

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos relativo a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la integridad y la transparencia del mercado de la energía

(2011/C 279/03)

EL SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 16,

Vista la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, sus artículos 7 y 8,

Vista 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 ⁽¹⁾,

Visto el Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos ⁽²⁾, y en particular el artículo 41.

HA ADOPTADO EL SIGUIENTE DICTAMEN:

I. INTRODUCCIÓN

1. El 8 de diciembre de 2010, la Comisión Europea adoptó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la integridad y la transparencia del mercado de la energía ⁽³⁾ (en adelante, la «propuesta»).
2. La Comisión no efectuó consulta al SEPD, contrariamente a lo estipulado en el artículo 28, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 45/2001. El SEPD ha adoptado por iniciativa propia el presente dictamen, sobre la base del artículo 41, apartado 2, de dicho Reglamento. El SEPD es consciente de que la presente recomendación interviene en una fase tardía del proceso legislativo, pero considera adecuado y conveniente emitir el presente dictamen, en la medida en que la propuesta puede repercutir significativamente sobre el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales. En el preámbulo de la propuesta deberá incluirse una referencia al presente dictamen.
3. El objetivo principal de la propuesta es evitar la manipulación del mercado y las operaciones de agentes que disponen de información privilegiada en los mercados mayoristas de la energía (gas y electricidad). La integridad y la transparencia de los mercados mayoristas en los que se negocian el gas y la electricidad entre las empresas productoras de energía y los agentes que la comercializan, influyen considerablemente en los precios que deben abonar finalmente los consumidores.

4. A este fin, la propuesta tiene por objeto establecer un marco normativo a nivel europeo destinado a evitar que los comercializadores utilicen información privilegiada en su propio beneficio y manipulen el mercado empujando a un alza artificial de los precios por encima de un nivel que no se justificaría ni por la disponibilidad, ni por los costes de producción, ni por la capacidad de transporte o almacenamiento de la energía. Las normas propuestas prohíben en particular:

- la utilización de información privilegiada en el marco de la compra o la venta de energía a nivel del mercado mayorista; la información exclusiva y susceptible de influir sobre los precios deberá divulgarse antes de proceder a la comercialización,
- las transacciones que proporcionen indicios falsos o engañosos en relación con la oferta, la demanda o el precio de los productos energéticos al por mayor, y
- la divulgación de informaciones falsas o la propagación de rumores que proporcionen indicios engañosos sobre estos productos.

5. Corresponderá a la Agencia Europea de Cooperación de los Reguladores de la Energía (la «ACER») ⁽⁴⁾ la supervisión del mercado a nivel europeo con el fin de detectar prácticas que puedan suponer una infracción de dichas prohibiciones.
6. En virtud de la propuesta, la ACER tendrá oportunamente acceso a la información sobre las transacciones efectuadas en los mercados mayoristas de la energía, y en particular las informaciones relativas al precio, el volumen de energía comercializada y las partes implicadas. Este corpus de información será compartido igualmente con los reguladores nacionales, que procederán a partir de ese momento a investigar los supuestos abusos. En aquellos casos que tengan una incidencia transfronteriza, la ACER estará facultada para coordinar las investigaciones. Las autoridades reguladoras nacionales tendrán capacidad sancionadora.
7. La propuesta se suma a un amplio número de propuestas legislativas adoptadas recientemente y que tienen por objeto apuntalar el dispositivo de supervisión financiera en vigor, así como mejorar la coordinación y la cooperación a nivel comunitario, en particular la Directiva sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (la «MAD») ⁽⁵⁾, y la Directiva sobre mercados de

⁽¹⁾ DO L 281 de 23.11.1995, p. 31 (en adelante, la «Directiva 95/46/CE»).

⁽²⁾ DO L 8 de 12.1.2001, p. 1 [en adelante, el «Reglamento (CE) n° 45/2001»].

⁽³⁾ COM(2010) 726 final.

⁽⁴⁾ La ACER es un organismo de la Unión Europea creado en 2010. Su misión consiste en ayudar a las autoridades nacionales encargadas de la regulación de la energía en el ejercicio, a escala europea, de las funciones reguladoras desempeñadas por dichas autoridades en los Estados miembros y, de ser preciso, coordinar sus actuaciones.

⁽⁵⁾ Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), DO L 96 de 12.4.2003, p. 16.

instrumentos financieros (la «MiFID») ⁽¹⁾. El SEPD ha formulado recientemente comentarios sobre varias de estas propuestas ⁽²⁾.

II. COMENTARIOS Y RECOMENDACIONES DEL SEPD

8. La propuesta contempla una serie de disposiciones relativas a la protección de datos de carácter personal:

- los artículos 6 a 8 sobre control del mercado y comunicación,
- el artículo 9 sobre «protección de datos y fiabilidad operativa»,
- los artículos 10 y 11 sobre investigación y ejecución, y
- el artículo 14 sobre «relaciones con terceros países».

II.1. Control del mercado y comunicación (artículos 6 a 8)

Disposiciones pertinentes

9. La propuesta parte como premisa de que, para detectar un abuso en el mercado (i), se precisa de un sistema eficaz de control del mercado que permita acceder oportunamente a toda la información relativa a la transacción y que (ii) este sistema debe incluir la supervisión a nivel de la UE. A la vez, el Reglamento propuesto prevé que la Agencia recole, revise y comparta (con las autoridades nacionales y europeas pertinentes) un vasto corpus de información procedente de los mercados mayoristas de la energía.
10. En particular, el Reglamento propuesto insta a los agentes que participan en el mercado a proporcionar a la ACER un «listado de sus transacciones» relativas a los productos energéticos al por mayor. Además del listado de transacciones, los agentes que participan en el mercado también estarán obligados a proporcionar a la ACER información relacionada con la «capacidad de las instalaciones de producción, almacenamiento, consumo o transporte de electricidad o gas natural».
11. La forma y el contenido de la comunicación, así como el calendario para su presentación, serán precisados en los actos delegados de la Comisión.

Comentarios y recomendaciones del SEPD

12. Considerando que la propuesta confía en los actos delegados la misión de definir el contenido de las informaciones

⁽¹⁾ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, DO L 145 de 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ Para más información sobre el contexto más amplio de las propuestas legislativas relacionadas, véase el Dictamen del SEPD sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derivados OTC, las contrapartes centrales y los registros de operaciones, emitido el 19 de abril de 2011; en particular los puntos 4, 5 y 17-20.

que habrán de recopilarse en el marco de este ejercicio de control y de comunicación, no cabe excluir la posibilidad de que dicha comunicación implique los datos personales, es decir toda información sobre una persona física identificada o identificable ⁽³⁾: lo que, en virtud de la legislación comunitaria en vigor, solo estará permitido en los casos necesarios y cuando no resulte desproporcionado para el fin específico que se persiga ⁽⁴⁾. En consecuencia, el Reglamento deberá especificar claramente si los registros que a efectos de control deban llevarse de transacciones efectuadas y capacidades acumuladas podrán incluir los datos personales ⁽⁵⁾.

13. Si está previsto el tratamiento de datos de carácter personal, podrán exigirse salvaguardias específicas, por ejemplo en lo que se refiere a los usos autorizados, el período de conservación y la naturaleza de los posibles destinatarios. Teniendo en cuenta su carácter esencial, estas salvaguardias de protección de datos deberán quedar directamente definidas en el texto del Reglamento propuesto y no en actos delegados.

14. Si, por el contrario, no está previsto el tratamiento de datos personales (o si dicho tratamiento no se produjera sino a título excepcional y se limitara a ocasiones excepcionales, en las que quien comercializase al por mayor la energía fuese una persona física y no una persona jurídica), esto deberá quedar claramente establecido en la propuesta, o al menos en un considerando.

II.2. Protección de datos y fiabilidad operativa (artículo 9)

Disposiciones pertinentes

15. El artículo 9, apartado 1, exige a la ACER que «garantice la confidencialidad, la integridad y la protección de la información recibida en virtud del artículo 7» (es decir, los registros de transacciones efectuadas y la información sobre capacidad acumulada y recopilada en el marco del ejercicio de control del mercado). El artículo 9 establece asimismo que, «si procede», la ACER «cumplirá» lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 45/2001 cuando proceda al tratamiento de datos personales en virtud del artículo 7.
16. Además, el artículo 9, apartado 1, establece que la ACER «determinará las fuentes de riesgo operativo y las reducirá al mínimo mediante el desarrollo de sistemas, controles y procedimientos adecuados».
17. Por último, el artículo 9, apartado 2, permite a la ACER publicar parte de la información que posea, «siempre que no se divulgue información comercial sensible sobre otros participantes en el mercado concreto o transacciones específicas».

⁽³⁾ Véanse el artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46/CE y el artículo 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 45/2001.

⁽⁴⁾ Véanse el artículo 6, apartado 1, letra c), y el artículo 7, letra c), de la Directiva 95/46/CE y el artículo 4, apartado 1, letra c), y el artículo 5, letra b), del Reglamento (CE) n° 45/2001.

⁽⁵⁾ El artículo 9, apartado 1, de la propuesta — que hace referencia al Reglamento (CE) n° 45/2001 — sugiere que esto podría darse aunque no ofrece más detalles. Sobre esta cuestión, véase el apartado II.2 del presente dictamen.

Comentarios y recomendaciones del SEPD

18. El SEPD acoge con satisfacción el hecho de que el artículo 9 esté consagrado, en parte, a la protección de datos y de que el Reglamento propuesto obligue específicamente a la ACER a cumplir el Reglamento (CE) n° 45/2001.
- a) Aplicabilidad del Reglamento (CE) n° 45/2001 y de la Directiva 95/46/CE
19. Constatado esto, el SEPD subraya el hecho de que, en virtud del presente reglamento, la Agencia está sometida al Reglamento (CE) n° 45/2001 en su totalidad cada vez que proceda al tratamiento de datos personales. Por lo tanto, la propuesta debería mencionar que el Reglamento (CE) n° 45/2001 será aplicable a la ACER no solo cuando proceda al tratamiento de los datos con arreglo al artículo 7 sino también en cualquier otro tipo de circunstancias: fundamentalmente, en aquellas situaciones no menos importantes en las que la ACER trate datos personales relativos a abusos del mercado o a presuntas infracciones en virtud del artículo 11. Además, para ser más precisos, el SEPD recomienda sustituir la expresión «si procede», para describir las situaciones que obligan a la ACER a cumplir el Reglamento (CE) n° 45/2001, por la formulación «siempre que se traten datos personales».
20. También debería hacerse mención a la Directiva 95/46/CE, en la medida en que esta Directiva es aplicable al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades reguladoras nacionales pertinentes. De hecho, en aras a la claridad, el SEPD recomienda que el Reglamento propuesto indique, de manera general (al menos en un considerando), que, si bien la ACER está sujeta a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 45/2001, la Directiva 95/46/CE será aplicable a las autoridades reguladoras nacionales afectadas.
- b) Responsabilidad
21. El SEPD ve con agrado el requisito que obliga a la ACER a determinar y reducir al mínimo los riesgos operativos mediante la instauración de sistemas, medios de control y procedimientos adecuados. Para consolidar aún más el principio de rendición de cuentas ⁽¹⁾, si lo que se ha previsto es que el tratamiento de datos personales juegue un papel estructural, el Reglamento propuesto habrá de exigir específicamente que la ACER defina un marco claro de responsabilidades con objeto de velar por el cumplimiento de la protección de datos y que aporte las pruebas de que así es. Este marco claramente definido por la ACER deberá comportar una serie de elementos, como por ejemplo:
- adoptar y actualizar, en su caso, una política de protección de datos sobre la base de una evaluación de impacto (que incluya igualmente una evaluación del riesgo en materia de seguridad). Esta política de protección de datos deberá incluir asimismo un plan de seguridad,
 - realizar auditorías periódicas con el fin de evaluar la adecuación y el respeto de la política de protección de datos (incluida una auditoría del plan de seguridad),
 - publicar (al menos parcialmente) los resultados de dichas auditorías con el fin de garantizar a las partes interesadas el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos, y
 - notificar al RPD de la Comisión, a los particulares afectados y, en su caso, a otras partes interesadas y autoridades las violaciones de datos y otros incidentes que afecten a la seguridad ⁽²⁾.
22. Deberán aplicarse requisitos equivalentes a las autoridades reguladoras nacionales y a otras autoridades comunitarias afectadas.
- c) Publicación de la información por parte de la ACER
23. En relación con el requisito contemplado en el artículo 9, apartado 2, en el sentido de que la ACER debe publicar parte de la información que obre en su poder, el SEPD entiende que esta disposición tiene por objeto no autorizar a la ACER a publicar datos con fines de «estigmatización» y divulgar las infracciones cometidas por empresas o personas físicas.
24. Dicho lo anterior, la propuesta no se pronuncia sobre si existe intención de divulgar públicamente algún tipo de dato personal. Por ello, y con el fin de despejar todo malentendido, el Reglamento propuesto deberá o bien estipular claramente que la información publicada no podrá incluir datos personales de ningún tipo o aclarar, en su caso, los datos personales que puedan divulgarse.
25. Si debieran publicarse datos personales, la necesidad de divulgarlos (por ejemplo, por motivos de transparencia) deberá ser examinada y ponderada cuidadosamente, teniendo en cuenta otros imperativos concurrentes, como la necesidad de proteger el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de las personas físicas afectadas.
26. En consecuencia, toda divulgación deberá ir precedida de una evaluación de proporcionalidad, que tenga en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia Europeo en el asunto *Schecke* ⁽³⁾. En este caso, el TJE subrayó que las excepciones y las limitaciones relativas a la protección de datos personales deben aplicarse únicamente en la medida en que sea estrictamente necesario. El TJE consideró igualmente que las instituciones deben explorar diferentes vías de publicación a fin de encontrar aquellas que fueran

⁽¹⁾ Véase el apartado 7 del Dictamen del SEPD sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea», emitido el 14 de enero de 2011 (http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2011/11-01-14_Personal_Data_Protection_EN.pdf).

⁽²⁾ Véase el apartado 6.3 del Dictamen del SEPD de 14 de enero de 2011 mencionado anteriormente.

⁽³⁾ Sentencia del TJE de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09 (*Schecke y Eifert*); véanse, en particular, los apartados 81, 65 y 86.

coherentes con el objetivo perseguido por una publicación de esta naturaleza y, a la vez, resulten menos lesivas para el derecho de los beneficiarios al respeto a la vida privada, en general, y a la protección de los datos de carácter personal, en particular.

II.3. Poderes de investigación (artículo 10)

Disposiciones pertinentes

27. La propuesta prevé que el control del mercado vaya seguido de una investigación cuando se sospeche de un abuso de mercado y ello pueda conducir a la aplicación de las sanciones adecuadas. El artículo 10, apartado 1, en particular, exige a los Estados miembros que otorguen a las autoridades reguladoras nacionales los poderes necesarios para garantizar que se aplican las disposiciones del Reglamento relativas a la información privilegiada y la manipulación del mercado ⁽¹⁾.

Comentarios y recomendaciones del SEPD

28. El SEPD acoge con satisfacción las precisiones contempladas en el artículo 10, apartado 1, en el sentido de que (i) los poderes de investigación se ejercerán (únicamente) para garantizar que se apliquen las disposiciones del Reglamento relativas a la información privilegiada y a la manipulación del mercado (artículos 3 y 4), y que (ii) estos poderes se ejercerán de forma proporcionada.
29. Dicho lo anterior, la propuesta debería dar un paso más allá y garantizar la seguridad jurídica y un nivel adecuado de protección de los datos de carácter personal. Como se explicará a continuación, el texto del artículo 10 comporta dos problemas principales en los términos en los que ha sido propuesto. En primer lugar, el artículo 10 no especifica con la suficiente claridad el ámbito de aplicación de los poderes de investigación; por ejemplo, no queda claro si podrán requerirse los registros de datos telefónicos privados ni si podrá realizarse una inspección *in situ* en un domicilio particular. En segundo lugar, el artículo 10 no prevé tampoco las garantías procesales necesarias contra el riesgo de invasión injustificada de la intimidad o el uso indebido de los datos de carácter personal; por ejemplo, no exige un mandato judicial.
30. Tanto la determinación del ámbito de aplicación de los poderes de investigación como de las garantías necesarias queda verosímilmente en manos de la legislación nacional. De hecho, el artículo 10, apartado 1, deja abiertas múltiples opciones a los Estados miembros al establecer que los poderes de investigación «podrán ejercerse (a) directamente, (b) en colaboración con otras autoridades u organismos de los mercados, o (c) mediante solicitud a las autoridades judiciales competentes». Esto parece refrendar la posibilidad de prácticas nacionales divergentes, por ejemplo, respecto de si se exigirá una orden de una autoridad judicial y en qué circunstancias.

⁽¹⁾ Es importante destacar que el Reglamento propuesto no otorga poderes de investigación similares a la ACER. Dichos poderes tampoco están previstos para la ACER en el Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, DO L 211 de 14.8.2009, p. 1.

31. Aunque las legislaciones nacionales pueden ya establecer garantías de protección de datos adecuadas, con el fin de asegurar la seguridad jurídica a los interesados, deben hacerse determinadas aclaraciones y establecerse ciertos requisitos mínimos a nivel europeo en relación con las garantías procesales y de protección de datos en el Reglamento propuesto, tal como se debatirá a continuación.

32. Como principio general, el SEPD destaca que, cuando la legislación europea exija a los Estados miembros adoptar medidas a escala nacional que afecten a los derechos fundamentales (tales como los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales), la legislación deberá asimismo exigir que se adopten junto a las medidas restrictivas, medidas efectivas que garanticen la protección de los derechos fundamentales en cuestión. En otras palabras, la armonización de medidas potencialmente intrusivas, como los poderes de investigación, deberá ir acompañada de la armonización de las garantías procesales y las relativas a la protección de datos fundadas en las mejores prácticas.

33. Tal enfoque podría contribuir a evitar que las disparidades entre los diversos países fueran demasiado grandes a escala nacional y a garantizar un nivel mayor y más uniforme de protección de los datos personales en toda la Unión Europea.

34. Si no fuera factible la armonización de las garantías mínimas en esta fase, el SEPD recomienda, como mínimo, que el Reglamento propuesto exija específicamente a los Estados miembros que adopten medidas de transposición nacionales que aseguren las necesarias garantías procesales y de protección de datos. Esto es lo más importante ya que el tipo de acto jurídico elegido es la figura de un Reglamento, que es directamente aplicable y que, por norma general, no precisará sistemáticamente medidas de transposición suplementarias a nivel de los Estados miembros.

II.4. Inspecciones *in situ* [artículo 10, apartado 2, letra c)]

Disposiciones pertinentes

35. La propuesta exige que los poderes de investigación que deban conferirse a las autoridades reguladoras nacionales incluyan específicamente el derecho a de realizar inspecciones *in situ* [artículo 10, apartado 2, letra c)].

Comentarios y recomendaciones del SEPD

36. No queda claro si estas inspecciones se limitarán a las propiedades comerciales (instalaciones, terrenos y vehículos) de un agente que participa en el mercado o si también podrán llevarse a cabo en propiedades privadas (instalaciones, terrenos y vehículos) de personas físicas. Se ignora también si las inspecciones podrán llevarse a cabo sin previo aviso («visitas no anunciadas»).

37. Si la Comisión prevé exigir a los Estados miembros que autoricen a las autoridades reguladoras la realización de inspecciones *in situ* de las propiedades particulares de personas físicas, o realizar visitas no anunciadas, esto deberá, antes que nada, quedar claramente especificado.

38. En segundo lugar, el SEPD también destaca que la proporcionalidad de las inspecciones *in situ* en una propiedad particular (como los domicilios particulares de personas físicas) está lejos de ser obvia y que, en caso de estar prevista, deberá estar específicamente justificada.
39. En tercer lugar, en este caso también serán necesarias garantías adicionales, en especial relacionadas con las condiciones en que se llevarán a cabo dichas inspecciones. Por ejemplo, a título de ejemplo, la propuesta debería especificar que una inspección *in situ* únicamente puede realizarse en el domicilio de una persona física si existe una sospecha razonable y específica de que se guardan pruebas en el mismo, que sean pertinentes para demostrar una grave vulneración de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Reglamento (es decir, las disposiciones relativas a la prohibición de información privilegiada y de manipulación del mercado). Es importante que la propuesta exija asimismo una orden judicial en todos los Estados miembros ⁽¹⁾.
40. En cuarto lugar, para garantizar la proporcionalidad y evitar una injerencia excesiva en la vida privada, las inspecciones sin previo aviso en los domicilios particulares deberán estar sujetas a una condición adicional de que, si se tratara de una visita previamente anunciada, podrían destruirse o manipularse las pruebas. Esto debería quedar claramente estipulado en el Reglamento propuesto.

II.5. Poderes para solicitar «registros existentes sobre tráfico de datos y sobre datos telefónicos» [artículo 10, apartado 2, letra d)]

Disposiciones pertinentes

41. El artículo 10, apartado 2, letra d), obliga a que las competencias de las autoridades reguladoras nacionales incluyan específicamente el derecho a «solicitar registros existentes sobre tráfico de datos y sobre datos telefónicos».

Comentarios y recomendaciones del SEPD

42. El SEPD reconoce la importancia que revisten los registros sobre tráfico de datos y sobre datos telefónicos en los casos de información privilegiada, en particular, con el fin de establecer un vínculo entre aquellos particulares que disponen de información privilegiada y los operadores. Dicho lo anterior, no se precisa suficientemente el ámbito de aplicación de este derecho ni se especifican tampoco garantías procesales y de protección de datos adecuadas. Por tanto, el SEPD recomienda clarificar la propuesta en los términos que se indican a continuación. En particular, deben aclararse las siguientes cuestiones:
- a) ¿Qué tipo de registros sobre tráfico de datos y sobre datos telefónicos podrán exigirse?
43. En aras a la seguridad jurídica, la propuesta debería clarificar, antes que nada, los tipos de registros que, en su caso, podrán solicitar las autoridades.
44. La propuesta debería limitar de manera precisa el ámbito de aplicación de los poderes de investigación por lo que se

refiere (i) al contenido de los registros de datos de tráfico, datos telefónicos y del correo electrónico que los operadores ya recopilan de manera rutinaria y legal por motivos comerciales para disponer de pruebas de las transacciones, y (ii) a los datos del tráfico (por ejemplo, quién ha realizado la llamada o ha enviado la información, a quién y cuándo) que ya están disponibles directamente de los agentes que participan en el mercado (operadores) afectados.

45. Además, la propuesta deberá especificar asimismo que los registros deben recopilarse para un fin legítimo y conforme con la legislación aplicable en materia de protección de datos, incluso proporcionar información adecuada a los interesados con arreglo a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Directiva 95/46/CE.

b) ¿A qué hace referencia el adjetivo «existentes»?

46. El SEPD se felicita de que la propuesta limite este poder a los registros «existentes» y, en consecuencia, no contemple un derecho de las autoridades reguladoras que obligue al operador o al tercero a interceptar, controlar, registrar el tráfico de datos y de datos telefónicos específicamente a efectos de la investigación.

47. Sin embargo, con el fin de despejar cualquier duda, esta intención debería clarificarse, cuando menos, en un considerando. Habría de evitarse el dejar la menor posibilidad de que Reglamento propuesto se interprete como una base jurídica que habilita a las autoridades reguladoras nacionales a interceptar, control o registrar las comunicaciones telefónicas o de datos, ya sea abiertamente o no, con o sin mandato.

c) ¿Puede solicitarse el contenido del tráfico de datos tanto como el de las comunicaciones telefónicas o sólo los datos relativos al tráfico de datos?

48. El texto de la propuesta hace referencia a los «registros existentes sobre tráfico de datos y sobre datos telefónicos». No queda lo suficientemente claro si podrán exigirse ambos contenidos de las comunicaciones telefónicas y de datos existentes o solo los datos del tráfico (por ejemplo, quién ha realizado la llamada o ha enviado la información, a quién y cuándo).

49. Las disposiciones del Reglamento propuesto deben aclarar más esta cuestión. Tal como se ha discutido en los puntos 43 a 45, debe especificarse claramente qué tipo de registros podrán solicitarse y deberá garantizarse que dichos registros se recopilen de conformidad con la legislación de protección de datos aplicable en primer lugar.

d) ¿Pueden solicitarse registros a los proveedores de servicios de Internet y a las empresas de telecomunicaciones?

50. La propuesta debe especificar inequívocamente a qué entidades pueden solicitar registros las autoridades reguladoras nacionales. En este sentido, el SEPD considera que el artículo 10, apartado 2, letra d), no tiene por vocación permitir que las autoridades nacionales soliciten a los

⁽¹⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Funke/Francia* (asunto nº 82/1991/334/407), de 25 de febrero 1993, apartados 55 a 57.

proveedores «servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público» ⁽¹⁾ (como las compañías telefónicas o los proveedores de acceso a Internet) o datos relativos al tráfico.

51. En efecto, la propuesta no hace ninguna alusión a tales proveedores y tampoco utiliza la expresión «datos de tráfico». Es importante señalar que tampoco se hace referencia, implícita ni explícitamente, al hecho de que se busque una excepción a los requisitos establecidos en la Directiva sobre privacidad ⁽²⁾, que establece el principio general de que los datos de tráfico solo podrán tratarse para fines de facturación y para los pagos por interconexión.

52. Para evitar todo malentendido, el SEPD recomienda mencionar explícitamente en el texto del reglamento propuesto, o al menos en un considerando, el hecho de que la propuesta no podrá constituir un fundamento jurídico que permita solicitar informaciones a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público.

e) ¿Pueden solicitarse registros a terceros?

53. Asimismo, la propuesta debe aclarar si las autoridades reguladoras nacionales sólo podrán solicitar registros de un agente en el mercado objeto de investigación o si también están facultadas para solicitar los registros de terceros (como una parte en una transacción efectuada por el agente que participa en el mercado y es objeto de investigación, o un hotel en el que se haya alojado una persona física sospechosa de tener información privilegiada).

f) ¿Pueden solicitarse registros privados?

54. Por último, la propuesta también deberá indicar claramente si las autoridades estarán igualmente habilitadas para solicitar registros privados de particulares, como empleados o personal directivo del agente que participa en el mercado y es objeto de investigación (por ejemplo, mensajes de texto enviados desde dispositivos móviles personales o el historial de navegación en Internet guardado en su ordenador personal).

55. La proporcionalidad de la solicitud de registros privados es cuestionable y, de preverse tal eventualidad, deberá ser necesaria una justificación específica.

56. Como en el caso de las inspecciones *in situ* (véanse los apartados 35 a 40 precedentes), la propuesta debería exigir un mandato judicial así como otras garantías suplementarias específicas cuando las autoridades soliciten registros privados.

⁽¹⁾ Véase el artículo 2, letra c), de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

⁽²⁾ Véase el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, DO L 201 de 31.7.2002, p. 37.

II.6. Comunicación de supuestos abusos del mercado (artículo 11): limitación a una finalidad específica y conservación de datos

Disposiciones pertinentes

57. Por lo que se refiere a la cooperación transfronteriza, se confía a la Agencia el importante papel de alertar a las autoridades reguladoras nacionales sobre un posible abuso del mercado y de facilitar el intercambio de información. Para facilitar la cooperación, el artículo 11, apartado 2, también obliga específicamente a las autoridades reguladoras nacionales a informar a la ACER «de la manera más precisa posible» cuando tengan buenos motivos para sospechar de alguna infracción a lo dispuesto en el Reglamento propuesto. Para garantizar un enfoque coordinado, el artículo 11, apartado 3, exige igualmente el intercambio de información entre las autoridades reguladoras nacionales, las autoridades financieras competentes, la ACER, así como la Autoridad Europea de Valores y Mercados (la «AEVM») ⁽³⁾.

Comentarios y recomendaciones del SEPD

58. Conforme al principio de limitación a una finalidad específica ⁽⁴⁾, la propuesta deberá estipular explícitamente que los datos personales transmitidos sobre la base del artículo 11 del Reglamento propuesto (informes sobre supuestos abusos del mercado) solo podrán utilizarse con fines de investigación del supuesto abuso de mercado notificado. En ningún caso, la información se utilizará para fines incompatibles con dicha finalidad.

59. Los datos tampoco deben conservarse durante períodos prolongados, lo que aún será más pertinente en aquellos casos en los que pueda demostrarse que la sospecha inicial no tiene ningún fundamento. En estos casos, debe justificarse específicamente una conservación más prolongada ⁽⁵⁾.

60. En este sentido, la propuesta debería fijar en primer lugar una duración máxima durante la cual la Agencia y otros destinatarios que hubieran recibido la información podrían conservar los datos, en lo relativo a los fines del almacenamiento de datos. Salvo en caso de que un supuesto abuso de mercado hubiese generado una investigación específica y dicha investigación estuviera todavía en curso, todos los datos de carácter personal relacionados con dicho abuso deberán ser eliminados de los registros de todos los

⁽³⁾ La AEVM es una autoridad europea independiente que contribuye a salvaguardar la estabilidad del sistema financiero de la Unión Europea garantizando la integridad, la transparencia, la eficiencia y el correcto funcionamiento de los mercados de valores, así como una mejor protección de los inversores.

⁽⁴⁾ Véanse el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 95/46/CE y el artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n° 45/2001.

⁽⁵⁾ A modo de ejemplo, el SEPD menciona en este contexto el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *S y Marper/Reino Unido (2008)* (4 de diciembre de 2008) (Demandas n° 30562/04 y 30566/04), según el cual la conservación de datos a largo plazo de personas no condenadas por un delito constituía una violación de su derecho a la intimidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

destinatarios una vez concluido un plazo determinado. Salvo que estuviera justificado un período de conservación más prolongado, el SEPD considera que la supresión deberá llevarse a efecto, como máximo, dos años después de la fecha de notificación de la sospecha ⁽¹⁾.

61. Si una sospecha se revelase infundada y/o se archivase una investigación sin adoptar ninguna acción ulterior, la propuesta deberá obligar a la autoridad reguladora en el origen de la notificación, a la ACER y a cualquier tercera parte que pudiera tener acceso a la información relativa a la sospecha de abuso del mercado, a que informen rápidamente a las partes con el fin de que puedan actualizar sus propios registros (y/o suprimir de sus registros la información relativa a la sospecha notificada con efecto inmediato o tras un período de conservación proporcionado, según el caso). ⁽²⁾
62. Estas disposiciones deberían ayudar a garantizar que, en los casos en que la sospecha no hubiera sido confirmada (o ni siquiera se hubiera investigado posteriormente), o cuando se hubiera demostrado que la sospecha carecía de fundamento, las personas físicas inocentes no deberán conservarse en una «lista negra» ni permanecer «bajo sospecha» durante un período excesivamente largo [véase el artículo 6, letra e), de la Directiva 95/46/CE y el correspondiente artículo 4, letra e), del Reglamento (CE) n° 45/2001].

II.7. Transmisiones de datos a terceros países (artículo 14)

Disposiciones pertinentes

63. Los artículos 7, 8 y 11 del Reglamento propuesto establecen los intercambios de datos y de información entre la ACER, la AEVM y las autoridades de los Estados miembros. El artículo 14 («relaciones con terceros países») establece que la ACER «podrá celebrar acuerdos administrativos con organizaciones internacionales y con Administraciones de terceros países». Esto podrá conducir a la transferencia de datos personales desde la ACER, y posiblemente también desde la AEVM y/o las autoridades de los Estados miembros a organizaciones internacionales y autoridades de terceros países.

Comentarios y recomendaciones del SEPD

64. El SEPD recomienda que el artículo 14 de la propuesta precise claramente que las transmisiones de datos de carácter personal pueden efectuarse únicamente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento (CE) n° 45/2001 y los artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE. En particular, las transferencias internacionales podrán tener lugar únicamente si en el país tercero en cuestión se garantiza un nivel de protección adecuado, o si se trata de entidades o personas físicas de un país tercero que no ofrece una protección adecuada si el responsable del tratamiento alega las garantías adecuadas en relación con la protección de la

privacidad y los derechos fundamentales, así como las libertades de las personas físicas y el ejercicio de los correspondientes derechos.

65. El SEPD destaca que las excepciones (tales como las que se mencionan en el artículo 9, apartado 6, del Reglamento (CE) n° 45/2001 y el artículo 26, apartado 1, de la Directiva) no deben utilizarse, en principio, para justificar transferencias masivas, sistemáticas y/o estructurales de datos a terceros países.

II.8. Control previo de las actividades de coordinación de la ACER en relación con las investigaciones

66. Algunos de los datos compartidos entre la ACER, la AEVM y diversas autoridades en los Estados miembros respecto de las supuestas infracciones pueden incluir datos personales como la identidad de los supuestos autores o de otras personas físicas implicadas (por ejemplo, testigos, denunciantes, empleados u otras personas físicas que actúan en nombre de las empresas implicadas en la comercialización).
67. El artículo 27, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 45/2001 establece que «los tratamientos que puedan suponer riesgos específicos para los derechos y libertades de los interesados en razón de su naturaleza, alcance u objetivos estarán sujetos a control previo por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos». El artículo 27, apartado 2, confirma específicamente que «los tratamientos de datos relativos a “sospechas” e “infracciones”» presentan dichos riesgos y exigen un control previo. Considerando el papel previsto para la ACER en la coordinación de las investigaciones, parece probable que trate datos relativos a «sospechas» y, de este modo, sus actividades estarán sujetas a un control previo ⁽³⁾.
68. En el marco de un procedimiento de control previo, el SEPD podrá proporcionar a la ACER otras directrices y recomendaciones específicas respecto del cumplimiento de las normas de protección de datos. El control previo de las actividades de la ACER podrá también aportar un valor añadido considerando el hecho de que el Reglamento (CE) n° 713/2009, que establecía que la ACER no incluía ninguna referencia a la protección de datos personales, no se ha sometido a un dictamen legislativo del SEPD.

III. CONCLUSIONES

69. La propuesta debería clarificar si es posible el tratamiento de los datos de carácter personal en un contexto de supervisión del mercado y notificación y que garantías serán aplicables. Si, por el contrario, no está previsto tratamiento alguno de los datos de carácter personal (o si dicho tratamiento no se llevase a la práctica sino a título excepcional y limitado a aquellos casos infrecuentes en que el comercializador al por mayor de la energía fuera una persona física más que una persona jurídica), esto debería quedar establecido claramente en la propuesta, al menos en un considerando.

⁽¹⁾ Cuando se demuestra que una sospecha está bien fundada y conduce a una investigación finalizada con éxito, la propuesta deberá establecer un período de conservación específico — no excesivo — después del cierre de la investigación.

⁽²⁾ Esta información también deberá facilitarse a los interesados afectados.

⁽³⁾ Cabe destacar que el tratamiento de datos llevado a cabo por las autoridades nacionales podrá también estar sujeto a un control previo por parte de las autoridades de protección de datos nacionales o regionales en virtud de la legislación nacional de protección de datos adoptada con arreglo al artículo 20 de la Directiva 95/46/CE.

70. Las disposiciones relativas a la protección de datos, la seguridad de los datos y la responsabilidad deberán clarificarse y reforzarse, especialmente si el tratamiento de datos personales pudiera jugar un papel más estructural. La Comisión debe velar por la adopción de los controles adecuados que garanticen el cumplimiento de la protección de datos y acreditarlo mediante prueba («responsabilización»).
71. La propuesta debe precisar si las inspecciones *in situ* se limitarían a las instalaciones comerciales (locales y vehículos) del agente del mercado o si también se aplicarán a la propiedad particular (instalaciones o vehículos) de las personas físicas. En este último caso, la necesidad y la proporcionalidad de este poder debe justificarse claramente y deberá exigirse una orden judicial y otras garantías, lo cual deberá establecerse de manera explícita en el Reglamento propuesto.
72. Debe aclararse el ámbito de aplicación del derecho de solicitar «registros telefónicos y sobre datos intercambiados». La propuesta debe especificar de manera inequívoca qué registros pueden solicitarse y ante quién. El hecho de que no puedan solicitarse datos de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público deberá ser mencionado explícitamente en el texto del Reglamento propuesto, al menos en un considerando. La propuesta también debe aclarar si las autoridades podrán asimismo solicitar registros privados de particulares, como empleados o personal ejecutivo de aquel agente en el mercado que sea objeto de investigación (por ejemplo, mensajes de texto enviados desde dispositivos móviles personales o historial de exploración del uso de Internet registrado en un ordenador personal). Si este es el caso, la necesidad y la proporcionalidad de este derecho deberán justificarse claramente, y la propuesta habrá de requerir igualmente de mandato judicial.
73. Por lo que se refiere a la notificación de un supuesto abuso del mercado, la propuesta deberá estipular explícitamente que los datos de carácter personal incluidos en estos informes se utilicen únicamente para los fines de investigación del supuesto abuso del mercado sobre el que se haya informado. Salvo que un supuesto abuso de mercado haya conducido a una investigación específica y dicha investigación esté todavía en curso (o si una sospecha se ha revelado plenamente fundada y ha conducido a una investigación fructuosa) todos los datos personales relacionados con dicho abuso deberán suprimirse de los registros de todos los destinatarios al cabo de un período de tiempo determinado (salvo excepción debidamente justificada, como máximo dos años después de la fecha en que haya se haya señalado la sospecha). Además, las partes en un intercambio de información deberán asimismo enviarse una información actualizada en caso de que la sospecha se demuestre infundada y/o se haya archivado una investigación sin ninguna otra ulterior.
74. Por lo que se refiere a las transmisiones de datos personales a terceros países, la propuesta debe indicar claramente que, en principio, estas transmisiones podrán destinarse únicamente a entidades o personas físicas de un país tercero que no ofrece una protección adecuada si y solo si el responsable del tratamiento alega las garantías adecuadas en relación con la protección de la privacidad y los derechos fundamentales, así como con las libertades de las personas físicas y el ejercicio de los correspondientes derechos.
75. La ACER deberá presentar al SEPD para un control previo aquellas actividades de tratamiento de datos de carácter personal que se inscriban en el marco de la coordinación de las investigaciones con arreglo al artículo 11 del Reglamento propuesto.

Hecho en Bruselas, el 21 de junio de 2011.

Giovanni BUTTARELLI

Asistente del Supervisor Europeo de Protección de Datos