

El censo promocional. Ese gran desconocido.

El censo promocional, cuyo tratamiento es especialmente llamativo, dada la "importancia" que la propia Ley Orgánica de Protección de Datos Personales le dedica al ser desarrollado por un artículo detallado respecto al tratamiento de dicha fuente de acceso al público, tal y como la califica, la propia normativa de protección de datos personales y, sobre la cual, se ha intentado, por activa y por pasiva, regularlo y establecer el órgano encargado de gestionarlo, es un verdadero misterio, que a fecha presente no ha tenido respuesta. Dicho censo o fuente accesible al público que, principalmente, su finalidad era dar cobertura a las empresas de marketing y publicidad para disponer de un listado de datos personales para efectuar su actividad comercial a cambio de una contraprestación económica por dicha utilización, se encuentra en el "limbo" a pesar que, tanto la normativa que desarrolla el Servicio Postal como la Comisión del Mercado de la Competencia, a posteriori, hayan hecho referencia al mismo.

Tanto la propia LOPD como el RDLOPD proceden a efectuar una definición de las denominadas fuentes accesibles al público, a través del artículo 3 y 7 respectivamente, estableciendo un listado cerrado de cuáles son dichas fuentes de acceso al público, siendo éstas las siguientes

Artículo 3. Definiciones

Fuentes accesibles al público: 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. 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 listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

Artículo 7 Fuentes accesibles al público

1. A efectos del artículo 3, párrafo j) de la Ley Orgánica 15/1999, se entenderá que sólo tendrán el carácter de fuentes accesibles al público:

- a) El censo promocional, regulado conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.*
- b) Las guías de servicios de comunicaciones electrónicas, en los términos previstos por su normativa específica.*
- c) Las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección profesional e indicación de su pertenencia al grupo. La dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica. En el caso de Colegios profesionales, podrán indicarse como datos de pertenencia al grupo los de número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional.*

- d) *Los diarios y boletines oficiales.*
- e) *Los medios de comunicación social.*

La normativa de protección de datos personales, especialmente, la LOPD, además de establecer las condiciones y previsiones de las denominadas fuentes accesibles al público, establecía en su artículo 31 las previsiones que regirían la utilización del censo promocional, el cual estaría completado por los datos de nombre, apellidos y domicilio, siendo estos elaborados por el INE o por el organismo de la Comunidad Autónoma equivalente. Dichos datos personales serían obtenidos del empadronamiento que sirven para configurar el censo electoral, el cual es desarrollado, en la materia de utilización y protección de datos personales por su Ley Orgánica correspondiente. Así mismo, dicho artículo 31 establece la vigencia, la posibilidad de contraprestación y, especialmente, la oposición de los ciudadanos a no formar parte de dicho censo o fuente accesible al público.

Artículo 31 Censo promocional

1. Quienes pretendan realizar permanente o esporádicamente la actividad de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas, podrán solicitar del Instituto Nacional de Estadística o de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral.

2. El uso de cada lista de censo promocional tendrá un plazo de vigencia de un año. Transcurrido el plazo citado, la lista perderá su carácter de fuente de acceso público.

3. Los procedimientos mediante los que los interesados podrán solicitar no aparecer en el censo promocional se regularán reglamentariamente. Entre éstos procedimientos, que serán gratuitos para los interesados, se incluirá el documento de empadronamiento. Trimestralmente se editará una lista actualizada del censo promocional, excluyendo los nombres y domicilios de los que así lo hayan solicitado.

4. Se podrá exigir una contraprestación por la facilitación de la citada lista en soporte informático.

El censo promocional, igualmente, no sólo aparecía referenciado con detalle, pero sin desarrollar en la propia normativa de protección de datos personales, sino que la Ley del Comercio Minorista efectuaba referencia expresa a dicho censo. Dicha Ley es de principios del año 1996 y, la cual permitía la utilización del mismo para actividades publicitarias o comerciales.

Artículo 39. Propuesta de contratación

3. En todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores, considerándose solamente el

nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al público en los términos establecidos por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales.

Dicho artículo 39 ha sido derogado disposición derogatoria única de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Así mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de octubre del 2000 en la cual se declaraba que el censo electoral no tiene el carácter de fuente accesible al público, todo ello derivado de la defensa de la parte recurrente en efectuar una conexión entre el censo electoral y el censo promocional, amparándose en la posibilidad que el artículo 39 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista permitía. Dicha sentencia apuntaba la diferenciación de ambos y la oposición de los ciudadanos en el documento de empadronamiento donde se recababan la información para elaborar el censo electoral. Se inserta dos fundamentos jurídicos.

Séptimo.-La exégesis que acabamos de hacer se corrobora por el método contemplado en la vigente LO 15/1999, de 13 Dic., de Protección de Datos de Carácter Personal, para la confección del denominado «censo promocional» (art. 31) con el nombre, apellidos y domicilio que consten en el censo electoral, pues se prevé que en el documento de empadronamiento el interesado pueda solicitar no aparecer en el indicado censo promocional, de manera que si al cumplimentar dicho documento de empadronamiento, que constituye la base para la formación del censo electoral, el ciudadano manifiesta su oposición a aparecer en el censo promocional, su nombre, apellidos y domicilio, aunque figuren en el censo electoral, no podrán incluirse en el «censo promocional», único del que pueden servirse para sus lícitas actividades las empresas dedicadas a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras análogas, con la particularidad añadida de que el plazo de vigencia del censo promocional es de un año, transcurrido el cual la lista pierde su carácter de fuente de acceso público, debiéndose editar, además, trimestralmente una lista actualizada del censo promocional con exclusión de los nombres y domicilio de quienes así lo soliciten.

Octavo.- De este sistema jurídico sobre protección de datos de carácter personal y su tratamiento automatizado se deduce, en nuestra opinión, que el nombre, apellidos y domicilio de los electores, que aparecen en el censo electoral, son datos accesibles al público y podrán cederse o transferirse siempre y cuando el interesado preste su consentimiento de forma inequívoca, de manera que el acuerdo de la Junta Electoral Central prohibiendo a la Administración Electoral y a la Oficina del Censo Electoral facilitar sin más dichos datos a requerimiento de las empresas dedicadas a la publicidad y a la venta directa, transmitiéndoselo así a la Agencia de Protección de Datos para el cumplimiento de sus cometidos, es un acto ajustado a Derecho, lo que comporta la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

Es curioso como en el año 1999 la LOPD y en el año 2007 con la entrada en vigor del reglamento que desarrolla aquella se contemplaba como fuente accesible al público un censo, denominado promocional que, tras 16 años no ha sido objeto de regulación, pero sí de inserción en distintas normativas. Así mismo, no solo se hacía mención de dicha fuente accesible al público en el artículo 3.j) y 31 LOPD así como en el artículo 7 RDLOPD sino que en la Disposición Transitoria Segunda de la LOPD imponía la obligación de desarrollar, vía reglamento, la utilización de dicha fuente de acceso al público.

Disposición transitoria segunda Utilización del censo promocional

Reglamentariamente se desarrollarán los procedimientos de formación del censo promocional, de oposición a aparecer en el mismo, de puesta a disposición de sus solicitantes, y de control de las listas difundidas. El Reglamento establecerá los plazos para la puesta en operación del censo promocional.

De igual forma, en el Congreso de los Diputados se ha hecho mención al censo promocional y a la necesidad de que el mismo sea regulado a tal efecto. Así se recoge en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 19 de mayo del 2011.

El censo promocional recogido en la normativa de protección de datos de carácter personal como fuente accesible al público no se encuentra a fecha presente disponible ni regularizado en virtud de la exigencia establecida por la LOPD en su Disposición Transitoria Segunda. Cuando se regularice vía reglamento deberá contener las previsiones legales establecidas en el artículo 31 LOPD o, en su caso, modificar la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales para que encuentre cabida la regulación de dicha fuente accesible al público. A día de hoy, el organismo encargado de supervisar y controlar la utilización del censo promocional es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. El censo promocional no puede equivocarse con el censo electoral, puesto que a pesar que el censo promocional será efectuado, en un principio, de la información -nombre, apellidos, dirección- contenida en el censo electoral, este último tiene cabida y se encuentra regulado en la Ley de Régimen Electoral para unas finalidades explícitas y propias, por lo que la excepción amparada en la Ley del Comercio Minorista queda sin efecto, es decir, derogada, en base a la reforma de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. A fecha presente, habrá que atender al resto de fuentes contempladas en la normativa de protección de datos personales para tratar los datos contenidos en aquellas para la finalidad de prospección comercial y publicidad.

Efrén Santos Pascual

ICEF Consultores