información referido a la cesión de los datos, al venir dicha cesión habilitada por una norma con rango de Ley.

SEXTO. Por otra parte, en cuanto a las dos resoluciones citadas en la consulta no guardan relación con el objeto del presente informe. La primera de ellas (dictada en el procedimiento PS/105/2006) se refiere a un supuesto de contratación fraudulenta del servicio, sancionándose el tratamiento de los datos derivado de un contrato que en la resolución aparece probado como no celebrado realmente por el denunciante.

La segunda de las resoluciones (dictada en el procedimiento E/14/2006), aún cuando hace referencia al acceso a la base de datos de puntos de suministro de la consultante, se refiere a hechos acontecidos con anterioridad a la reforma del Real Decreto 1435/2002 por el Real Decreto 1454/2005, por lo que tampoco puede ser tenida en consideración en este caso.

En consecuencia, la doctrina derivada de las citadas resoluciones no se ve alterada como consecuencia de lo señalado en el presente informe.

SÉPTIMO. En cuanto a la cuestión planteada en el apartado e) del punto 3 de la consulta, debe recordarse que en el supuesto que viene analizándose la habilitación legal derivada de la aplicación al caso del artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 excluye la necesidad de que el afectado preste su consentimiento para la cesión, tal y como se desprende de la cláusula general contenida en el artículo 11.2 de la misma.

Por este motivo, la cesión de los datos a los comercializadores y a la Oficina de Cambios de Suministrador no puede quedar, en general, sujeta a la existencia de un consentimiento previo para que aquélla pueda tener lugar, ni a la posibilidad de que el afectado no haya revocado un consentimiento previamente prestado.

Por contra, el artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002 prevé la posibilidad de que los consumidores puedan oponerse a la cesión de los datos, exclusivamente cuando la misma se refiera a los comercializadores, siempre que aquéllos manifiesten expresamente y “por escrito” esa voluntad en contrario.

Sin embargo, de dicho precepto no cabe en ningún caso deducir que la cesión de los datos quede sometida al consentimiento de los afectados, limitándose la citada norma a habilitar, como se indicó en el apartado anterior de este informe, una forma de ejercicio del derecho de oposición, similar a la de los abonados de servicios de comunicaciones electrónicas a no aparecer en las guías asociadas a dichos servicios, que requerirá una manifestación expresa y fehaciente (dado que habrá de ser escrita) contraria a la cesión.

Lo anterior no implica dejar vacías de contenido las cláusulas de prestación del consentimiento de los afectados para el tratamiento de sus datos con fines promocionales, sino que dichas cláusulas únicamente podrán considerarse limitadas a los supuestos en los que la Ley no establezca una regla específica de cesión no sujeta a ese consentimiento. Así, cabría diferenciar, en caso de existir ese tipo de cláusula de consentimiento, tres tipos de cesiones que podría, en su caso, llevarse a cabo por la consultante:

- La cesión de los datos contenidos en la base de datos de puntos de suministro a las empresas comercializadoras, que deberá llevarse a cabo, en aplicación de la Ley 54/1997 en relación con todos aquellos afectados que no hayan manifestado expresamente su negativa a la cesión de datos a los comercializadores.
- La cesión de los datos a los que acaba de hacerse referencia a la Oficina de Cambios de Suministrador, que debería llevarse a cabo en todo caso.
- Los restantes supuestos de cesión de datos con fines promocionales, con el alcance en cuanto a los datos, destinatarios y finalidad que se desprenda de las correspondientes cláusulas de consentimiento, que sólo tendrá lugar en caso de que el afectado hubiera consentido dicha cesión.

OCTAVO. En lo demás, la consultante deberá cumplir, en lo relativo a la base de datos de puntos de suministro, las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, a la que se encuentra sometido el citado fichero, tal y como se analiza a lo largo de este informe.