



Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Proyecto de Real Decreto por el que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúmpleme informarle lo siguiente:

Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que acaban de señalar, debería indicarse en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

I

El Proyecto sometido a informe tiene por objeto, conforme expresa su Exposición de Motivos, la reforma de diversas disposiciones reguladoras del sector eléctrico a fin de ajustar su régimen aplicable a la reforma estructural del sector llevada esencialmente a cabo mediante la aprobación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Es preciso indicar que, con posterioridad a la remisión del texto para informe de esta Agencia, tuvo entrada en la misma, en fecha 28 de mayo de 2015, una nueva versión del mismo que afecta particularmente a las normas relacionadas con la aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999.

Teniendo en cuenta esa nueva versión, cabe señalar que en lo que se refiere a la normativa reguladora del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal resultan particularmente relevantes la reforma operada por el artículo 2 del Proyecto sometido a informe de lo dispuesto 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, referido al Sistema de información de puntos de suministro, así como la disposición adicional tercera, referida al acceso a los datos relativos a la curva de carga horaria por parte de los comercializadores .



En cuanto al artículo 2 del Proyecto, su actual redacción excluye de la información contenida en el Sistema de Información de Puntos de Suministro, al que se refiere el artículo 7 del Real decreto 1435/2002, la información referida a las curvas de carga horaria de los consumos de cada punto de suministro, a las que ahora se refiere la mencionada disposición adicional tercera. Por ello, centrándonos ahora en la reforma del mencionado artículo 7, y con referencia a su apartado 1, la reforma se limita a clarificar la información del consumo del punto de suministro que será suministrada, en el sentido de incorporar expresamente la referencia a que la misma tendrá carácter agregado por meses, ampliándose el alcance temporal de la misma desde los dos a los tres años. La modificación mencionada supone igualmente que la redacción del artículo 7.2 vuelva a asimilarse a la actualmente vigente, si bien se incorpora un nuevo párrafo tercero, en que se señala que “en todo caso, ni las empresas comercializadoras ni la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán acceder a los datos de carácter personal”.

Junto con esta reforma, el Proyecto reemplaza a lo largo del texto del artículo 7 la referencia que el Real decreto 1435/2002 efectúa a la Oficina de Cambios de Suministrador por la mención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y señala en el apartado 3 del artículo 7 que el derecho a acceder a los datos se suspenderá en los supuestos de inicio del procedimiento de extinción de la habilitación para ejercer como comercializadora así como en caso de apertura de diligencias penales relacionadas con la actividad de comercialización, “sin perjuicio de la información necesaria para llevar a cabo el traspaso de clientes a la comercializadora de referencia de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido”.

II

En cuanto a la modificación de la referencia a la Oficina de Cambios de Suministrador que pasa a realizarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, debe recordarse, como señala el informe emitido por este último Organismo a la versión anterior del Proyecto, de 10 de marzo de 2015, que la disposición transitoria tercera de la Ley 24/2013 dispone que “La oficina de cambios de suministrador seguirá desempeñando hasta el 30 de junio de 2014 las funciones que tenía atribuidas conforme a lo dispuesto en el artículo 47 bis de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, en el artículo 83 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y en su normativa de desarrollo”, añadiendo expresamente que “a partir de esta fecha, dichas funciones serán desempeñadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que tendrá acceso a las Bases de Datos de Consumidores y Puntos de Suministro de gas y de electricidad”. De este modo, la licitud del



acceso a la mencionada base de datos se encontraría amparada por lo previsto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 en conexión con dicha disposición transitoria.

Dado que, por otra parte, no plantea problema alguno desde el punto de vista de la normativa de protección de datos lo dispuesto en el artículo 7.3 del Real decreto 1435/2002 en su nueva redacción, procede ahora analizar la legitimación, conforme a la normativa de protección de datos del tratamiento de datos que supone el mantenimiento del Sistema de Información de Puntos de Suministro, previstas en el artículo 7.1, y particularmente en su letra u), así como a las cesiones derivadas de lo dispuesto en el artículo 7.2 del citado Real Decreto, en la versión actualmente objeto de informe.

III

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que el artículo 40.2 m) de la Ley 24/2013 impone a los distribuidores como gestores de la red de distribución en las que operan la obligación de “mantener actualizada su base de datos de puntos de suministro, y facilitar a la información de acuerdo a lo que se determine reglamentariamente”, tipificando el artículo 65.21 de la Ley como infracción grave “el incumplimiento, por parte de los distribuidores o comercializadores, de las obligaciones 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, de permitir el acceso a la misma, 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”. Quiere ello decir que la creación de la base de datos y su comunicación a las comercializadoras de energía eléctrica se encuentra amparada por el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, en conexión con las normas citadas.

Como es sabido, esta cuestión fue reiteradamente analizada por esta Agencia Española de Protección de Datos con anterioridad a la reforma operada por la Ley 24/2013, atendiendo a diversas consultas planteadas por la entonces Comisión Nacional de la Competencia como por las distintas entidades distribuidoras.

Así, en el apartado V del informe de 17 de enero de 2008, emitido a solicitud de la Comisión nacional de la Competencia, tras analizarse que la base de datos de puntos de suministro contiene datos de carácter personal, teniendo particularmente el código único de punto de suministro, asociado a otras informaciones tal naturaleza, se valoraba la cobertura legal existente en



ese momento para la comunicación prevista en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 en su redacción entonces vigente, señalando lo siguiente:

“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.”

Del mismo modo, el informe analizaba la proporcionalidad de que la cesión incorporase los datos contenidos en el Anexo VII de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, considerando que la inclusión de tales datos no vulneraba el principio de proporcionalidad, establecido en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, al considerarse dichos datos “adecuados, pertinentes y no excesivos” para la finalidad perseguida por la cesión, que era la garantía de la libre competencia en el mercado comercializador de energía eléctrica.

En los mismos términos se pronunció de forma casi simultánea la Agencia para dar respuesta a las consultas planteadas por los distintos distribuidores. Así, en informe de 18 de enero de 2008 se concluía entre otras cosas lo siguiente:

“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.”

Y en lo que atañe a la extensión de la información objeto de acceso, el informe concluía:

“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 podrían, 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."*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pudiendo traer a colación las sentencias de 11 de mayo de 2010 y 17 de mayo de 2012. La primera de ellas, tras reproducir el contenido de los informes de esta Agencia, señala en su fundamento de derecho sexto lo siguiente:

"Es preciso recordar como regula el SIPS el art. 7 del R.D. 1435/2002, reproducido en el fundamento jurídico cuarto y la resolución impugnada concreta con claridad por qué si es necesario: "el acceso a esta información es esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado, ya que 1) facilita la elaboración de ofertas adecuadas a las condiciones de los clientes y 2) reduce los costes de cambio de suministrador" y por qué de hecho la imposibilidad de acceder a estos datos conlleva una distorsión de la competencia en los mercados liberalizados: "las comercializadoras han tenido que recurrir a vías alternativas más costosas y menos eficaces para conseguir esa



información, lo que ha facilitado la continuidad del status quo existente en el mercado eléctrico."

Como concreta la codemandada, la negativa de acceso al SIPS es equivalente a una negativa de suministro de información esencial para estructurar ofertas comerciales de suministro minorista de electricidad, con la consecuencia de que el consumidor final se perjudica por la inexistencia de opciones. La normativa que crea el SIPS señala con claridad que el sistema se instaura para "homogeneizar las condiciones de contratación en el mercado libre y regulado en los siguientes aspectos concretos para evitar así obstáculos al paso de clientes del mercado regulado al mercado libre" (exposición de motivos del R.D. 1454/2005). Ya en el R.D. 1435/2002 se indicaba que "Existe, por tanto, un bloque regulatorio comprensivo de los diferentes aspectos que afectan al suministro, de las obligaciones y derechos de los agentes y de las relaciones entre los mismos. No obstante, resulta evidente que un incremento tan importante en la liberalización del suministro eléctrico, permitiendo que todos los consumidores de energía eléctrica puedan escoger suministrador, sólo es posible si se basa en sistemas que garanticen la adecuada protección del consumidor, minimicen la carga de trabajo de éste, estandaricen la información a transmitir y los medios por los que se remite y asignen adecuadamente los costes que ocasionan los suministros".

No cabe duda por tanto de que el acceso al SIPS por las comercializadoras es esencial para poder competir en el mercado de suministro de energía eléctrica."

IV

Sentada ya la postura de la Agencia en relación con la legitimación para el tratamiento y la cesión de los datos contenidos en el Sistema de información de puntos de suministro, y teniendo en cuenta que el alcance de dicho tratamiento coincide prácticamente con lo que actualmente ya establece el artículo 7.1 del Real decreto 1435/2002, cabría concluir que lo señalado en los informes y jurisprudencia reproducidos resulta plenamente aplicable al texto ahora sometido a informe.

En este sentido, cabe señalar que la ampliación de dos a tres años de la información referida al consumo de cada punto de suministro puede considerarse ajustada al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley orgánica 1571999, teniendo particularmente en cuenta que dichos datos se incorporarán únicamente de forma agregada por meses y sólo por



períodos de discriminación horaria, de forma que no puedan conocerse efectivamente los hábitos de conducta del consumidor ni sea posible la elaboración de los perfiles detallados a los que se hará inmediatamente referencia.

No obstante, se considera necesario efectuar una aclaración en cuanto a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 7.2 del Real decreto 1435/2002, en la redacción propuesta por el Proyecto sometido a informe, dado que, como se ha indicado, dicho párrafo señala que “en todo caso, ni las empresas comercializadoras ni la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán acceder a los datos de carácter personal”.

Debe recordarse que el artículo 3 a) de la Ley Orgánica 15/1999 define los datos de carácter personal como cualquier información referida a personas identificadas o identificables. Por su parte, el artículo 5.1 o) del Reglamento de desarrollo de dicha Ley define “persona identificable” como “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”, añadiendo que “una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados”.

En el presente caso, no cabe duda, como ya se ha indicado con anterioridad y esta Agencia señaló en sus anteriores informes, que el Sistema de información de Puntos de Suministro incorpora datos de carácter personal, dado que a partir del Código de punto de suministro es posible identificar al consumidor al que se refiere la información, pudiéndose así vincular todo el contenido del sistema con dicho consumidor.

El párrafo segundo del artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002, en la redacción propuesta por el Proyecto señala en su segundo inciso que “las empresas distribuidoras deberán contar con los medios necesarios para que cualquier comercializador o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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, el párrafo cuarto del mismo artículo 7.2 establece que “Las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos por parte de los comercializadores o de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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”. Igualmente, el párrafo quinto señala que “Sin perjuicio del derecho de acceso a las bases de datos a través de medios telemáticos las empresas distribuidoras deberán remitir a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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, sin que resulte exigible, en ningún caso, que los comercializadores o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia les proporcionen dato alguno como condición previa de acceso a su base de datos. La empresa distribuidora deberá remitir dicha información en el plazo máximo de quince días desde la fecha de solicitud por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o del comercializador”.

La primera consecuencia de lo que acaba de reproducirse es que debe reiterarse el carácter personal de los datos contenidos en la información facilitada, dado que podría individualizarse a partir de la identidad del titular de la línea. Al propio tiempo, ambas normas suponen necesariamente que van a ser facilitados los datos de carácter personal que obran en las bases de datos de puntos de suministro, dada la propia finalidad del sistema. Quiere todo ello decir que el tenor literal del párrafo tercero del artículo 7.2 en la redacción que se propone choca frontalmente con lo establecido en los restantes párrafos del precepto y en la propia Ley 24/2013.

No obstante, la previsión tendría sentido si lo que se pretende es excluir del acceso por las comercializadoras y por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a cualquier otra información que directamente identifique al titular de la línea. En este caso, **debería reemplazarse la referencia a “datos de carácter personal” contenida en ese párrafo por “datos identificativos del consumidor”**.

V

Como ya se ha indicado, la nueva versión del texto sometido a informe de esta Agencia incluye una nueva disposición adicional relacionada con el tratamiento y cesión de los datos correspondientes a la curva de carga horaria, disponiendo el párrafo segundo que estos datos “tendrán carácter confidencial y serán accesibles únicamente por el comercializador con contrato vigente para el consumidor en el período temporal al que corresponde la información que contiene, salvo autorización expresa por parte del consumidor, sin coste



alguno, para que puedan acceder a sus datos otros comercializadores”, debiendo el comercializador “acreditar su capacidad de representación ante el distribuidor”

La información será puesta a disposición de los comercializadores, según el párrafo primero, “a través de los cauces establecidos en los procedimientos donde se regulen los protocolos de intercambio de información, de seguridad y de confidencialidad de los datos procedentes de los equipos de medida conectados al sistema de telegestión entre los agentes a efectos de facturación y liquidación de la energía que se aprueben al amparo de lo previsto en la disposición adicional quinta del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación”.

Los párrafos tercero y cuarto se refieren a la prestación del consentimiento, que no tendrá carácter indefinido, sino que “deberá ser renovado por el consumidor cada dos años”, siendo el distribuidor el encargado de recabar el mismo”.

La disposición también se refiere al tratamiento de los datos que lleve a cabo el comercializador cuando se trate del que tuviera contrato en vigor con el consumidor. Así se indica que aquél “será plenamente responsable de garantizar la confidencialidad de la información sobre la curva de carga horaria de sus clientes y no podrá utilizarla para fines ajenos a su actividad como comercializador de energía eléctrica, sin perjuicio de las obligaciones de información impuestas por la normativa vigente en cada momento”. Además, se añade que “dicha responsabilidad no podrá delegarse ni transferirse a terceros, sin perjuicio de que la gestión de la facturación de la energía pueda corresponder a otra entidad que no coincida jurídicamente con la titular. En estos supuestos, el comercializador habrá de establecer con dicha entidad los pactos que en cada caso se puedan requerir”.

De este modo, el texto sometido a informe prevé el tratamiento de los datos referidos a la curva de carga horaria por parte de los distribuidores y los comercializadores que tuvieran contrato en vigor, debiendo además los primeros, en su caso, recabar el consentimiento expreso del interesado para que los datos pudieran ser facilitados a cualquier otro comercializador distinto.

El tratamiento de los datos de la curva de carga horaria por parte del distribuidor se encuentra legitimado por el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor “no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal (...) 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”. En este sentido, si bien la relación jurídica se configura con el comercializador, es indudable que no puede llevarse a cumplimiento sin la recogida de los datos por parte del distribuidor.

Del mismo modo, no resulta necesario analizar detenidamente la conformidad con lo dispuesto en la normativa de protección de datos del acceso que podrá llevar a cabo la comercializadora con contrato en vigor, por cuanto dicho acceso se encontrará plenamente amparado por lo dispuesto en el artículo 11.2 c) de la Ley Orgánica 15/1999, que exime de la prestación del consentimiento por el interesado los supuestos de cesiones que respondan “a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”, siendo así que el acceso a los datos resulta imprescindible para la facturación del servicio. En este sentido, cabe recordar que el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia precisamente ponía de manifiesto la necesidad de que el régimen de acceso a los datos de curva horaria no se efectuara a través del sistema de información de puntos de suministro habida cuenta de que el mismo no está enfocado a la facturación del servicio, sino al pleno desenvolvimiento de la libre competencia en la actividad comercializadora en el mercado minorista, razón por la cual se ha añadido la disposición transitoria objeto de estudio en este lugar del informe.

Dicho lo anterior, debe valorarse si la comunicación a las comercializadoras distintas de aquélla con la que el consumidor mantiene el contrato de suministro de los datos de la curva de carga horaria podría considerarse amparado por lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica, y entenderse así amparado por la Ley 24/2013 o si, por el contrario, al no operar esta excepción, resulta necesario para que dicha cesión pueda tener lugar el consentimiento del consumidor, como indica el Proyecto objeto de informe.

Para ello no debe olvidarse que la exención legal del consentimiento del interesado supone una limitación de su derecho fundamental, por cuanto implica una intromisión en su esfera privada y una restricción de su poder de disposición sobre sus datos de carácter personal. Esta restricción deberá resultar respetuosa con los principios fundamentales que configuran el derecho fundamental y, en particular, con el principio de proporcionalidad, que en materia de protección de datos se consagra en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor “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”.



El tratamiento de los datos al que ahora se está haciendo referencia ha sido objeto de estudio reiterado por parte del Grupo de Autoridades de Protección de Datos creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, pudiendo hacerse referencia a los dictámenes 12/2011 sobre la medición inteligente, adoptado el 4 de abril de 2011 (WP 183), 4/2013 sobre el modelo de evaluación del impacto sobre la protección de datos para redes inteligentes y para sistemas de contador inteligente preparado por el Grupo de expertos 2 del Grupo especial sobre redes inteligentes de la Comisión, adoptado el 22 de abril de 2013 (WP205), y 7/2013 sobre el modelo de evaluación del impacto relativa a la protección de datos para redes inteligentes y para sistemas de medición inteligentes preparado por el Grupo de expertos 2 del Grupo especial sobre redes inteligentes de la Comisión, adoptado el 14 de diciembre de 2013 (WP209).

El primero de los dictámenes citados plantea la especial trascendencia de la injerencia que el tratamiento de los datos de consumo de energía horario representa en la esfera del consumidor al que dicha información se refiere. Así, señala el dictamen 12/2011:

“Los contadores inteligentes permiten la generación, transmisión y análisis de datos sobre los consumidores en mucha mayor medida que el «contador tradicional» o «simple». Por lo tanto, permiten también al operador de red (también conocido como DSO, Distribution Service Operator), a los proveedores de energía y a otras partes recopilar información detallada sobre el consumo de energía y las pautas de utilización, así como adoptar decisiones relativas a consumidores individuales sobre la base de perfiles de utilización. Aunque se reconoce que estas decisiones generalmente benefician a los consumidores por el ahorro energético que traen consigo, también se está poniendo de manifiesto que puede producirse intrusión en la vida privada de los ciudadanos a través del uso de dispositivos instalados en sus hogares. Esto también implica un cambio en nuestra relación fundamental con los proveedores de energía, a los que tradicionalmente los consumidores han pagado por el gas y la electricidad suministrados. Con la introducción de los contadores inteligentes, el proceso es más complejo porque el interesado proporcionará a los proveedores información sobre sus hábitos personales.”

(...) En resumen, desde el punto de vista de la protección de datos, el Grupo de Trabajo del artículo 29 desea subrayar que mientras que las ventajas potenciales de estos programas son de amplio alcance y significativas, también pueden conducir a incrementar las cantidades de datos personales tratados, sin precedentes en este sector, y hacer que



los datos personales estén disponibles para una gama más amplia de destinatarios que en la actualidad.”

El dictamen se refiere a los modelos de los distintos Estados Miembros, así en supuestos como el previsto en el marco regulador español, el dictamen señala que “el DSO propietario de la red será el responsable de la instalación y del funcionamiento del sistema de contadores inteligentes. También será responsable de decidir cómo se recogerán, almacenarán y utilizarán los datos. En este modelo, el DSO será también responsable del tratamiento. Cuando los proveedores de energía tienen derecho de acceso a los datos transmitidos por los contadores y los utilizan para sus propios fines (por ejemplo, emitir facturas o asesorar a los consumidores), también son responsables de los datos que están tratando”.

Finalmente, en lo que resulta relevante a los efectos de nuestro análisis, el dictamen 12/2011 se refiere también al posible acceso a los datos por terceros distintos del distribuidor y el comercializador contratado por el consumidor, indicando lo siguiente:

“Es probable que se produzca una participación significativa de terceros y de las ESE en la puesta en práctica y el apoyo al funcionamiento de los contadores inteligentes, y el Grupo de Trabajo cree que ello merece una atención particular. La influencia y participación de terceros varía según los Estados miembros pero es evidente que en el caso más notorio el funcionamiento de la medición inteligente podría dar lugar a intercambios de perfiles energéticos en interés de las partes que desean comercializar servicios de energía.

Se han propuesto técnicas de asistencia al funcionamiento que incluyen la creación de centros de información y comunicaciones que actúen como cauce para todos los participantes que deseen acceder a datos de consumo; un Código del que serían firmantes todas las partes; y una Carta que abarcaría toda la industria. El Grupo de Trabajo desea aclarar que cuanto más invasivo sea el tratamiento, más exigentes deberán ser las garantías. El Grupo de Trabajo ruega urgentemente a los órganos reguladores competentes que opinen sobre la posibilidad de admitir un tratamiento más invasivo.

Todo ello estaría basado en el consentimiento de consumidor, y la industria garantizaría que el interesado está en condiciones de dar su consentimiento con conocimiento de causa. El Grupo de Trabajo desea aclarar que sería inaceptable que terceros trataran datos detallados del consumo energético del interesado sin el conocimiento ni el consentimiento de éste.”



De este modo, el Grupo de Autoridades de Protección de Datos ha considerado que el tratamiento de los datos referidos a la curva de carga horaria resulta especialmente sensible en cuanto que implica el acceso a otras informaciones ajenas al mero dato del consumo energético, mostrando los hábitos de comportamiento del consumidor y permitiendo la elaboración de perfiles relacionados con su conducta, que exceden del mero conocimiento de sus consumos para afectar a su esfera más privada. Por este motivo, el Grupo considera que en tanto no exista una relación que vincule al consumidor con el responsable del tratamiento (el distribuidor en todo caso y el comercializador con el que suscriba el suministro) el acceso a la información debería fundarse en el consentimiento inequívoco del afectado, que tenga pleno conocimiento y efectivamente acepte que terceros puedan acceder a informaciones que revelarán un perfil mucho más completo de sus hábitos de consumo energético.

Por ello, debe entenderse que no existe una habilitación legal para el acceso a los datos asociados a la curva de carga horaria de quienes no fueran clientes de la comercializadora. Por ello, esta Agencia coincide plenamente con el texto sometido a informe en considerar que cualquier cesión a terceros de estos datos deberá quedar sometida al previo consentimiento del interesado, considerándose igualmente que la exigencia de consentimiento expreso se encuentra plenamente justificada en este caso, habida cuenta de lo invasivo de la cesión de los mencionados datos.

Por otra parte, el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”. Por este motivo, y dada la injerencia que supone el tratamiento de estos datos en la esfera privada del consumidor, conforme a lo que ha venido indicándose, se considera adecuada la referencia expresa a este principio de finalidad en el penúltimo párrafo de la disposición adicional. No obstante, a efectos de lograr una plena coherencia entre lo dispuesto en el Proyecto y en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica, **se propone reemplazar la referencia a “la normativa vigente” por otra efectuada a “la Ley”.**

También en relación con este penúltimo párrafo sería conveniente completar la referencia a la garantía de la confidencialidad de los datos, haciendo expresa referencia al derecho fundamental a la protección de datos. De este modo, se propone completar el primer inciso de ese párrafo indicando que “El comercializador será plenamente responsable de garantizar la confidencialidad de la información sobre la curva de carga horaria de sus clientes, **conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (...)**”



En cuanto a la periodicidad del consentimiento, se considera adecuada, toda vez que refuerza la exigencia contenida en el artículo 3 h) de la Ley Orgánica 15/1999 de que el consentimiento sea “libre, inequívoco, específico e informado”, evitando que consentimientos prestados en el pasado surtan un efecto indefinido hacia el futuro.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad a la que se refiere el último párrafo de la disposición adicional tercera, es preciso señalar que en los supuestos en que el comercializador encomiende a un tercero la gestión de la facturación, éste último tendrá la condición de encargado del tratamiento del comercializador, accediendo a los datos por cuenta de éste. Por ello, la relación entre ambos deberá someterse a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo. Por este motivo, sería necesario completar el último inciso de lo dispuesto en este párrafo señalando que “en estos supuestos, el comercializador habrá de establecer con dicha entidad los pactos que en cada caso se puedan requerir, **así como el contrato al que se refiere el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre**”.

Esta última referencia deberá igualmente incorporarse al párrafo segundo del artículo 26.2 del Real decreto 1110/2007, de 24 de agosto, en la redacción que al mismo da el apartado tres del artículo 6 del Proyecto sometido a informe.