

Reutilización de información pública y protección de datos personales

Antonio TRONCOSO RAIGADA
Agencia Española de Protección de Datos
antonio.troncoso@madrid.org

Recibido: Junio 2009

Aceptado: Junio 2009

RESUMEN: El artículo analiza en primer lugar cuales son los fundamentos constitucionales de la reutilización de la información pública, vinculándolo principalmente al fomento de la economía de mercado y en menor medida a la transparencia administrativa. En segundo lugar, analiza la protección de datos personales como límite a la reutilización de la información pública, estableciendo que ésta no puede suponer una cesión de datos personales sin consentimiento –ya que no existe una habilitación legal-, siendo la única vía posible en la actualidad la disociación de la información o la utilización de las fuentes accesibles al público.

Palabras clave: Reutilización de información pública, transparencia administrativa, protección de datos personales

Reuse of public information and personal data protection

ABSTRACT: The article analyzes the constitutional basis of the reuse of the public information connecting it mainly to the boost of the market economy and to a lesser extent to the openness. Secondly it analyzes the personal data protection as a limit to the reuse of the public information, establishing that this cannot imply a cession of the personal data without consent –since there is no legal authorization- and nowadays the only possible way is to dissociate the information or to use of the accessible sources to the public.

Keywords: Reuse of public information, openness and personal data protection

Uno de los debates más interesantes que se han desarrollado en los últimos años en torno a la Administración Pública es la posibilidad de que empresas privadas reutilicen la información administrativa para el desarrollo de su actividad comercial, una opción facilitada además por la expansión de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones tanto en el ámbito de la Administración Pública como en las entidades privadas¹. La información en poder de la Adminis-

¹ Cfr. más ampliamente A. CERRILLO y A. GALÁN (coord.), *La reutilización de la información del sector público*, Comares, Granada, 2006; J. TORNOS MAS y A. GALÁN GALÁN, *Comunicación Pública. La información administrativa al ciudadano*, Marcial Pons, 2000. Hay que reconocer también el esfuerzo realizado por el Grupo de Investigación de la Facultad de Ciencias de la Documentación de la Universidad Complutense de Madrid -especialmente Luis Fernando Ramos y Iuliana Botezan-, que ha realizado distintos trabajos sobre las bases de datos de libre acceso de la Administración General del Estado.

tración no es vista únicamente como un elemento indispensable para el desarrollo de su actividad administrativa; es considerada también un importante activo cuya reutilización por parte de empresas privadas puede impulsar la actividad económica y la creación de riqueza. Esto ha dado lugar a la aprobación reciente de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público. Esta Directiva ha obligado a nuestro país a aprobar la Ley 37/2007, de 16 de noviembre sobre reutilización de la información del sector Público. El art. 3.1 de esta Ley define “reutilización” como “el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público por personas físicas o jurídicas con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública”².

Inicialmente puede parecer que la reutilización de la información del sector público tiene semejantes fundamentos constitucionales que la transparencia administrativa. Así lo ha querido ver nuestro legislador cuando en el Preámbulo de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, que reproduce el Considerando 16 de la Directiva 2003/98/CE, resalta su importancia “para los ciudadanos como elemento de transparencia y guía para la participación democrática”. Así, se señala que la “publicidad de todos los documentos de libre disposición que obran en poder del sector público referentes no sólo a los procedimientos políticos, sino también a los judiciales, económicos y administrativos, es un instrumento esencial para el desarrollo del derecho al conocimiento, que constituye un principio básico de la democracia”. De alguna manera, puede afirmarse que la posibilidad que se brinda a todas las empresas privadas de acceder sin ninguna discriminación a la información administrativa para su posterior reutilización favorece la objetividad de la Administración –art. 103 CE- y el derecho a la igualdad de todos frente a las Administraciones Públicas –art. 14 CE-, mejorando la posición de los ciudadanos y de las empresas privadas en su relación con los poderes públicos, evitando las situaciones de asimetría de información y lo que eso conlleva –funcionamiento de *lobbies* y posibilidades de corrupción-. Sin embargo, la reutilización de información del sector público no tiene los mismos fundamentos constitucionales que la transparencia administrativa ya que la primera tiene principalmente una finalidad comercial, no política. De hecho, en la práctica no se reutiliza toda la información administrativa sino sólo aquella por la que tengan interés las empresas privadas. Los datos a cuya reutilización se refiere la Directiva corresponden, entre otros, al ámbito geográfico, turístico, comercial, educativo o del

² Cfr. Comisión Europea, *La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro Verde sobre la información del sector público en la sociedad de la Información*, 1998. Hay que destacar también las Comunicaciones de la Comisión “eEurope 2002. Creación de un marco comunitario para la explotación de la información del sector público” (2001) y la “eEuropa 2005: una sociedad de la información para todos” (2002). También hay que mencionar el esfuerzo que en esta línea de la Dirección General de la Sociedad de la Información y Medios (E4) de la Comisión Europea, en la que se encuentran dos españoles, Javier Hernández Ros – Jefe de Unidad- y Juan Pelegrín, de la Unidad de Bibliotecas Digitales e Información del Sector Público.

tráfico. Además, no debemos olvidar que la Directiva 2003/98/CE tiene como objetivo establecer unos criterios homogéneos de reutilización de la información del sector público en la Unión Europea para permitir el funcionamiento del mercado interior. Esta reutilización, a diferencia de la transparencia administrativa, no está vinculada al ejercicio del derecho fundamental a la participación en asuntos públicos –art. 23 CE-. Tampoco sería una consecuencia de la libertad de expresión y del derecho a solicitar y recibir información –art. 20 CE-, a menos que consideremos que los contenidos de la opinión pública libre están supeditados a lo que interese al mercado. Por tanto, a nuestro juicio, la reutilización de la información del sector público, a diferencia de la transparencia administrativa, no es una consecuencia del Estado democrático –art. 1.1 CE, no es una “guía para la participación democrática” y no es un “instrumento esencial para el desarrollo del derecho al conocimiento, que constituye un principio básico de la democracia”. No puede decirse que la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre sobre reutilización de la información del sector Público supongan un desarrollo del derecho de acceso a documentos públicos previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –art. 42-³ y en las Recomendaciones del Consejo de Europa⁴. Esta Ley no subsana el déficit normativo de nuestro país en materia de transparencia y acceso a información administrativa⁵.

La reutilización de información pública está principalmente orientada a fomentar la economía de mercado, valorando los datos que dispone la Administración como un importante activo económico, como materia prima para nuevos productos y servicios digitales y fuente de información para el comercio electrónico⁶. Las

³ De hecho, países latinoamericanos y del Este de Europa, que presentan grandes avances en transparencia administrativa, no han impulsado de igual manera la reutilización de información pública.

⁴ Recomendación del Consejo de Europa, de 21 de febrero de 2002, sobre acceso a información oficial y Recomendación, de 13 de julio de 2000, sobre política europea en materia de acceso a archivos. En la actualidad se está tramitando un borrador de Convenio del Consejo de Europa sobre esta cuestión.

⁵ Se trata de una Ley comercial –orientada a la dinamización del mercado-, no de una ley de acceso a información administrativa. Posiblemente las menciones a la transparencia administrativa que se encuentran en la Exposición de Motivos de la Ley 37/2006, de 16 de noviembre, provienen de la mala conciencia del gobierno por no haber impulsado todavía –a pesar de los distintos compromisos políticos- una Ley de Acceso a la Información Pública homologable con las del resto de los países occidentales. Esta cuestión ha sido analizada en A. TRONCOSO REIGADA (dir.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008.

⁶ El Grupo del Artículo 29 entiende por comercialización “la intención de los «reutilizados» de generar ingresos directamente o utilizar los datos personales para sus fines generales de márketing. En este sentido, la propuesta de Directiva sobre reutilización habla de «explotación comercial». En el sector público, el riesgo de comercialización de la información reside en la posibilidad de que los organismos del sector público puedan tratar de utilizar la información obtenida con fines particulares para otros fines no relacionados, con el único objetivo de gene-

nuevas tecnologías y canales también requieren de contenidos. La Administración Pública es un gran poseedor de contenidos y de conocimiento⁷, pero carece de visión económica, no está acostumbrado a generar riqueza con ellos. Las Administraciones Públicas pueden ser excelentes en la prestación de servicios de salud, educativos o sociales mientras que el sector privado es más innovador para crear productos y servicios que añadan valor y sean susceptibles de explotación comercial. De esta forma, la reutilización de información pública permite potenciar el desarrollo de empresas que aprovechan información administrativa muy diversa –estadística, de tráfico, geográfica, etc.⁸. La propia Ley 37/2007, de 16 de noviembre, señala en su Exposición de Motivos que “[l]a información generada desde las instancias públicas, con la potencialidad que le otorga el desarrollo de la sociedad de la información, posee un gran interés para las empresas a la hora de operar en sus ámbitos de actuación, contribuir al crecimiento económico y la creación de empleo. [...] [S]e persigue armonizar la explotación de la información en el sector público, en especial la información en soporte digital recopilada por sus distintos organismos relativa a numerosos ámbitos de interés como la información social, económica, jurídica, geográfica, meteorológica, turística, sobre empresas, patentes y educación, etc., al objeto de facilitar la creación de productos y servicios de información basados en documentos del sector público, y reforzar la eficacia del uso transfronterizo de estos documentos por parte de los ciudadanos y de las empresas privadas para que ofrezcan productos y servicios de información de valor añadido”. La Directiva 2003/98/CE trata de armonizar la reutilización de la

rar ingresos”. Cfr. sobre la cuestión el Dictamen 7/2003, sobre reutilización de la información del sector público y la protección de datos personales –En busca del equilibrio-, adoptado el 12 de diciembre de 2003 y accesible en <http://www.europa.eu.int/comm/privacy/>, págs. 9-10.

⁷ La información administrativa como parte del patrimonio de la Administración es una cuestión que ha analizado certeramente A. GALÁN en su “Prólogo” a A. CERRILLO y A. GALÁN (coord.), *La reutilización de la información del sector público*, cit. págs. XI-XVIII, esp. pág. XIV. Esta cuestión la hemos analizado también en A. TRONCOSO REIGADA, “Gestión del conocimiento en las Administraciones Públicas”, en *Gestión del conocimiento y capital intelectual. Experiencias en España*, Euroforum Escorial-Comunidad de Madrid, 1999; id. “Las cartas de servicio: un compromiso con el ciudadano”, en AA.VV., *La mejora de la calidad*, Escuela Riojana de Administración Pública, 2004. págs. 97-106.

⁸ En España hay en la actualidad algunos ejemplos buenos de reutilización de información pública. Así, el Instituto Nacional de Estadística ofrece información estadística a terceras personas, que pueden fácilmente consultar. Por ejemplo, tiene unas 2.000 consultas diarias de personas que quieren saber cuantos alemanes viven en Mallorca para realizar un estudio para la implantación de nuevas empresas –el INE contesta en treinta segundos-. Así, por ejemplo, la Compañía Nokia ha comprado Nafta -Nafta y Tele Atlas son las dos grandes empresas de datos cartográficos que utilizan los navegadores- por 5.700 millones de euros, con la finalidad de tener una base de datos eficaz para el servicio de localización. Sin embargo, los Institutos Geográficos Nacionales contienen un volumen de información muchísimo más importante y muchísimo más detallada de lo que pueda tener la Compañía Nafta. Estos datos los tomos de la intervención de J. HERNÁNDEZ ROS en el IV *Encuentro Europeo de Mejores Prácticas Públicas en Protección de Datos Personales*, celebrado en Madrid el 11 de diciembre de 2007.

información del sector público en la Unión Europea, eliminando las barreras existentes en un mercado europeo fragmentado⁹. Por tanto, los fundamentos constitucionales de la reutilización de la información pública se encontrarían en la obligación de los poderes públicos de atender la modernización y desarrollo de los sectores económicos –art. 130 CE–, facilitando que la información pública sirva como motor del crecimiento económico, así como en la vertiente prestacional de la propia libertad de empresa –art. 38 CE–, que exige un funcionamiento transparente de la economía de mercado y la igualdad de los particulares en el acceso a la información administrativa. La reutilización de la información pública sin discriminación de ningún tipo y sin preferencias para ciertas empresas representa también un avance de alguna manera para la transparencia administrativa¹⁰.

Lógicamente, la reutilización de la información pública no se alcanza con la mera aprobación de una Ley, a pesar de que ésta haya sido un hito importante. La actividad administrativa de poner a disposición de la sociedad una gran cantidad de información para que las empresas añadan valor comercializando productos y servicios exige el establecimiento de plataformas públicas para almacenar la información que sean accesibles a través de Internet, ya que lo que no está en línea no existe¹¹. Es necesario crear organismos responsables a nivel nacional y auto-

⁹ La Comisión Europea ha financiado un proyecto, que ha mostrado que en muchos países de la Unión Europea todavía los registros públicos sólo están disponibles para nacionales y no para el resto de ciudadanos de la Unión Europea. Gerhard Wagner, de ePSIplus Network, ha creado una red temática que trata de supervisar la implementación de la Directiva, identificando barreras y conflictos, aumentando la concienciación del sector público en este punto.

¹⁰ Así, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, al regular los aspectos básicos del régimen jurídico de la reutilización –art. 4.3, indica que las Administraciones y organismos del sector público podrán optar por permitir la reutilización sin condiciones concretas o, mediante la expedición de una licencia, que imponga a su titular una serie de condiciones de reutilización que, en todo caso: “a) deberán ser claras, justas y transparentes. b) No deberán restringir las posibilidades de reutilización ni limitar la competencia. c) No deberán ser discriminatorias para categorías comparables de reutilización”.

¹¹ Ejemplos de lo que estamos diciendo es el Centro de Documentación Judicial –CENDOJ–, el Instituto Nacional de Estadística, la Agencia Española de Meteorología, el Catastro o el Instituto Catalán de Cartografía. Además, la Exposición de Motivos de la Ley 37/2006, de 16 de noviembre, establece que “se pretende promover la puesta a disposición de los documentos por medios electrónicos, propiciando el desarrollo de la sociedad de la información”. Más adelante, la Exposición de Motivos prevé que “las distintas Administraciones y organismos difundan qué documentación es susceptible de ser reutilizada mediante la creación de listados e índices accesibles en línea de los documentos disponibles, con el objeto de fomentar y facilitar las solicitudes de reutilización. Para incrementar las posibilidades de reutilización, las Administraciones y organismos del sector público deben procurar ofrecer los documentos por medios electrónicos en los formatos o lenguas preexistentes”. La Disposición Adicional primera de esta Ley -Planes y programas- señala que el Gobierno, a propuesta de los Ministerios competentes, “desarrollará planes y programas de actuaciones dirigidos a facilitar la reutilización de la información del sector público en aras de promover el crecimiento del sector de contenidos digitales, pudiendo establecer con el resto de las Administraciones públicas los mecanismos de colaboración que se estimen pertinentes para la consecución de dicho objetivo.

nómico, que establezcan listados de información del sector público reutilizable y configurar mecanismos para la solución de los conflictos¹² –la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sólo menciona los Tribunales-¹³. Todavía quedan muchas inercias que vencer y que han justificado posiblemente el retraso en la transposición de la Directiva –en la fecha límite que era julio de 2005 sólo ocho países la habían efectuado-. Así, si bien gran parte de la información del sector público es susceptible de ser reutilizada –el 75% según Red.es-, existe un gran desconocimiento del volumen de la información generada, de su valor, además de no encontrarse accesible en Internet. Muchos funcionarios consideran que poner la información administrativa a disposición de los ciudadanos no es parte de su actividad administrativa y opinan que no tienen tiempo ni recursos para ello. En muchos casos, existen situaciones de monopolio y abusos de mercado, incluso por parte de los propios organismos del sector público que se financian a través de tarifas y que caen en la tentación de competir de forma desleal con empresas del sector privado

¹² Un modelo institucional interesante es el de el Reino Unido, que ha creado un organismo regulador –ISP-OPSI-, que ha tramitado más de 15.000 licencias de reutilización –su web es la séptima más visitada del gobierno- y a la que se pueden dirigir quejas, lo que facilita la resolución de los conflictos. Esta información la tomamos de la web de red.es donde se encuentra información del Proyecto Aporta, una iniciativa de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información destinada a fomentar la cultura de la reutilización de la información del sector público atendiendo a las necesidades de todos los agentes involucrados.

¹³ La Exposición de Motivos de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, señala que ésta establece un marco general mínimo para las condiciones de reutilización de los documentos del sector público, dejando que sean las Administraciones y organismos del sector público los que decidan autorizar o no la reutilización de los documentos o categorías de documentos por ellos conservados con fines comerciales o no comerciales. El Título III de la Ley establece el procedimiento para resolver las solicitudes de reutilización, dando una especial relevancia a los plazos de resolución ya que como señala la Exposición de Motivos de la Ley y el Considerando 12 de la Directiva 2003/98/CE, este es un “aspecto esencial para el contenido dinámico de la información, cuyo valor económico depende de su puesta a disposición inmediata y de una actualización regular”. Así, el art. 10 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre establece que las solicitudes de reutilización de documentos administrativos “deberán dirigirse al órgano competente, entendiendo por tal aquel en cuyo poder obren los documentos cuya reutilización se solicita. Las solicitudes se presentarán por aquellas personas físicas o jurídicas que pretendan reutilizar los documentos de conformidad con lo previsto en esta Ley. No obstante, cuando el órgano al que se ha dirigido la solicitud no posea la información requerida pero tenga conocimiento de la Administración u organismo que la posee, le remitirá a la mayor brevedad posible la solicitud dando cuenta de ello al solicitante. Cuando ello no sea posible, informará directamente al solicitante sobre la Administración u organismo del sector público al que, según su conocimiento, ha de dirigirse para solicitar dicha información”. El órgano competente deberá resolver en un plazo máximo de veinte días, con carácter general, salvo que el volumen y la complejidad de la información requieran la ampliación del plazo en otros veinte días. Las resoluciones que se adopten indicarán las vías de recurso de las que disponen los solicitantes para impugnar las decisiones que les afecte.

ya que ellos obtienen la información de forma gratuita, haciendo pagar al mismo tiempo al sector privado por esta información¹⁴.

Nos corresponde analizar ahora cómo afecta la reutilización de la información pública al derecho fundamental a la protección de datos personales¹⁵. Este derecho tiene como ámbito de aplicación “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” –art. 2.1 LOPD-. Por tanto, el derecho fundamental a la protección de datos personales se aplica a los tratamientos de datos personales. La LOPD entiende por tratamiento “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias” –art. 3.c) LOPD-. Como hemos señalado antes, la aplicación ordinaria de las nuevas tecnologías a la información administrativa es lo que facilita su posterior reutilización por lo que está claro que nos encontramos ante un supuesto de tratamiento de información¹⁶. No obstante, para que sea aplicable el derecho fundamental a la protección de datos personales es necesario que este tratamiento se sustancie sobre datos personales. Cuando la información administrativa que va a ser objeto de reutilización no contiene datos personales, no existiría ningún impedimento, al menos, desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales. En general puede afirmarse que los datos personales que obran en la Administración Pública no son el objeto principal de la información administrativa

¹⁴ Por ello, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre –arts. 6-9- prohíbe expresamente los derechos exclusivos, obligando a las Administraciones y organismos del sector público a adecuarse a las normas de competencia, estando abierta la reutilización a todos los agentes potenciales del mercado, incluso en caso de que uno o más agentes exploten ya productos con valor añadido basados en estos documentos. No obstante, la Ley prevé una excepción a este principio cuando los derechos exclusivos sean necesarios para la prestación de un servicio de interés público. Estos acuerdos exclusivos, además de ser transparentes y públicos, están sometidos a una revisión periódica de la permanencia del motivo que justificó la exclusividad. La propia Administración se somete a este principio de competencia ya que si algún organismo del sector público reutiliza documentos como base para actividades comerciales ajenas a las funciones propias que tenga atribuidas, deberán aplicarse a la entrega de documentos para dichas actividades las mismas tasas o precios públicos y condiciones que se apliquen a los demás usuarios.

¹⁵ El trabajo más interesante sobre esta cuestión, que expone las posiciones sobre esta cuestión del Grupo de Trabajo del Artículo 20, es el de A. SOLERNOU VIÑOLAS, “Los datos personales como límite a la reutilización de la información del sector público”, en A. CERRILLO y A. GALÁN (coord.), *La reutilización de la información del sector público*, cit. págs. 82-119. Cfr. Comisión Europea, *La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro Verde sobre la información del sector público en la sociedad de la Información*, (1998), que analiza en el Cap. III.7 la relación entre el acceso a la información del sector público y su comercialización y el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales.

¹⁶ El concepto de documento que recoge el art. 3.2 de la Ley –“toda información cualquiera que sea su soporte material o electrónico, así como su forma de expresión gráfica, sonora o en imagen utilizada”-, también lo facilita.

sobre la que se va a solicitar su reutilización¹⁷. En cambio, cuando la información administrativa contiene datos personales, la reutilización de la información pública supone una injerencia al derecho fundamental a la protección de datos personales. O lo que es lo mismo, la protección de datos personales reconocida en el art. 18.4 CE representa un importante obstáculo a la reutilización de la información pública. Como hemos señalado en otra ocasión, la Administración Pública acumula la práctica totalidad de nuestra información personal. Los datos personales que están en poder de la Administración Pública –identificativos, económicos, educativos, policiales, de salud, etc-, no son de ésta sino de los propios ciudadanos, auténticos titulares de un derecho a controlar la propia información personal. El derecho fundamental a la protección de datos personales nace especialmente como un derecho al control de los propios datos frente a los tratamientos masivos de información, entre los que se encuentra, sin duda, la reutilización de la información pública. Así, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre señala que la “[l]a reutilización de documentos que contengan datos de carácter personal se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal” –art. 4.6-¹⁸.

El derecho fundamental a la protección de datos personales tiene dentro de su contenido unos principios y unos derechos que obligan a todos los tratamientos de datos personales, entre los que se encuentran aquellos derivados de la reutilización de la información pública. La reutilización de información personal en poder de la Administración por parte de otras entidades –fundamentalmente empresas- supone una cesión de datos personales. La LOPD señala que los datos de carácter personal “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” –art. 11.1 LOPD-¹⁹. Hay que señalar que la reutilización de información administrativa se hace para un uso que no “constituya una actividad administrativa pública. Queda excluido de este concepto el inter-

¹⁷ La Directiva 2003/98/CE cita como información administrativa que podría ser sometida a reutilización la geográfica, la relativa al tráfico o los datos estadísticos agregados. No obstante, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre –Disposición Adicional Primera.2- establece que sus previsiones “serán de aplicación a las sentencias y resoluciones judiciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y su desarrollo específico”.

¹⁸ 5. Hay que señalar que la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, que obliga a las Administraciones y organismos del sector público a facilitar mecanismos que posibiliten la reutilización de la información, tiene carácter de legislación básica al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución –Disposición Final Primera-. Esta Ley se aplica también a “las Agencias estatales y cualesquiera entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad” –art. 2.c)-.

¹⁹ El art. 4.5 del Anteproyecto de Ley –que finalmente no se incluyó en el texto final de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, señalaba que los documentos que contengan datos de carácter personal “podrán ser reutilizados cuando así lo consienta la persona interesada, cuando se puedan entregar de forma anónima y de su contenido no se pueda deducir la identidad de la persona interesada o cuando así lo permita una disposición legal”.

cambio de documentos entre Administraciones y organismos del sector público en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas” –art. 3.1 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre-. La reutilización supone, por tanto, un cambio de finalidad. Además, hay que tener en cuenta que los ciudadanos en muchos supuestos se encuentran obligados a dar sus datos personales a las Administraciones Públicas sin su consentimiento, bien porque exista una previsión legal a este respecto, bien porque los datos se recogen para el ejercicio de funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias –art. 6.2 LOPD-. En otras ocasiones, son los propios ciudadanos los que voluntariamente ofrecen sus datos a la Administración para una concreta finalidad –por ejemplo, para solicitar una prestación social- y no parece prudente una utilización para otras finalidades sin su consentimiento. De esta forma, puede parecer razonable la solicitud del consentimiento del interesado para la reutilización en el momento de la recogida de datos, un consentimiento que debe ser “libre, inequívoco, específico e informado” –art. 3.h) LOPD-, pero que no tendrá que ser necesariamente expreso. Lógicamente, hacer depender la reutilización de la información pública de que se cuente en cada caso con el consentimiento del interesado puede llegar a dificultar mucho ésta. No obstante, la LOPD considera legítima la cesión de datos personales, sin consentimiento del interesado, entre otros motivos, cuando esté autorizada en una ley, cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público, cuando el tratamiento responda a la libre y legítima relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros o cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos –art. 11.2 LOPD-. Esta regulación de la LOPD de las cesiones de datos personales no facilita la reutilización de la información pública como tampoco favorece una mayor transparencia administrativa.

Así, hay que señalar, en primer lugar, que no existe una habilitación legal que autorice la cesión de datos personales en estos supuestos –art. 11.2.a) LOPD-²⁰. Ya hemos señalado que nuestro país no tiene aprobada todavía una ley que permita en algunos supuestos un acceso a información administrativa sin interés legítimo y que opere como habilitación legal para la comunicación de datos personales. En la actualidad la LRJAP y PAC exige la presencia de un interés legítimo y directo para el acceso a datos nominativos por parte de terceras personas –art. 37.3-, salvo los datos referentes a la intimidad o los de carácter sancionador o disciplinario,

²⁰ El Grupo del Artículo 29 señala que “los datos personales pueden difundirse cuando resulte necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica. Este argumento sólo será aplicable cuando el organismo del sector público esté investido de un poder específico para difundir los datos” –Dictamen 7/2003, ya citado, pág. 5-. Sin embargo, hay que señalar que, de conformidad con la legislación española, no estamos en un supuesto de recogida de datos sin consentimiento para el ejercicio de funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias –art. 6.2 LOPD- sino de comunicación de datos a terceros que requiere habitualmente una autorización legal –art. 11.2.a)-.

que está reservados a los titulares-, limitando la publicidad de la información administrativa a los supuestos de pluralidad abierta de interesados, a los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva o cuando existan problemas de notificación –art. 59.5 y 6-. La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, no establece ninguna habilitación legal para la cesión de datos personales para la finalidad de reutilización de información pública. De hecho, esta Ley, si bien tiene por objeto “la regulación básica del régimen jurídico aplicable a la reutilización de los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público”, señala que su aplicación “se hará sin perjuicio del régimen aplicable al derecho de acceso a los documentos y a las especialidades previstas en su normativa reguladora” –art. 1-. Así, esta Ley no es aplicable a los documentos “sobre los que existan prohibiciones o limitaciones en el derecho de acceso en virtud de lo previsto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y las demás normas que regulan el derecho de acceso o la publicidad registral con carácter específico”. También excluye “los documentos para cuyo acceso se requiera ser titular de un derecho o interés legítimo”. Tampoco será de aplicación a los documentos sometidos al secreto estadístico, a aquellos relacionados con actuaciones sometidas por una norma al deber de reserva, secreto o confidencialidad y a documentos para cuyo acceso se requiera ser titular de un derecho o interés legítimo –art. 3.2-. Por tanto, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, ni modifica la regulación de acceso a información pública –como tampoco afecta a la relativa a propiedad intelectual- ni habilita la cesión de datos personales con finalidad de reutilización de información pública. La Ley 37/2007, de 16 de noviembre podía haberse convertido en la habilitación legal que autorizara la cesión de datos personales para la reutilización de la información, una posibilidad que permite el art. 11.2.a) LOPD pero que el legislador ha renunciado a aprovechar. Posiblemente porque el legislador ha considerado que la reutilización de la información pública supone una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales que vulnera el principio de proporcionalidad ya que, como hemos señalado antes, la Administración Pública maneja datos personales sin consentimiento del interesado y cuando ésta da su consentimiento para el tratamiento de sus datos es para la prestación de servicios públicos. El ciudadano no espera que sus datos personales vayan a ser reutilizados con fines comerciales, algo que se encuentra expresamente prohibido por la legislación de muchos países²¹.

²¹ Como señala el Grupo de Trabajo del Artículo 29, “[c]uando se solicite la reutilización de este tipo de datos obligatorios, la evaluación de la compatibilidad deberá realizarse con especial cuidado, en particular, en los Estados miembros que aplican el criterio de las expectativas razonables: una persona que se ha visto obligada a comunicar sus datos personales no esperará que éstos se reutilicen con otros fines, por lo que su difusión se considerará desleal con arreglo a la Directiva sobre protección de datos. Esto es todavía más evidente cuando se solicita la difusión de datos obligatorios con vistas a su comercialización (véase a continuación). De hecho, las leyes de algunos Estados miembros prevén de manera explícita la prohibición de comercialización: la legislación francesa, por ejemplo, prohíbe la utilización comercial de los registros elec-

Es importante destacar que no se puede invocar la Directiva 2003/98/CE sobre reutilización como habilitación normativa que autorice la cesión de datos personales –como obligación jurídica que hay que cumplir– ya que la Directiva no establece ninguna obligación de difusión de información personal²². Así, el considerando 9 señala que “la [presente] Directiva no contiene la obligación de autorizar la reutilización de documentos. La decisión de autorizar o no la reutilización corresponderá a los Estados miembros o al organismo del sector público que corresponda”. Así pues, los Estados miembros serán quienes determinen en qué supuestos obligan a la Administración Pública a difundir los datos personales. La Directiva 2003/98/CE es neutral y no pretende modificar la normativa europea de protección de datos. Así, su Considerando 21 establece que esta Directiva “se debe incorporar al Derecho interno y aplicar de forma que se cumplan plenamente los principios relativos a la protección de los datos personales, de conformidad con 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”. Así, el artículo 1.4 de la Directiva 2003/98/CE dispone que “la presente Directiva no menoscaba ni afecta en modo alguno el nivel de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales con arreglo a las disposiciones del Derecho comunitario y nacional, y, en particular, no altera las obligaciones ni los derechos establecidos en la Directiva 95/46/CE”. La Directiva no pretende modificar el régimen de acceso en cada uno de los Estados miembros, especialmente si la legislación de los países exige un determinado interés para acceder a la información administrativa.

No obstante, como hemos señalado en otra ocasión, la Directiva 95/46/CE es más flexible que la LOPD, al considerar las cesiones de datos como un tratamiento de datos personales sin ninguna regulación específica²³ y al permitir el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del interesado cuando sea necesario “para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos”²⁴ o cuando “es necesario para la satisfacción del interés legítimo

torales; la legislación belga relativa a la transparencia de la administración prohíbe terminantemente la reutilización de datos personales con fines comerciales, y la Ley de Berlín relativa a la libertad de información prohíbe en general el uso comercial de la información recibida, sobre la base de esta Ley –Dictamen 7/2003, cit. págs. 9-10-.

²² Lógicamente, tampoco serviría como habilitación normativa un Código Tipo de una Administración Pública que regulase el procedimiento de acceso a la información pública.

²³ Como señala el Grupo de Trabajo del Artículo 29, “desde el punto de vista de la Directiva sobre protección de datos, la comunicación a terceros de datos personales recogidos y conservados por organismos del sector público se considerará tratamiento de datos personales, puesto que la definición de tratamiento incluye la «comunicación por transmisión», lo que implica que han de respetarse las condiciones materiales que rigen el tratamiento de datos personales”.

²⁴ Es distinta la previsión relativa a que el tratamiento sea efectuado para el cumplimiento de una obligación jurídica –art. 7.b) de la Directiva–, que hace referencia a la existencia de una

perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos o libertades fundamentales del interesado” –art. 7.e y f)-²⁵. A diferencia de la LOPD, que no establece un análisis caso por caso sino que contienen unos parámetros claros abstractos y neutrales, por recoger la expresión de Weschler²⁶, en materia de reutilización de información pública, la Directiva 95/46/CE deja a la Administración Pública –no sólo al legislador- un cierto margen de apreciación para permitir la reutilización de información pública con datos personales –también el acceso a información pública o la publicación a iniciativa de las Administraciones Públicas- cuando sea necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o para la satisfacción de un interés legítimo del responsable o del tercero a quien se comuniquen los datos²⁷. Estas posibilidades que brinda la Directiva 95/46/CE han obligado al Grupo de Trabajo del Artículo 29 a establecer unos criterios que orienten al responsable del tratamiento para resolver las peticiones de reutilización de manera que se alcance un equilibrio entre la protección de datos y la reutilización de la información del sector público²⁸.

habilitación legal, a que el tratamiento sea necesario “para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos” –art. 7.e) de la Directiva-. En el primer supuesto -semejante al 11.2.a) LOPD-, le corresponde al legislador valorar la conveniencia de aprobar una Ley que prevea la reutilización de la información administrativa; en el segundo supuesto –relativo al cumplimiento de una misión de interés público-, la valoración la lleva a cabo el propio organismo público.

²⁵ Esta cuestión la hemos analizado en la “Introducción” de *An approach to data protection in Europe*, Thomson-Civitas, 2007, págs. 14-23.

²⁶ Cfr. H. WECHSLER, “Toward neutral principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, núm. 73, 1959, págs. 1 y ss.

²⁷ Además, el Considerando 72 de la Directiva 95/46/CE señala “que se tenga en cuenta el principio de acceso público a los documentos oficiales a la hora de aplicar los principios expuestos en la presente Directiva”. No obstante, como hemos señalado antes, no tiene el mismo fundamento constitucional el acceso a información pública para garantizar la transparencia administrativa que el acceso para la reutilización de información pública con fines principalmente comerciales. Como señala el Grupo del Artículo 29 en el Dictamen 7/2003 –cit, pág. 3-, “en la Directiva sobre protección de datos se garantiza, como parte del derecho fundamental a la protección de datos, el derecho del interesado a acceder a sus propios datos personales, mientras que el objetivo de la legislación sobre *libertad de información es garantizar la transparencia, la apertura y la responsabilidad ante los ciudadanos, quienes, por consiguiente, no necesitan justificar en modo alguno sus peticiones de información. Éstos, normalmente, utilizarán la información para sus propios fines, no comerciales*. En la Directiva sobre protección de datos se reconoce que se puede tener en cuenta el principio de acceso público a los documentos a la hora de aplicar los principios de la protección de datos, en cuyo caso, el legislador ha determinado que existe una obligación general de difusión sujeta a determinadas condiciones y excepciones, tales como las excepciones habituales por motivos de intimidad” [la cursiva es nuestra].

²⁸ Cfr. el Dictamen 3/99 relativo a la Información del sector público y protección de datos personales. Contribución a la consulta iniciada con el Libro Verde de la Comisión Europea titulado «La información del sector público: un recurso clave para Europa»; el Dictamen 5/2001

Así, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha señalado que “los organismos públicos investidos de determinados poderes sólo tienen capacidad para proceder al tratamiento de datos personales con fines que entran en el marco de sus competencias o son razonablemente necesarios para llevar a cabo las funciones básicas que se les atribuyen”. Ha señalado que la cláusula general de satisfacción del interés legítimo exige que se “establezca el equilibrio, caso por caso, entre el derecho a la intimidad de los interesados y el interés legítimo mencionado del responsable del tratamiento o las terceras partes que quieren reutilizar los datos personales”. Cuando “no se pueda invocar el interés público, sino simplemente el interés privado de un tercero, la Directiva permite que se comuniquen a terceros los datos personales de los registros mencionados siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones, por ejemplo, que el tercero pueda demostrar un interés legítimo”²⁹. También ha resaltado el Grupo del Artículo 29 la importancia del principio de finalidad en la reutilización de la información del sector público³⁰. Así, se señala que hay casos en los que la difusión es compatible con el

sobre el Informe especial del Defensor del Pueblo Europeo al Parlamento Europeo a raíz del proyecto de Recomendación dirigido a la Comisión Europea en la reclamación 713/98/IJH; y el ya citado Dictamen 7/2003 sobre la reutilización de la información del sector público y protección de datos personales -“En busca del equilibrio”-, elaborado teniendo en cuenta el texto ya aprobado de Directiva 2003/98/CE. Así, para el Grupo del Artículo 29, la cuestión de si la Directiva sobre protección de datos permite reutilizar información del sector público que contenga datos personales requiere “una evaluación minuciosa, caso por caso, que permita encontrar el equilibrio entre el derecho a la intimidad y el derecho al acceso público. Los organismos del sector público tendrán que plantearse si la difusión pública es legítima en cada caso concreto, con arreglo a los criterios establecidos en la Directiva” – Dictamen 7/2003, ya citado, pág. 12-. Todos ellos están accesibles en <http://www.europa.eu.int/comm/privacy->. En todo caso, el Grupo del Artículo 29 también señala que las autoridades de protección de datos de los Estados miembros han elaborado directrices sobre este asunto y pueden aportar su ayuda en situaciones concretas –pág. 7-.

²⁹ Dictamen 7/2003, ya citado, págs. 8, 6 y 9, respectivamente.

³⁰ La legislación española que regula el derecho de acceso a la información pública, como hemos señalado antes, no establece especialidades en virtud de la finalidad del acceso. Únicamente concede importancia a la tipología de datos -los datos de carácter sancionador o disciplinario o que afecten a la intimidad de las personas- o a los datos nominativos –en este último caso se exige la presencia de un interés legítimo y no se tiene en cuenta la finalidad del acceso-. Para A. SOLERNOU –*loc. cit.* pág. 104- la finalidad del suministro de la información es importante para ver si es compatible o no. La reutilización de la información es para unos fines concretos y específicos y una desviación de los mismos puede llevar aparejada una sanción. A nuestro juicio, dado el carácter restrictivo de la legislación española, el principio de finalidad da poco juego para legitimar la reutilización, además de que ésta supone un cambio de la finalidad original. Así, si hay habilitación legal se rompe el principio de limitación de fines, si bien sólo deben ser cedidos los datos mínimos que permitan la reutilización –no datos excesivos-. Además, ni la Directiva 2003/98/CE ni la Ley 37/2007, de 16 de noviembre obligan a manifestar los fines de la reutilización de la información pública. En cambio, el mayor peso constitucional de la transparencia administrativa sí permite el acceso a información pública sin una clara habilitación legal, por lo que entraría en juego especialmente la finalidad del acceso a la hora de valorar la existencia de un interés público en facilitar la información. En ese caso, es muy inte-

tratamiento original³¹, puesto que la ley ya ha determinado la difusión como uno de los fines del tratamiento original, por razones de interés público. Un elemento clave en la evaluación de la compatibilidad está relacionado con la manera en que se determina el fin en un primer momento³². También es importante para el Grupo del Artículo 29 “aplicar el criterio de las expectativas razonables de los individuos para evaluar la compatibilidad; aceptar la compatibilidad si hay una obligación jurídica en juego, o poner de relieve todas las circunstancias que rodean el tratamiento para evaluar la compatibilidad de la reutilización, lo que resulta en una especie de prueba de equilibrio de intereses, que incluye la naturaleza de los datos, la manera en que han sido recogidos y las garantías que protegen al interesado”. Así, en relación con el criterio de las expectativas razonables del interesado, “una persona que ha comunicado sus datos personales para un fin muy específico y concreto normalmente no espera que esos datos se utilicen con otro fin que no esté directamente relacionado con el fin original, y, en particular, si el fin secundario consiste en la comercialización de los datos”. Además, debe tenerse en cuenta las consecuencias para el interesado de la difusión o reutilización de sus datos personales, así como hasta qué punto se ofrecen garantías adecuadas, que pueden consistir en la información al interesado o la posibilidad de exclusión voluntaria para éste³³.

resante que la legislación de protección de datos obligue a conocer los fines para los que los datos van a ser objeto de tratamiento.

³¹ Hay que recordar que el art. 6 de la Directiva 95/46/CE señala que “los datos personales deberán ser recogidos con fines determinados [...] y no podrán ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines”. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 aplica el principio de limitación de los fines teniendo en cuenta que esta Directiva no prohíbe la reutilización con fines diferentes, sino con fines incompatibles.

³² Así, ha señalado el Grupo del Artículo 29: “Cuando un fin se ha determinado de manera vaga es más probable que resulte compatible con otro fin secundario. Sin embargo, es poco probable que una definición imprecisa cumpla los requisitos de determinación previstos en la Directiva o supere la prueba de calidad y previsibilidad que exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando las autoridades públicas restringen los derechos y libertades fundamentales. Sucede a menudo que los organismos del sector público que han de gestionar una petición no están al corriente del fin al que va a destinarse la reutilización de la información, puesto que en la Directiva propuesta no se contempla la obligación de declarar los fines para los que se ha solicitado la información recogida. Sin embargo, en la Directiva sobre protección de datos se exige dicha información cuando se solicita la difusión de datos personales, a fin de que la autoridad pueda determinar si la reutilización es compatible con el fin original y, de manera más general, si es lícita. En este sentido, pueden presentarse diversas situaciones: por ejemplo, si un organismo público que ha recogido datos personales en el marco de una venta de terrenos se plantea, a continuación, utilizar esos datos para ofrecer hipotecas; o la idea de utilizar datos personales de estudiantes universitarios recogidos durante la matrícula para cuestiones de marketing directo relacionadas con los estudios” –Dictamen 7/2003, págs. 8 y 9-.

³³ Dictamen 7/2003, págs. 7 y 9. También ha puesto de manifiesto el Grupo del Artículo 29 la necesidad de encontrar en cada uno de los casos de solicitud que se presenten el equilibrio entre el derecho fundamental a la protección de datos y los intereses comerciales de los operadores privados: “Cuando se vayan a utilizar datos personales con fines comerciales, el fin secundario puede considerarse incompatible y, en consecuencia, no difundirse la información. Las

Sin embargo, la legislación de protección de datos en nuestro país es más restrictiva, al no prever que la Administración Pública valore la existencia de una misión de interés público o la satisfacción de un interés legítimo del responsable o del tercero como supuesto que legitiman la cesión de datos personales, lo que dificulta la reutilización de la información pública así como el acceso a información administrativa con datos personales sin interés legítimo. La valoración sobre la conveniencia o no de la reutilización de información pública le corresponde en nuestro ordenamiento jurídico de protección de datos principalmente al legislador –que podrá tener en cuenta los criterios antes expuestos- y no a la Administración Pública, sin perjuicio de la necesidad de interpretar en cada caso las solicitudes de reutilización de información pública a la luz de la legislación. Si el legislador español hubiera querido permitir la reutilización de información administrativa que contuviera datos personales, hubiera sido conveniente una habilitación para la cesión de datos personales en la propia Ley 37/2007, de 16 de noviembre. La Directiva 95/46CE, como hemos señalado antes, deja margen a los legisladores nacionales para aprobar leyes en esta dirección. Hay que resaltar que, como hemos indicado también anteriormente, la reutilización de la información pública con fines comerciales no tiene el mismo fundamento constitucional que el acceso a información pública y la transparencia administrativa. La eficacia directa de algunos preceptos constitucionales como la libertad de información –art. 20 CE- y el derecho de participación política –art. 23 CE- puede justificar la cesión de datos personales en algunos supuestos aunque no exista un desarrollo legislativo; en cambio, una reutilización de información pública con fines comerciales que suponga la cesión de datos personales no supera claramente el test de proporcionalidad –salvo que exista una clara habilitación legal-³⁴.

autoridades públicas pueden difundir legalmente datos personales con fines comerciales si están investidos de ese poder específico. Las leyes de este tipo deberían incluir garantías específicas para el interesado, tales como una disposición de exclusión voluntaria. Eso ocurre, por ejemplo, en Suecia y Finlandia, en relación con los registros de población o el registro de sistemas de datos sobre tráfico vial. La legislación sueca establece claramente que los datos personales procedentes de un registro de población, el Registro sueco de población y domicilio, se pueden destinar a actividades de marketing directo, por lo que, en este caso, la reutilización concuerda con el fin original y ofrece la posibilidad de la exclusión voluntaria. La legislación neerlandesa permite la utilización comercial en el caso de varios fines específicos, por ejemplo, evolución de riesgos crediticios y responsabilidad. En el Reino Unido, en la actualidad, hay pocos ejemplos de disposiciones legales que permitan la explotación comercial” –pág. 10-.

³⁴ Como ha señalado el Grupo de Trabajo del Artículo 29, “una de las reutilizaciones de datos personales previstas en la Directiva sobre reutilización, opuesta a los dos casos mencionados anteriormente, es la destinada a actividades comerciales, que representa un activo económico para las empresas y carece tanto del aspecto relativo a los derechos humanos como del relativo a la transparencia. En algunos casos, el destinatario se beneficiará de sus propios derechos fundamentales, como la libertad de opinión o la libertad de prensa. En ese caso, conviene tener en cuenta los derechos fundamentales del destinatario y encontrar el equilibrio entre los dos derechos fundamentales que se oponen. En estos casos, puede resultar más fácil superar la prueba de compatibilidad” –Dictamen 7/2003, cit. pág. 10-.

Lógicamente, la habilitación legal para la cesión de datos personales no tiene necesariamente que ser la Ley 37/2007, de 16 de noviembre sino puede ser cualquier otra norma con rango de ley. Hay que señalar que la legislación que regula determinados registros limita mucho la reutilización de la información pública³⁵. Como hemos señalado en otra ocasión, el Código Civil limita la publicidad del Registro de Propiedad a quienes ostenten un interés legítimo –art. 607 del Código Civil-. La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social permite el acceso directo, por cualquier medio físico o telemático, a los Registros de la Propiedad, así como la incorporación de la publicidad registral obtenida a bases de datos para su comercialización. En todo caso, la propia exigencia de un interés legítimo para acceder al registro de la propiedad –art. 607 del Código Civil y 221 de la Ley Hipotecaria- hace imposible una petición masiva de datos para su comercialización. La regulación del Registro Mercantil permite el acceso de todas las personas sin exigir este interés, debiendo constar una solicitud que identifica al cesionario –art. 23.1 del Código de Comercio-. Sin embargo, el Registro de Propiedad –art. 222.2 de la Ley Hipotecaria- y el Registro Mercantil –art. 12.2 y 3 del Reglamento del Registro Mercantil- establecen medidas específicas para evitar el televaciado y la obtención masiva de datos de carácter personal³⁶. La publicidad del registro mercantil puede ser materializada a través de Internet; sin embargo, no se permite la búsqueda por personas físicas ya que la finalidad de estos registros no es la identidad de las personas o su patrimonio sino la existencia de ciertos bienes muebles e inmuebles y los actos y negocios jurídicos efectuados sobre ellos. La normativa que regula estos registros trata de hacer compatible la publicidad con el principio de calidad y de proporcionalidad, evitando que ésta suponga un tratamiento indiscriminado y excesivo para la finalidad del Registro. La forma de publicación de los datos, como hemos señalado en otra ocasión, dificulta que se empleen para una finalidad distinta a la que motivo su recogida que es la seguridad del tráfico jurídico y económico y la protección de los consumidores y no una finalidad comercial.

La LOPD considera legítimo el tratamiento de datos de fuentes accesibles al público sin consentimiento del interesado –art. 11.2.b)-. La LOPD limita las fuentes accesibles al público a las previstas en el art. 3.j) LOPD. Así, tienen la consideración de fuentes de acceso público “exclusivamente”, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las

³⁵ El Grupo de Trabajo del Artículo 29 señala que “[e]n algunos casos, las administraciones públicas están obligadas por ley no sólo a recoger datos personales sino también a comunicarlos a terceros. Un ejemplo se puede encontrar en las leyes que regulan determinados registros públicos, como los datos personales relativos a la propiedad que se incluyen en los registros de la propiedad o los registros establecidos en el marco del Derecho de familia. La Directiva lo permite basándose en el hecho de que el poder acceder a dichos datos está justificado por razones de interés público” –pág. 9-.

³⁶ El Grupo de Trabajo del Artículo 29 también ha destacado “la necesidad de aportar protección técnica, a fin de garantizar la limitación o estructuración del acceso de manera que se impida el tratamiento ilegal (por ejemplo, las descargas masivas)” –pág. 11-.

listas de personas pertenecientes a grupos profesionales, así como los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación³⁷. Los únicos ficheros públicos que tienen el carácter de fuente accesible al público serían, por tanto, los boletines oficiales, las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales y el censo promocional³⁸ y no, por ejemplo, los registros públicos. La información que aparece en estos ficheros es susceptible de reutilización. De hecho, la Ley define fuentes accesibles al público como aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación –art. 3.j) LOPD-. Así, la propia Ley establece que quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito así como aquellos que lleven a cabo una actividad de publicidad o prospección comercial podrán tratar los datos de carácter personal obtenidos de las fuentes accesibles al público –arts. 29 y 30 LOPD-. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de reutilización de información pública previsto en la Ley. De hecho, la propia LOPD ha tratado de transponer la excepción del art. 7.f) de la Directiva –“la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos o libertades fundamentales del interesado”- con la regulación de las fuentes accesibles al público. No obstante, la propia LOPD establece algunos límites que dificultan objetivamente la reutilización de la información proveniente de fuentes accesibles al público. El art. 21, relativo a la “Comunicación de datos entre Administraciones Públicas” [sic] señala que no obstante lo establecido en el artículo 11.2 b) –que autoriza sin consentimiento del interesado el tratamiento de datos recogidos de fuentes accesibles al público-, “la comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una Ley prevea otra cosa”. Por tanto, es legítimo el tratamiento de datos de fuentes accesibles al público sin el consentimiento del interesado pero no la cesión de todo el fichero a entidades privadas, una posibilidad que no ha contemplado la Ley 37/2007, de 16 de noviembre. Además, los datos incluidos en las fuentes accesibles al público deben limitarse a los que sean estrictamente necesarios para cumplir la finalidad a que se destina cada listado³⁹. La inclusión de otros datos requiere el consentimiento del interesado. Ade-

³⁷ No es, por tanto, fuente accesible al público aquello que aparece publicado en Internet, ni la información que hace pública el interesado o aquella a la que se accede a través de registros públicos. Esta es una cuestión en la que no podemos detenernos ahora.

³⁸ Tanto los boletines oficiales como las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales han sido analizadas en otra ocasión con más profundidad. Cfr. nuestra “Introducción” a *Protección de Datos Personales en las Corporaciones de Derecho Público*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008 y a *Transparencia y protección de datos personales*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008.

³⁹ Tanto el art. 3.j) LOPD como el art. 7.1.c) del Reglamento de desarrollo de la LOPD señalan expresamente los datos que pueden incluir las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales.

más, en el caso de los Colegios Profesionales, los interesados tienen derecho a que se indique gratuitamente que sus datos personales no pueden utilizarse para fines de publicidad o prospección comercial –art. 28 LOPD-. Además, cuando los tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial utilicen datos de fuentes accesibles al público se deberá informar al interesado en cada comunicación del origen de los datos, de la identidad del responsable y de los derechos que le asisten. Los interesados tienen siempre el derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de sus datos personales –art. 30 LOPD-.

Realmente el supuesto más claro de reutilización de información pública previsto en la LOPD es la previsión del censo promocional dentro de las fuentes accesibles al público del art. 3.j) LOPD. Así, se establece que aquellos que deseen realizar, bien de forma permanente o esporádica, una actividad de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras actividades semejantes pueden solicitar al Instituto Nacional de Estadística o a los órganos respectivos de las CCAA una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellidos y domicilio que conste en el censo electoral –art. 31 LOPD-. La LOPD permite, por tanto, una cesión de datos de un fichero público a un fichero privado. De hecho se afirma expresamente la posibilidad de exigir una contraprestación por la facilitación de la citada lista en soporte informático. Los datos del censo promocional deben limitarse a los estrictamente necesarios y los interesados tienen derecho a exigir gratuitamente la exclusión de la totalidad de sus datos que consten en este censo –art. 28 LOPD-. La LOPD prevé un desarrollo reglamentario de los procedimientos a través de los cuales los interesados pueden solicitar no aparecer en el censo promocional; entre estos procedimientos, que serán gratuitos para los interesados, se establece la inclusión en el documento de empadronamiento. La LOPD prevé la edición trimestral de una lista actualizada del censo promocional, excluyendo los nombres y domicilios de los que así lo hayan solicitado. El uso de cada lista de censo promocional tiene un plazo de vigencia de un año. Transcurrido el plazo citado, la lista perderá su carácter de fuente de acceso público⁴⁰. No obstante, hay que señalar que el censo promocional no ha sido objeto de un desarrollo reglamentario. De hecho, el propio Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, si bien menciona el censo promocional entre las fuentes accesibles al público –art. 7.1.a) LOPD-, no lleva a cabo una regulación del mismo a pesar de contener un Reglamento de desarrollo de la LOPD de 158 artículos y dos disposiciones adicionales⁴¹. El legislador podía

⁴⁰ La regulación del censo promocional tiene mucho que ver con la del registro de población en Suecia. La legislación sueca establece que los datos personales procedentes de un registro de población -el Registro sueco de población y domicilio-, se pueden destinar a actividades de marketing directo, por lo que, en este caso, la reutilización concuerda con el fin original y ofrece la posibilidad de la exclusión voluntaria. Esta referencia se encuentra en el Documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 ya citado –pág. 10-.

⁴¹ Hay que resaltar que el Grupo Parlamentario Socialista en la Legislatura 2000-2004 había planteado en el Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley para que se suprimiera el censo promocional

también haber aprovechado la Ley 37/2007, de 16 de noviembre para actualizar la regulación del censo promocional como tipo de información pública que puede ser objeto de reutilización.

La cesión de datos personales sin consentimiento del interesado cuando el tratamiento responda a la libre y legítima relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros –art. 11.2.c) LOPD- no es una previsión que facilite la reutilización de información pública. Así, la mera existencia de un contrato con la Administración no permite la reutilización de la información pública⁴². Es necesario que exista un contrato entre la Administración y el titular de los datos cuyo desarrollo, cumplimiento y control requiere la cesión de sus datos a otra entidad para la reutilización de información pública. Tampoco aporta posibilidades a estos efectos la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas sin consentimiento del interesado cuando tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos –arts. 11.2 y 21 LOPD-. Así, el art. 3 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre –que regula su ámbito objetivo de aplicación-, entiende por reutilización “el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública. Queda excluido de este concepto el intercambio de documentos entre Administraciones y organismos del sector público en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas”. Por tanto, la reutilización de información pública tiene como destinatario principal a empresas privadas –no a Administraciones Públicas-. De hecho, se entiende que existe reutilización por otra entidad pública cuando su uso “no constituya una actividad administrativa pública”. En el caso que el destinatario sea una entidad pública, ésta tiene que ajustarse a las reglas de mercado y no estaría actuando como Administración Pública por lo que no podría beneficiarse de estas previsiones legales de la LOPD para proceder a la reutilización. Hay que diferenciar el mantenimiento íntegro de los datos atendiendo a valores históricos, estadísticos o científicos por parte del responsable de fichero –una posibilidad prevista en el art. 4.5 LOPD y que ha sido desarrollada por el Real Decreto 1720/2007-, de la cesión de datos personales con fines históricos, estadísticos o científicos, que sólo puede tener como destinatarios a Administraciones Públicas.

El marco jurídico expuesto de protección de datos personales que afecta a la reutilización de información administrativa no es aplicable a los datos especialmente protegidos, que tienen una regulación restrictiva en el art. 8 de la Directiva 95/46/CE –que prevé como principio general la prohibición de tratamiento de este tipo de datos- y cuya trasposición en el art. 7 LOPD exige para el tratamiento y la cesión de datos de raza, salud y vida sexual la existencia de un consentimiento expreso o una

⁴² Así, a nuestro juicio, un contrato firmado por una administración pública que implique la venta de una base de datos no tendría amparo en el principio de legitimidad del tratamiento por cumplimiento de una obligación contractual. En contrario, A. SOLERNOU, *loc. cit.* pág. 110.

habilitación legal y para los datos de ideología, religión o creencias el consentimiento expreso y escrito con expresa advertencia del derecho a no prestarlo. Lógicamente, una ley que prevea la reutilización de información pública con datos personales especialmente protegidos difícilmente pasa el juicio de proporcionalidad⁴³.

Llegados a este punto, hay que tener en cuenta especialmente el principio de calidad –art. 4 LOPD-. No sólo porque la reutilización de la información debe implicar únicamente la cesión de aquellos datos que necesarios y pertinentes que permitan los usos posteriores –no todos aquellos que se encuentren a disposición de la Administración-, sino porque el propio principio de calidad exige en la mayoría de los casos la disociación de la información administrativa que va a ser objeto de reutilización. Así, a nuestro juicio, la reutilización de información administrativa pasa principalmente por la disociación de la información personal. Se entiende por procedimiento de disociación todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable –art. 3.f) LOPD-. La información administrativa sometida a un proceso de disociación deja de ser un tratamiento de datos personales y no está sujeta a la LOPD. De hecho, el propio art. 11.6 LOPD señala que “[s]i la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores”⁴⁴. En muchas ocasiones la reutilización no requiere el acceso a datos personales ya que la finalidad puede satisfacerse con datos anónimos. Son muchos los ejemplos en que la información administrativa puede ser reutilizada sin necesidad de difundir datos de personas concretas, disociando la información personal con anterioridad a la cesión. Esto ocurre, por ejemplo, con la información estadística, epidemiológica o de investigación. Hay que señalar que el Considerando 29 y el art. 6 de la Directiva 95/46/CE ya entendía que el tratamiento ulterior de datos personales, con fines históricos, estadísticos o científicos no debe por lo general considerarse incompatible con los objetivos para los que se recogieron los datos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías adecuadas. Estas garantías deben impedir que dichos datos sean utilizados para tomar medidas o decisiones contra cualquier persona. Como señala el Grupo de Trabajo del Artículo 29, “la lógica subyacente es que el tratamiento de datos personales con tales fines, en circunstancias normales, no implica su utilización en relación con una persona determinada”. Lógicamente,

⁴³ Como señala el Grupo de Trabajo del Artículo 29, “[s]i, por ejemplo, se solicita la reutilización de datos sensibles, se establecerá un umbral de compatibilidad superior al que se establecería en el caso de datos «normales». La solicitud de reutilización de datos sensibles podría incluso considerarse incompatible por principio, pese a que las disposiciones especiales para datos sensibles expuestas anteriormente probablemente aporten suficiente protección” pág. 10-.

⁴⁴ Esta es una posibilidad que contemplaba expresamente el art. 4.5 del Anteproyecto ya citado –que no se mantuvo en el texto final de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre- al afirmar que los documentos “podrán ser reutilizados cuando así lo consienta la persona interesada, cuando se puedan entregar de forma anónima y de su contenido no se pueda deducir la identidad de la persona interesada o cuando así lo permita una disposición legal”.

esto implica la implantación de unas medidas de seguridad que limite el acceso a datos personales cuando se prepara la reutilización de información pública.

Por último, hay que señalar que en el caso de que se efectúe una reutilización de información pública con datos personales, el cesionario se convierte en responsable de un fichero y está sometido a los principios y derechos establecidos en la LOPD⁴⁵. Los interesados deben ser informados de la cesión de datos personales, de la finalidad del fichero, de la naturaleza de los datos cedidos así como del nombre y dirección del cesionario –arts. 5 y 27 LOPD-, salvo que esto resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados en consideración al número de interesados, una posibilidad especialmente aplicable a la reutilización de información pública, sin perjuicio de lo ya mencionado en relación con los datos que procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a una actividad de publicidad o de prospección comercial –art. 5.5 LOPD-. La reutilización de información pública no suprime los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación. Especialmente los interesados tienen derecho a oponerse al tratamiento de sus datos personales. Este derecho de oposición, que hemos analizado anteriormente en relación con la utilización de fuentes accesibles al público para fines de publicidad y prospección comercial, se encuentra especialmente mencionado en la Directiva 95/46 en relación con la utilización de cualquier fichero con fines de prospección –art. 14.b)-, si bien esta es una posibilidad que debe ejercerse preferentemente con anterioridad a la reutilización, en el momento de recogida inicial de los datos. Lógicamente, la reutilización tiene que respetar la normativa relativa a transferencias internacionales cuando la comunicación se efectúe a entidades que se encuentren radicadas en terceros países. El cesionario de la información también está obligado en virtud del principio de calidad a cancelar los datos cuando ya no sean necesarios. Hay que señalar que la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, hace mención indirecta a algunos de estos principios. Así, el principio de calidad es mencionado cuando se establece –art. 8- que la reutilización de la información de las Administraciones y de los organismos del sector público puede estar sometida a la condición de que el contenido de la información no sea alterado, que no se desnaturalice el sentido de la información y que se mencione la fecha de la última actualización. Además, las licencias deben reflejar la información relativa a la finalidad concreta, comercial o no comercial para la que se concede la reutilización –art. 9-. Lógicamente, todo responsable de fichero está sometido al régimen de infracciones y sanciones previsto en el Título VII de la LOPD, que tienen como autoridad de control a las Agencias de Protección de Datos. Llama la atención que los arts. 10 y 11 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, prevén un procedimiento y régimen sancionador, donde se considera como infracción muy grave la desnaturalización del sentido de la información para cuya reutilización se haya concedido una licencia, la alteración muy grave del contenido de la información para cuya reutilización se haya concedido una licencia y como infracción grave “la reutilización de la

⁴⁵ Esta es también una cuestión que aborda el Dictamen 3/99.

información para una finalidad distinta a la que se concedió”, lo que obliga – cuando la reutilización implique el tratamiento de datos personales- a tener especialmente presente el principio de *non bis in idem*⁴⁶.

⁴⁶ La Ley 37/2007, de 16 de noviembre se limita a señalar que “[l]a potestad sancionadora se ejercerá, en todo lo no previsto en la presente Ley, de conformidad con lo dispuesto en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Su ejercicio corresponderá a los órganos competentes que la tengan atribuida por razón de la materia” –art. 11.6-.