

022/2024

Por parte de la Subdirección General de Promoción y Autorizaciones se ha remitido a este Gabinete Jurídico el Código de Conducta mencionado, promovido por diversas entidades operadoras en el sector de las comunicaciones electrónicas, a efectos de Informe sobre su compatibilidad con el Reglamento General de Protección de Datos y la normativa aplicable.

A tal fin se acompaña dicho Código y el Informe de la propia Subdirección General, así como documentación complementaria:

- Memoria justificativa
- Poderes de representación de las empresas promotoras del Director General de Autocontrol
- Acuerdo de promoción conjunta del Código de Conducta
- Estatutos de Autocontrol
- Reglamento del Jurado de la Publicidad
- Certificación de los acuerdos adoptados en los órganos directivos de Autocontrol
- Listado completo de los miembros que conforman el Jurado de la Publicidad

Asimismo, al haberse designado al Jurado de la Publicidad organismo supervisor del código que se somete a informe, se adjunta el informe de esta Subdirección General, de 21 de julio de 2020, sobre el Jurado de la Publicidad como organismo supervisor del Código de Conducta “Tratamiento de Datos en la actividad publicitaria” (Autocontrol).

La Subdirección General de Promoción y Autorizaciones ha emitido informe respecto de las características de dicho Código y su Memoria con fecha 23 de mayo de 2024, ampliado por otro Informe de fecha 9 de octubre de 2024. En este último se expone que con fecha 25 de septiembre de 2024, el Director General de Autocontrol, en nombre y representación de las entidades promotoras, presentó una nueva versión de la memoria y del código de conducta con actualizaciones sobre el proyecto de código de conducta y su memoria que ya fueron informados por la subdirección en el Informe de 23 de mayo de 2024, por lo que el nuevo informe de 9 de octubre tiene por objeto las características de las modificaciones incorporadas a la memoria y al código de conducta. Se aporta por la Subdirección General el texto del Código y de la Memoria con las actualizaciones mencionadas.

El presente Informe de este Gabinete Jurídico se emite por tanto respecto del Código y su Memoria en la versión a que hace referencia el reiterado informe de la subdirección general de 9 de octubre de 2024.

I

La primera cuestión que surge es la relativa al régimen jurídico aplicable al presente Informe.

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD) en su artículo 57.1.m) y q), atribuye a las autoridades de control *dictaminar y aprobar* los códigos de conducta que ofrezcan *suficientes garantías* con arreglo a lo dispuesto en su artículo 40, apartado 5, y efectuar la acreditación de los organismos de supervisión de los códigos de conducta con arreglo al artículo 41. Del mismo modo, el art. 38 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) establece que los códigos de conducta serán aprobados por la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, por la autoridad autonómica de protección de datos competente.

Dentro de la estructura de esta AEPD, el art. 28, letras f) y h), del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, atribuye a la Subdirección General de Promoción y Autorizaciones *“Alentar la elaboración de códigos de conducta y dictaminar y proponer a la Presidencia la aprobación de los que proporcionen suficientes garantías con arreglo al artículo 40.5 del RGPD, conforme a su artículo 57.1 m)”* y *“Proponer a la Presidencia la acreditación de organismos de supervisión de los códigos de conducta con arreglo al artículo 41 [...] en virtud de su artículo 57.1.q) [del RGPD]”*.

El art. 146 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RLOPD), que hay que entender en vigor en aquello que no contradiga, se oponga, o resulte incompatible con lo dispuesto en el RGPD y en la LOPDGDD -véase Disposición derogatoria única, apartado 3, de la LOPDGDD- establece que la documentación presentada [a la AEPD para la aprobación del Código] y el informe del Registro [hoy día la Subdirección General de Promoción y Autorizaciones] serán remitidos al Gabinete Jurídico, a fin de que por el mismo se informe acerca del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Título

VII de este Reglamento. Referencia esta al Título VII de dicha norma que hay que entender hoy realizada, conforme al art. 40.5 RGPD, a determinar si el proyecto de código o la modificación o ampliación es conforme con el RGPD.

Para ello hay que partir de analizar necesariamente el *dictamen* previo realizado por la Subdirección General de Promoción y Autorizaciones (en adelante, la Subdirección) conforme al ya mencionado art. 28.f) del Estatuto de la AEPD, que recoge las circunstancias tanto sobre la presentación del proyecto de código de conducta, como de las circunstancias de su contenido, en las que ha tenido en cuenta, especialmente, las Directrices 1/2019 sobre códigos de conducta y organismos de supervisión con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679, Versión 2.0, de 4 de junio de 2019, del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD).

II

El dictamen de la Subdirección comienza con las circunstancias requeridas por las Directrices 1/2019 del CEPD para la admisibilidad del Proyecto de Código para su estudio por la autoridad de control correspondiente, en concreto en los apartados 5.1 a 5.11 de dichas Directrices 1/2019.

Entre dichas circunstancias, este Gabinete Jurídico desea llamar la atención sobre la exposición que realiza la Memoria sobre la consulta a los posibles interesados en el presente código de conducta sometido a informe.

En efecto, el Considerando 99 del RGPD señala que

“Al elaborar un código de conducta, o al modificar o ampliar dicho código, las asociaciones y otros organismos que representan a categorías de responsables o encargados deben consultar a las partes interesadas, incluidos los interesados cuando sea posible, y tener en cuenta las consideraciones transmitidas y las opiniones manifestadas en respuesta a dichas consultas.”

El punto 28 (apartado 5.2 de las Directrices 1/2019 del CEPD) recoge que

“Un proyecto de código debe contener información acerca del alcance de la consulta realizada. Según el considerando 99 del RGPD, a la hora de elaborar (o de modificar o ampliar) un código debe consultarse a las partes interesadas, incluidos los interesados cuando sea posible. Como tal, los titulares del código deben confirmar y demostrar que se ha realizado una consulta al nivel adecuado con las partes interesadas

antes de presentar el código para su aprobación. En su caso, esto incluirá información sobre otros códigos de conducta a los que los potenciales miembros del código podrían estar sometidos y deberá reflejar la forma en que su código complementa los otros códigos. También debe describirse el nivel y la naturaleza de la consulta que se ha realizado a sus miembros, a otras partes interesadas y a los interesados o a las asociaciones u organismos que les representen. En la práctica, se recomienda encarecidamente a los miembros de la organización o el organismo que actúa como titulares del código que realicen una encuesta, teniendo en cuenta también la actividad de tratamiento efectuada con los clientes de dichos miembros. Cuando no se haya llevado a cabo ninguna consulta a las partes interesadas y específicas porque (sic) no ser viable, el titular del código deberá explicar los motivos.”

Pues bien, en la memoria explicativa presentada por los promotores del código consta que el 15 de septiembre de 2017, MOVISTAR, VODAFONE, ORANGE Y AUTOCONTROL suscribieron el Protocolo para la resolución privada de controversias relativas a la protección de datos en el ámbito de contratación y publicidad de servicios de comunicaciones electrónicas (“Protocolo de Mediación” o “Protocolo”), que regula el procedimiento de mediación gestionado por AUTOCONTROL, como órgano mediador, en relación con las reclamaciones en materia de protección de datos previstas en su artículo 1, ampliado posteriormente el 1 de enero 2018 a MASMOVIL. Del mismo modo se expone que las empresas promotoras se encuentran adheridas, desde el 17 de enero de 2023, al Código de Conducta para el Tratamiento de Datos en la Actividad Publicitaria, promovido por AUTOCONTROL, cuyo organismo de supervisión es igualmente el Jurado de la Publicidad, que contiene, entre otros aspectos, un sistema de tramitación de reclamaciones similar al previsto en el Código que ahora se propone para su aprobación, si bien el ámbito objetivo de ambos códigos es distinto.

También la Memoria señala que:

“Si bien las entidades promotoras son buenas conocedoras del funcionamiento de este sistema de mediación, dadas sus similitudes con el Protocolo de Mediación, este Código ha sido sometido a los agentes implicados (entidades del sector de las telecomunicaciones) en reuniones del 17 de enero y 23 de mayo de 2023. Así mismo, estas entidades han realizado aportaciones durante todo el proceso de elaboración de los diferentes borradores del Código con el objetivo de consensuar un texto común”.

A continuación, la Memoria añade que las empresas promotoras se encuentran adheridas, desde el 17 de enero de 2023, al Código de Conducta

para el Tratamiento de Datos en la Actividad Publicitaria, promovido por AUTOCONTROL, cuyo organismo de supervisión es el Jurado de la Publicidad, así como que desde la Unidad de Mediación se realizan desde 2018 encuestas anónimas a todos los reclamantes una vez finalizado el procedimiento de mediación. A través de esta encuesta, se pretende conocer su opinión sobre el servicio de mediación, de manera que se puedan implementar mejoras en respuesta a los comentarios que los interesados hacen llegar, así como conocer su nivel de satisfacción con el procedimiento. Por último, señala que como resultado de dichas encuestas y la implementación de mejoras técnicas u organizativas a consecuencia de ellas, “no se ha considerado necesario hacer una consulta expresa a los interesados en relación con el Código de Conducta sometido ahora a la aprobación de la AEPD”.

Así pues, si bien con el resultado expuesto, se menciona expresamente en la Memoria la razón por la que no ha existido consulta a los “interesados”, esto es, a las personas físicas, directamente o a través de sus asociaciones más representativas, en su caso, cuyos datos vayan a ser tratados (art. 4.1 RGPD). Asimismo, se aporta información sobre otros códigos de conducta a los que los potenciales miembros del código podrían estar sometidos o la forma en que este código complementa, en su caso, los otros códigos.

Igualmente se explica, de nuevo con el resultado citado, que se ha realizado una “encuesta” con clientes, como sugieren las Directrices, y de lo cual ha derivado que no se haya considerado necesario realizar una consulta.

III

Del mismo modo, y de una manera que se conecta tanto con los requisitos para la admisibilidad del proyecto de código, como con los requisitos para que este pueda ser aprobado por la autoridad de control, se encuentra la necesidad de que el Código contenga mecanismos efectivos de supervisión de su cumplimiento (art. 40.4 RGPD y apartados IV.A.5 y IV.B.4 del dictamen de la Subdirección). Ello a su vez entronca con la necesidad de que el Código deba, para ser aprobado, contar con garantías adecuadas, que han de ser suficientes (art. 40.5 RGPD), y a su vez que el código de conducta contenga mecanismos que permitan al organismo de supervisión efectuar el control obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados de tratamiento que se comprometan a aplicarlo, lo que supone, ciertamente, de existir dichos mecanismos adecuados, garantías que protegen a los interesados frente a tratamientos de datos cuyos responsables puedan no cumplir el código.

Pues bien, tal y como resulta del dictamen de la Subdirección y del apartado 12 del Código, los mecanismos de supervisión con que cuenta el Código son:

- (i) la elaboración por la Secretaría del Jurado de un informe estadístico anual para cada entidad adherida con los datos relevantes de la actividad generada por dicha entidad, así como un informe estadístico colectivo anual que se facilitará a la Agencia Española de Protección de Datos, y
- (ii) anualmente, a solicitud de Autocontrol, las entidades adheridas cumplimentarán la declaración de cumplimiento recogida en el Anexo 3, que será trasladada a la Secretaría del Jurado de la Publicidad. Si esta declaración pone de manifiesto alguna falta de cumplimiento, la entidad adherida dispondrá de dos meses para resolver el incumplimiento. De no resolverse, se dará inicio al procedimiento sancionador contemplado en el apartado 16 del código.

El Anexo 3 citado contiene una “Declaración de cumplimiento” que ha de rellenar y presentar cada responsable adherido al Código. Ahora bien, no se establece una verificación independiente de dichas afirmaciones por un tercero (como una auditoría de su realidad). La actuación de la Secretaría del Jurado sólo se pondría en marcha si de dicha “Declaración” resulta alguna falta de cumplimiento. Así resulta específicamente de lo dispuesto en el apartado 12, tercer párrafo, del código: *Anualmente, a solicitud de AUTOCONTROL, las entidades adheridas cumplimentarán la declaración de cumplimiento recogida en el Anexo 3, que será trasladada a la Secretaría del Jurado de la Publicidad. Si esta declaración pone de manifiesto alguna falta de cumplimiento, la entidad adherida dispondrá de dos meses para resolver el incumplimiento.* Esto es, sólo si el responsable lo pone de manifiesto; no en caso contrario.

La Memoria expone que AUTOCONTROL admitirá la declaración de cumplimiento como una evidencia de las buenas prácticas de la entidad adherida en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del Código, sin perjuicio de que se puedan realizar comprobaciones ulteriores y de que, en caso de que existan dudas razonables sobre el correcto cumplimiento del código, se pueda dar traslado al Jurado de la Publicidad para su comprobación y, en su caso, inicio del correspondiente procedimiento sancionador.

Este Gabinete sugiere, exclusivamente como recomendación, que a la actividad de “autoexamen” a través de la Declaración de cumplimiento se añada una “auditoría” (o examen similar por un tercero) cuyo resultado se sometiese igualmente al Jurado (véase apartado 40 de las Directrices 1/2019 CEPD) que verifique que la declaración que se contiene es efectivamente conforme con la realidad, y pueda abrir, en su caso, el procedimiento

sancionador, tras las actuaciones de verificación que a la vista de la Declaración de la entidad y de la “auditoría” considere oportunas, tras el plazo para subsanar la deficiencia a que se refiere el propio apartado 12 del Código. Las Directrices 1/2019 del CEPD así lo recomiendan (como “auditorías periódicas”), en su apartado 40.

IV

En cuanto al contenido material del Código, su objeto fundamental es la regulación de un procedimiento de regulación de controversias entre las entidades adheridas y los interesados en materia de protección de datos.

Dentro del ámbito subjetivo (apartado 4 del Código), se regula el procedimiento de adhesión de las promotoras y de nuevas entidades distintas de las promotoras. Respecto de las primeras tan sólo se exige una “declaración expresa de adhesión” (apartado 4.1 del Código), mientras que para las nuevas entidades se exige una declaración de adhesión y la remisión del compromiso de cumplir con las obligaciones del código (apartado 4.2 del Código). Este Gabinete recomienda como conveniente que las entidades promotoras originarias deberían también de remitir al organismo de supervisión la declaración del Anexo 3, que sólo se exige a las nuevas entidades, ya que este Anexo 3 contiene una declaración previa de que estas cumplen, en sus tratamientos de datos, con las circunstancias que en dicho Anexo 3 se señalan. Ello permitiría no sólo demostrar, mediante su declaración, que cumplen con los mismos criterios que imponen a los nuevos adherentes, sino que constituiría un nuevo mecanismo de supervisión, ya que si no se hiciese así, dicha declaración no se presentaría hasta transcurrido un año de vigencia del Código y la supervisión del organismo de supervisión, en este aspecto, se retrasaría un año, frente a la posibilidad inmediata de ejercer dichas funciones frente a los nuevos adherentes desde el momento en que presentan su declaración.

El apartado 4.3 del Código señala que las solicitudes de adhesión de nuevas entidades se entenderán rechazadas cuando el 75% de las entidades adheridas se hayan manifestado en contra. Sin embargo, no contiene ninguna razón o argumento que permita fiscalizar la decisión a favor o en contra de dicha adhesión solicitada. Ahora bien, la Memoria incluyen en su apartado 2.1.1 la previsión de que *En caso de que la solicitud de adhesión de una nueva empresa fuera rechazada por el resto de entidades adheridas, desde AUTOCONTROL se notificará a la citada empresa indicando, en su caso, los motivos por los que dicha adhesión ha sido rechazada*, lo cual supone, desde la perspectiva de la normativa de protección de datos que la plasmación de las razones por las que es posible desestimar la solicitud de adhesión, mediante requisitos objetivos y razonables, contribuye a una mejor protección del

derecho a la protección de datos de los interesados, ya que da certeza a los posibles aspirantes a adherirse al Código acerca de las razones por las que dicha solicitud puede ser rechazada.

V

El apartado 8 del Código regula el procedimiento extrajudicial de resolución de controversias iniciado a instancias del interesado.

En el apartado 8.2 se regulan los requisitos que ha de contener la reclamación presentada por el interesado. La letra a) requiere que se aporte un número de teléfono, -lo que se reitera en el apartado 9.2, letra a) del Código-. Desde el momento en que dicho requisito aparece calificado como “*si el interesado lo hubiera facilitado*”, cabe presumir que dicha aportación es voluntaria para el interesado; en caso contrario, la aportación de dicho dato personal se consideraría excesiva (art. 5.1.c) RGPD), ya que objetivamente no parece necesario, a la vista de que las comunicaciones se realizan por correo electrónico (a lo que ahora nos referiremos). Dicho, carácter voluntario se confirma por lo expuesto en la Memoria, apartado 2.2.1, cuarto párrafo, cuando expone que “desde la Unidad de Mediación se puede contactar por teléfono con los interesados que voluntariamente hubieran decidido facilitarlo (...)”

Del contenido del Código presentado, en conjunción con el Reglamento del Jurado de la Publicidad igualmente aportado, se deduce que todo el procedimiento de resolución de controversias en relación con un derecho fundamental -la protección de datos-, en el que pueden ponerse de manifiesto circunstancias cuya difusión pueda suponer un riesgo para las libertades y derechos de los interesados, pretende llevarse a cabo a través del correo electrónico (apartado 8.9 del Código). La Memoria añade (apartado 2.2.1) que, en cualquier caso, cuando resulta necesario enviar información especialmente sensible se utiliza un sistema de envío que permite proteger los archivos adjuntos con una contraseña. Este Gabinete recuerda que el art. 5.1.f) RGPD establece que: “*los datos personales serán (...) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»)*”. No corresponde a este Gabinete determinar las medidas técnicas u organizativas que ha de adoptar el responsable del tratamiento, o si son apropiadas las medidas de seguridad, de integridad o de confidencialidad que han de tener los sistemas utilizados para la tramitación de las reclamaciones, sino que ello corresponde a los responsables de los tratamientos conforme al principio de responsabilidad proactiva (art. 24 RGPD), pero sí corresponde poner de manifiesto que el

propio sistema utilizado ha de cumplir los requisitos de seguridad, de integridad o de confidencialidad necesarios para cumplir con el RGPD.

En cuanto al procedimiento para la resolución de las controversias, este consiste, en esencia, en una mediación, que no vincula a la entidad adherida, ya que las propuestas de la unidad de mediación no son vinculantes. Sí lo sería, en cambio, el acuerdo alcanzado en mediación. Si no se llega a Acuerdo, el interesado puede solicitar la intervención del Jurado de la Publicidad, pero que se llegue a producir esta intervención del Jurado depende de la voluntad de la entidad adherida, pues esta puede negarse a su intervención (apartado 8.6 del Código), ya que se requiere su “conformidad”. Esto es así, a diferencia de la regulación general contenida en el art. 33 apartado 5, letra b), y apartado 6, del Reglamento del Jurado de la Publicidad, aportado junto con el proyecto de Código, en cuyo supuesto “se trasladará el expediente a una Sección del Jurado (...)”. No se advierte, ni se explica en la Memoria el porqué de esta diferencia, en que el acceso al Jurado de la Publicidad depende en el código presentado ahora a informe no sólo de la adhesión a este de la entidad, sino de una manifestación de voluntad adicional de la entidad adherida. Este Gabinete, con el carácter de recomendación, ya que corresponde a los promotores determinar, en su caso, el sistema de resolución extrajudicial de conflictos que desean establecer, estima que los promotores podrían reconsiderar esta situación a los efectos de que el Código establezca un mecanismo de protección del derecho fundamental para los interesados similar al de la regulación general contenida en el art. 33 apartado 5, letra b), y apartado 6, del Reglamento del Jurado de la Publicidad, pues de ese modo los interesados-reclamantes no estarían sujetos a que las entidades adheridas deban prestar un nuevo consentimiento al mecanismo de solución de controversias ya establecido en el Código para remitir la discrepancia al Jurado de la Publicidad. Y ello, en cualquier caso, porque el organismo de supervisión determinado por el código es el Jurado de Publicidad, dentro de Autocontrol (no la Unidad de Mediación de Autocontrol), y el art. 35.3 LOPGDD establece con nitidez que: *Los responsables o encargados del tratamiento que se adhieran al código de conducta se **obligan** a someter **al organismo o entidad de supervisión las reclamaciones que les fueran formuladas por los afectados** en relación con los tratamientos de datos incluidos en su ámbito de aplicación en caso de considerar que no procede atender a lo solicitado en la reclamación (...).*

En el apartado 8.7 del Código se menciona que serán vinculantes para las entidades adheridas las resoluciones “firmes” del Jurado de la Publicidad, sin que se defina tal concepto. Puede intuirse que se refiere a aquellas decisiones de la Sección que no hubieran sido recurridas o las del Pleno dictadas en alzada, pero ello no se especifica.

Por otra parte, este Gabinete recomienda que debería de dedicarse en el Código un apartado o subapartado concreto, o al menos establecerlo con mayor claridad, a que el interesado persona física que presente una

reclamación conforme al apartado 8 del Código no estará vinculado en ningún caso por ninguna de las decisiones o acuerdos que se adopten en virtud del procedimiento de dicho artículo, ni siquiera por las decisiones del Jurado de la Publicidad, y que siempre queda expedito su derecho a acudir a la autoridad de control (art. 77 RGPD) o a la tutela judicial efectiva ante los tribunales (art. 79 RGPD). Así resulta no sólo de estos preceptos del RGPD, sino del art. 35.2, párrafo cuarto, LOPDGDD: *En caso de que el organismo o entidad de supervisión rechace o desestime la reclamación, o si el responsable o encargado del tratamiento no somete la reclamación a su decisión, el afectado podrá formularla ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, las autoridades autonómicas de protección de datos.* De hecho, tal cláusula se contiene en el art. 29.3 del Reglamento del Jurado de la Publicidad, aportado por las promotoras, que dice: *En el caso de resoluciones de reclamaciones presentadas por consumidores individuales, éstas serán vinculantes para la empresa reclamada que se encontrase sometida al Jurado de AUTOCONTROL, pero no para el consumidor que haya presentado la reclamación y que haya formulado su oposición a la propuesta de resolución en los términos previstos en el Artículo 33.7 del presente Reglamento.* En definitiva, un apartado similar sería conveniente que se especificase en el propio Código, sin necesidad de tener que aplicarlo por remisión (apartado 8.10 del Código). No obstante, se recoge en el párrafo último del apartado 2.2.1 de la Memoria que, *Por último, se considera adecuado resaltar que la mediación propuesta por las empresas a través de este Código es una vía de resolución de conflictos independiente a la prevista en la normativa aplicable y que corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos. Por ello, tanto durante el procedimiento de mediación como una vez finalizado este, los interesados podrán presentar una reclamación por los mismos hechos en la AEPD.* Como recomendación, este Gabinete sugiere incluir un apartado similar en el texto del propio Código.