

RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE CÓDIGO DE CONDUCTA Y ACREDITACIÓN DEL ORGANISMO DE SUPERVISIÓN

Vista la solicitud de aprobación del código de conducta denominado “CÓDIGO DE CONDUCTA DE TRATAMIENTO DE DATOS EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA”, promovido por la ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL “AUTOCONTROL” (en adelante, la entidad promotora, o el promotor), y teniendo en cuenta los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de noviembre de 2018, la Asociación para la Regulación de la Comunicación Comercial, “Autocontrol”, presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) el proyecto de código de conducta “TRATAMIENTO DE DATOS EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA”, para su aprobación al amparo de lo establecido en el artículo 40 del 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, o RGPD).

A la solicitud se acompañó la siguiente documentación:

- Código de Conducta del tratamiento de datos en la actividad publicitaria
- Poderes de representación del Director General de Autocontrol
- Reglamento del Jurado de Publicidad
- Estatutos de AUTOCONTROL
- Certificación de los acuerdos adoptados en los órganos directivos de AUTOCONTROL, en relación con la suscripción del código de conducta
- Listado de socios de Autocontrol

SEGUNDO. - Con fecha 7 de diciembre de 2019, entra en vigor la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), completando la regulación del RGPD y, por tanto, de los códigos de conducta.

TERCERO.- Consecuencia de las reuniones y contactos mantenidos entre la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos y Autocontrol para aclarar y concretar determinados aspectos del código de conducta, con fecha 26 de marzo de 2019, se presentó una versión corregida del proyecto de código de conducta, que en la misma fecha fue objeto de informe sobre

sus características de la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos, que, junto con el proyecto de código de conducta y el resto de documentación aportada, se remitió al Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos para informe sobre la adecuación del proyecto a la normativa de protección de datos aplicable, el RGPD y la LOPDPGDD.

CUARTO.- Con fecha 4 de junio de 2019, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) aprueba las Directrices 1/2019 sobre los códigos de conducta y sus organismos de supervisión con arreglo a los artículos 40 y 41 del RGPD (en adelante las Directrices), en las que se indica que todos los códigos de conducta, con excepción de los promovidos por autoridades y organismos públicos (artículo 41.6 del RGPD), han de disponer de un organismo de supervisión que debe ser acreditado por la autoridad de control competente para su aprobación y cumplir lo dispuesto en el artículo 41.4 del RGPD.

QUINTO.- Con 27 de febrero de 2020, la AEPD publicó los criterios para la acreditación de los organismos de supervisión de los códigos de conducta, aprobados conforme a lo dispuesto en el artículo 41.3 del RGPD, previo Dictamen del CEPD (1/2020).

SEXTO.- Las Directrices por el CEPD y la publicación de los criterios de acreditación de los organismos de supervisión de los códigos de conducta de la AEPD motivaron que Autocontrol replanteara la propuesta del organismo de supervisión que había designado en el proyecto de código de conducta para ajustarse a los criterios de acreditación y cumplir con los requisitos exigidos.

SÉPTIMO.- Autocontrol presentó, con fecha 3 de abril de 2020 (registro de entrada en la AEPD de 15 de abril), nueva documentación sobre las características del organismo de supervisión del código de conducta designado (el Jurado de la Publicidad) a fin de demostrar que reúne los requisitos para su acreditación conforme a los Criterios de la AEPD y siguiendo las Directrices del CEPD. La documentación aportada, complementaria del código de conducta, y que hay que tomar en consideración como parte del mismo, comprende:

- Información relativa al cumplimiento de los requisitos y criterios de acreditación.
- Informe sobre las actividades que realiza el Jurado de la Publicidad como entidad de resolución alternativa de litigios (ADR, por sus siglas en inglés).
- Los Estatutos de Autocontrol (aportados también con la solicitud inicial).
- El Reglamento del Jurado de la Publicidad que, con respecto al aportado con la solicitud inicial, incluye la modificación llevada a cabo el 11 de julio de 2019.
- La relación de las personas que integran el Jurado de la Publicidad.

OCTAVO.- Con fecha 21 de julio de 2020, la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos emitió informe complementario al de fecha 26 de marzo de 2019, referido a las características, requisitos y criterios de acreditación del organismo de supervisión propuesto por Autocontrol para el código de conducta que, junto con la nueva documentación aportada por

Autocontrol y demás obrante al expediente, fue remitido al Gabinete Jurídico de la AEPD para dictamen sobre la conformidad del proyecto con el RGPD y la LOPDGG.

NOVENO.- Con fecha 16 de septiembre de 2020, el Gabinete Jurídico de la AEPD informó favorablemente la aprobación del código de conducta de tratamiento de datos en la actividad publicitaria presentado por Autocontrol, así como la acreditación del Jurado de la Publicidad como su organismo de supervisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para dictar esta resolución la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.5, 55 y 57.1.m) del RGPD y los artículos 38.3 y 47 de la LOPDGG.

II

El RGPD ha supuesto un cambio de paradigma en cuanto a su aplicación y cumplimiento, que se basa en el principio de “accountability” o responsabilidad proactiva, tal y como se recoge en la Exposición de motivos de la LOPDGG, que señala que *“la mayor novedad que presenta el Reglamento (UE) 2016/679 es la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa, lo que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos de carácter personal para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan”*.

Conforme al RGPD, en sus Considerandos 77, 81, 98 y 99, así como en los artículos 24.3 y 35.8, uno de los principales instrumentos previstos para cumplir con el citado principio de “accountability” o responsabilidad proactiva lo constituyen los códigos de conducta que, dada su relevancia, regula, de manera detallada, su naturaleza, contenido, aprobación y supervisión en los artículos 40 y 41.

El artículo 40 del RGPD dispone, en su apartado 2 que *“Las asociaciones y otros organismos representativos de categorías de responsables o encargados del tratamiento podrán elaborar códigos de conducta o modificar o ampliar dichos códigos con objeto de especificar la aplicación del presente Reglamento, como en lo que respecta a:*

- a) el tratamiento leal y transparente;*
- b) los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento en contextos específicos;*
- c) la recogida de datos personales;*
- d) la seudonimización de datos personales;*

- e) la información proporcionada al público y a los interesados;*
- f) el ejercicio de los derechos de los interesados;*
- g) la información proporcionada a los niños y la protección de estos, así como la manera de obtener el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela sobre el niño;*
- h) las medidas y procedimientos a que se refieren los artículos 24 y 25 y las medidas para garantizar la seguridad del tratamiento a que se refiere el artículo 32;*
- i) la notificación de violaciones de la seguridad de los datos personales a las autoridades de control y la comunicación de dichas violaciones a los interesados;*
- j) la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, o*
- k) los procedimientos extrajudiciales y otros procedimientos de resolución de conflictos que permitan resolver las controversias entre los responsables del tratamiento y los interesados relativas al tratamiento, sin perjuicio de los derechos de los interesados en virtud de los artículos 77 y 79.”*

En el apartado 4 estipula que los códigos de conducta “*contendrá[n] mecanismos que permitan al organismo mencionado en el artículo 41, apartado 1, efectuar el control obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados de tratamiento que se comprometan a aplicarlo, sin perjuicio de las funciones y los poderes de las autoridades de control que sean competentes con arreglo al artículo 51 o 56.*”.

Y en el apartado 5 que “*Las asociaciones y otros organismos mencionados en el apartado 2 del presente artículo que proyecten elaborar un código de conducta o modificar o ampliar un código existente presentarán el proyecto de código o la modificación o ampliación a la autoridad de control que sea competente con arreglo al artículo 55. La autoridad de control dictaminará si el proyecto de código o la modificación o ampliación es conforme con el presente Reglamento y aprobará dicho proyecto de código, modificación o ampliación si considera suficientes las garantías adecuadas ofrecidas.*”

El artículo 41.1 recoge que “*Sin perjuicio de las funciones y los poderes de la Agencia Española de Protección de Datos como autoridad de control competente, podrá supervisar el cumplimiento de un código de conducta en virtud del artículo 40 un organismo que tenga el nivel adecuado de pericia en relación con el objeto del código y que haya sido acreditado para tal fin por la autoridad de control competente*”.

Y el apartado 2 de dicho artículo estipula que “*El organismo a que se refiere el apartado 1 podrá ser acreditado para supervisar el cumplimiento de un código de conducta si:*

- a) ha demostrado, a satisfacción de la autoridad de control competente, su independencia y pericia en relación con el objeto del código;*
- b) ha establecido procedimientos que le permitan evaluar la idoneidad de los responsables y encargados correspondientes para aplicar el código, supervisar el cumplimiento de sus disposiciones y examinar periódicamente su aplicación;*

c) ha establecido procedimientos y estructuras para tratar las reclamaciones relativas a infracciones del código o a la manera en que el código haya sido o esté siendo aplicado por un responsable o encargado del tratamiento, y para hacer dichos procedimientos y estructuras transparentes para los interesados y el público, y
d) ha demostrado, a satisfacción de la autoridad de control competente, que sus funciones y cometidos no dan lugar a conflicto de intereses.”

La LOPDPGDD, por su parte, dedica su artículo 38 a los códigos de conducta, que en su apartado 1 dispone que *“Los códigos de conducta regulados por la sección 5.ª del Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679 serán vinculantes para quienes se adhieran a los mismos. Dichos códigos podrán dotarse de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos.”*

III

Los códigos de conducta se configuran como uno de los elementos de carácter voluntario que el RGPD ofrece para su cumplimiento, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento, de carácter voluntario, cuyo contenido resulta vinculante para quienes se adhieran a los mismos según se dispone en el artículo 38.1 de la LOPDPGDD.

Para su aprobación han de ser conformes al RGPD y ofrecer garantías adecuadas y suficientes, según se dispone en su artículo 40.5, y a la normativa nacional, en este caso la LOPDPGDD,

El RGPD atribuye a los códigos de conducta determinados beneficios, como el recogido en su artículo 24.3 al disponer que: *“La adhesión a códigos de conducta aprobados a tenor del artículo 40 [...] podrá [n] ser utilizado [s] como elemento [s] para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento”*, por lo que en su examen y valoración se ha de constatar el cumplimiento de una serie de requisitos, formales y materiales que han de reunir para su aprobación, y que el CEPD ha desarrollado través de sus Directrices 1/2019.

Las Directrices recogen una serie de condiciones que deben cumplirse para dar lugar a que las autoridades de supervisión competentes evalúen y revisen por completo el código de conducta sometido a su aprobación que, a los efectos del presente proyecto son los siguientes:

- Exposición clara y concisa de los motivos, propósito y alcance del Código y como facilitará la aplicación del RGPD.
- Representación. El promotor del código de conducta como asociación que representa a categorías de responsables y encargados del tratamiento de los datos
- Alcance del tratamiento. El proyecto de código deberá tener un objeto definido y determinar de forma clara y precisa los tratamientos de los datos personales que cubra, así como sus categorías.
- Alcance territorial, especificando si se trata de un código nacional o internacional.

- Presentación ante una Autoridad de Control de conformidad con el artículo 55 del RGPD.
- Incluir mecanismos de supervisión que permitan el control del cumplimiento de sus disposiciones por parte de los adheridos.
- Órgano de supervisión. El proyecto de código debe proponer un organismo de supervisión de su cumplimiento en los términos del artículo 41 del RGPD.
- Consulta con las partes interesadas, según se define en el Considerando 99 del RGPD.
- Confirmación de que el proyecto del código cumple con la legislación nacional relevante.

Requisitos que, como se desprende de los informes de la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos y del Gabinete Jurídico de esta Agencia, reúne la solicitud presentada por Autocontrol por cuanto que:

- Está legitimada para actuar como promotor del código, al tratarse de una asociación representativa de categorías de responsables y encargados del tratamiento de datos personales del sector publicitario en España, en la medida que integra a los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales relacionadas con la actividad publicitaria.
- La solicitud se ha presentado ante la AEPD como autoridad competente con arreglo al artículo 55.1 del RGPD que establece que *“Cada autoridad de control será competente para desempeñar las funciones que se le asignen y ejercer los poderes que se le confieran de conformidad con el presente Reglamento en el territorio de su Estado miembro.”*

Tanto Autocontrol como las entidades a las que representa cuentan con su establecimiento principal en España por lo que están sujetas al control de la AEPD.

- Como justificación de la necesidad de elaborar un código de conducta del sector al que representa Autocontrol se argumenta el crecimiento de la publicidad digital, como consecuencia de la rápida evolución tecnológica y del dinamismo que caracteriza al sector publicitario. La evolución tecnológica ha transformado la publicidad, permitiéndole no solo llegar a más personas, sino hacerlo además teniendo en cuenta sus intereses, hábitos, datos demográficos, etc., lo que debe abordarse siempre respetando los derechos de los usuarios y, entre ellos, el derecho de protección de datos.
- El ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y territorial se refleja en el código, al disponer que pueden adherirse al código los anunciantes, agencias y medios asociados de

Autocontrol, así como aquellas asociaciones o entidades representativas de un sector asociadas a Autocontrol, y también, en las condiciones que acuerde su Junta Directiva, cualesquiera otras entidades de la industria publicitaria.

El ámbito objetivo o material lo constituyen los tratamientos o las operaciones de tratamientos de datos con fines publicitarios, en concreto el envío de comunicaciones comerciales; las promociones realizadas con objeto de recoger datos personales para utilizarlos con fines publicitarios; el uso de cookies y tecnologías equivalentes para la gestión de espacios publicitarios o la realización de publicidad comportamental; la elaboración de perfiles con fines publicitarios; y, fundamentalmente, el establecimiento de un procedimiento para la resolución extrajudicial de controversias entre las entidades adheridas y los interesados en materia de protección de datos.

En cuanto al ámbito territorial, el Código dispone que se aplica únicamente a los tratamientos efectuados en territorio español por las entidades adheridas. No obstante, sobre este punto el informe del Gabinete Jurídico destaca que el artículo 3 del RGPD incluye, entre los criterios de aplicación territorial, el supuesto de que el tratamiento se refiera a interesados que residan en la Unión, *“cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con a) la oferta de bienes o servicios de dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la unión”*.

Por ello, el Gabinete Jurídico considera que debería modificarse el ámbito territorial del código para asimilarlo al régimen contenido en el artículo 3 del RGPD, sin perjuicio, de que se mantenga su carácter de código nacional y la competencia de la AEPD en cuanto *“se limite su aplicación a las actividades de tratamiento que se llevan a cabo en el contexto de las actividades de un responsable o encargado del tratamiento situado en territorio español o que afecten a interesados que residan en España.”*

- El código incluye mecanismos para supervisar su cumplimiento: como informes internos, auditorías de cumplimiento y el procedimiento disciplinario.

Se prevé la elaboración 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.

También se contempla que tanto el Jurado de la Publicidad como las entidades adheridas puedan solicitar voluntariamente a Autocontrol una auditoría de cumplimiento de las resoluciones dictadas por el propio Jurado de la Publicidad.

Igualmente, cabe incluir entre los mecanismos de control el procedimiento disciplinario, que se lleva a cabo en aquellos casos en los que por el Jurado de la Publicidad se haya puesto de manifiesto el incumplimiento de los acuerdos de mediación alcanzados con los interesados o de las resoluciones emitidas por el propio Jurado de la Publicidad.

- Como organismo de supervisión de código de conducta Autocontrol ha designado al Jurado de la Publicidad, cuyo análisis se realiza más adelante para determinar su acreditación.
- La elaboración del proyecto de código, según se recoge en su preámbulo, ha sido sometido a los agentes implicados (entidades del sector publicitario) en reunión de Asamblea General celebrada en fecha de 7 de junio de 2018 y de Junta Directiva de fechas 12 de julio y 18 de octubre de 2018.
- Por lo que respecta a la adecuación del código a la legislación nacional, en particular la LOPDPGDD, por lo que se refiere a la consulta a los sistemas de exclusión publicitaria (artículo 23), o la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicio de la sociedad de la información y del comercio electrónico (artículo 22.2) para la utilización de cookies, no cabe apreciar discrepancia alguna, si se tiene en cuenta que el contenido central del código es el establecimiento de un procedimiento de resolución extrajudicial de controversias que en materia de protección de datos se puedan producir en el ámbito de la industria publicitaria.
- Por último, como recogen los informes del Gabinete Jurídico y de la Subdirección General del Registro General de Protección de datos, se han cumplido igualmente los requisitos formales por cuanto constan aportados al procedimiento los siguientes documentos:
 - Código de conducta del tratamiento de datos en la actividad publicitaria
 - Poderes de representación del Director General de Autocontrol
 - Reglamento del Jurado de Publicidad
 - Estatutos de Autocontrol
 - Certificación de los acuerdos adoptados en los órganos directivos de Autocontrol, en relación con la suscripción del código de conducta
 - Listado de socios de Autocontrol

IV

Constatada la concurrencia de los requisitos que determinarían la admisibilidad del código procede analizar su adecuación al RGPD y a la LOPDPGDD.

El RGPD dispone en su artículo 40.1 que los códigos de conducta están destinados a contribuir a su correcta aplicación, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento.

Las Directrices del CEPD señalan que el cumplimiento de este requisito general exige que el promotor de un código de conducta sea capaz de demostrar que el código:

- 1) Satisface una necesidad particular de ese sector o actividad de procesamiento, siendo las soluciones propuestas beneficiosas no sólo para los responsables sino también para los afectados.
- 2) Facilita la aplicación del RGPD, identificando las necesidades específicas (por ejemplo, adaptando la terminología del sector).
- 3) Especifica la aplicación del RGPD, centrándose en los problemas del sector y aportando valor añadido, sin limitarse a reproducir los preceptos del RGPD.
- 4) Proporciona mecanismos efectivos para controlar el cumplimiento del Código, tanto en cuanto a estructuras como procedimientos, siendo obligatorio, salvo en el caso de autoridades y organismos públicos, la existencia de un organismo de supervisión acreditado.

La valoración del cumplimiento de estos criterios, que permitan determinar que el código cumple con la finalidad que le atribuye el artículo 40.1 del RGPD, exige analizar su contenido sustantivo.

Conforme se recoge en el informe de la Subdirección General de Registro General de Protección de Datos, en el proyecto de código se distinguen tres partes claramente diferenciadas, una primera, relativa a la aplicación del RGPD a las operaciones de tratamiento de datos llevadas a cabo por responsables y encargados del sector de la publicidad en la que, a su vez, cabe distinguir aquellos contenidos que se limitan a remitirse a la regulación del RGPD, indicando que la misma se ha de cumplir, que no incorporan ningún valor añadido, y aquellos otros que sí que aportan soluciones con garantías para los derechos y las libertades de los interesados.

Una segunda, que constituye el objetivo central y la razón de ser del código de conducta, en la que se establece un sistema de resolución extrajudicial de los conflictos que puedan plantearse en materia de protección de datos con las entidades que se adhieran al código de conducta.

Y una última parte, referida a disposiciones dirigidas a garantizar el adecuado cumplimiento del código y la normativa de protección de datos.

El contenido del código, además de satisfacer las necesidades que encuentra el sector de la publicidad con motivo del desarrollo tecnológico que, como se recoge en su preámbulo debe abordarse siempre respetando los derechos de los usuarios y, entre ellos, el derecho de protección de datos, aportando soluciones beneficiosas no sólo para los adheridos sino también para los afectados a las que seguidamente se hace referencia, es muestra de que cumple con los criterios enunciados por el CEPD.

Facilita la aplicación efectiva del RGPD y la LOPDPDGD, en especial mediante el establecimiento de un procedimiento extrajudicial de resolución de las controversias que puedan producirse entre los interesados y las entidades adheridas al código, así como con la inclusión de una lista de definiciones específicas del sector que contribuye a una mejor comprensión de las normas (apartado 3 del código) y la identificación de aquellos aspectos que revisten una especial relevancia para el sector, como las obligaciones de los responsables del tratamiento relativas a la privacidad desde el diseño y por defecto; la prestación del consentimiento; o la información a facilitar en los tratamientos de datos con fines publicitarios, que incluyen indicaciones y ejemplos para llevarlo a cabo.

Proporciona criterios sobre la base jurídica a aplicar en las comunicaciones comerciales, en concreto el consentimiento de los interesados, al que se acaba de hacer referencia, y el interés legítimo, aportando orientaciones criterios y ejemplos para su determinación, sin perjuicio de la obligación de la entidad adherida de realizar la correspondiente ponderación de su interés legítimo con los derechos y libertades fundamentales de los interesados para determinar su prevalencia.

Estas aportaciones, el uso de la terminología propia del sector, la inclusión de ejemplos y, de nuevo y en particular, el procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos en materia de protección de datos, contribuyen a especificar la aplicación de la normativa de protección de datos al sector de la industria publicitaria, y constituyen el valor añadido que han de contener los códigos de conducta para no ser una mera reproducción de la regulación indisponible.

El código, para ser aprobado, ha de aportar garantías suficientes, como se dispone en el artículo 40.5 del RGPD "La autoridad de control dictaminará si el proyecto de código o la modificación o ampliación es conforme con el presente Reglamento y aprobará dicho proyecto de código, modificación o ampliación si considera suficientes las garantías adecuadas ofrecidas".

El código contiene requisitos que deben observar las entidades adheridas en las operaciones de tratamiento de datos que en el ámbito de la actividad publicitaria cubre el código, a las que se acaba de hacer referencia, así como las relativas al uso de cookies que reflejan un nivel de protección adecuada a los interesados.

Así mismo, el código incluye mecanismos, a los que se ha hecho referencia anteriormente, que permite al organismo de supervisión efectuar el control de su cumplimiento.

V

Los códigos de conducta deben incluir un organismo de supervisión de su cumplimiento que, conforme al artículo 41.1 del RGPD ha de ser acreditado por la autoridad de control competente, salvo que el código se aplique a tratamientos de datos realizados por autoridades y organismos públicos.

El RGPD no determina el carácter interno o externo del organismo de supervisión, aspecto sobre el que ofrece flexibilidad, de manera que pueda adecuarse a las características del promotor, siempre que cumplan con lo dispuesto en el artículo 41.2 del RGPD.

El CEPD en su Directrices establece una serie de requisitos que deben reunir los organismos de supervisión para su acreditación por la autoridad de control competente, y la AEPD, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41.3 del RGPD, aprobó, y publicó los criterios para la acreditación de los organismos de supervisión de los códigos de conducta.

Dada la presentación del proyecto de código de conducta con anterioridad tanto a la adopción por el CEPD de sus Directrices como a la aprobación por la AEPD de los criterios de acreditación de los organismos de supervisión de los códigos de conducta el promotor, con fecha 3 de abril de 2020 (registro de entrada 15 de abril), presentó la documentación que se indica en el Antecedente de Hecho Séptimo con la finalidad de demostrar el cumplimiento de los criterios de acreditación por el órgano de supervisión propuesto.

El código ha designado al Jurado de la Publicidad como el organismo de supervisión de su cumplimiento, y al que se atribuye un doble papel, por una parte, como organismo de supervisión y, por otra, como órgano que participa en el procedimiento para la resolución extrajudicial de controversias que se puedan producir entre los afectados y los adheridos al código en materia de protección de datos en el sector de la comunicación comercial o publicidad, previsión, esta última, que responde a lo previsto en el artículo 40.2.k) del RGPD.

El Jurado de la Publicidad es un órgano del promotor del código, por lo que se trata de un organismo de supervisión de carácter interno, para los que tanto las Directrices del CEPD como los Criterios de la AEPD exigen un mayor rigor en la demostración de que cumplen con los requisitos.

De la información y documentación aportada a estos efectos por Autocontrol, y tal y como se recoge en el informe complementario de la Subdirección General de Protección de Datos, referido exclusivamente al Jurado de la Publicidad como organismo de supervisión, como en el informe del Gabinete Jurídico, se concluye que el Jurado de la Publicidad cumple con los criterios de acreditación de la AEPD, demostrando que reúne los requisitos del artículo 41.2 del RGPD para poder ser acreditado. Procede, no obstante, revisar el cumplimiento de estos criterios:

- INDEPENDENCIA

El promotor del código de conducta ha de demostrar que el organismo de supervisión propuesto es capaz de realizar sus funciones de supervisión de forma independiente y autónoma, sin la influencia del promotor del código, de los miembros del código o de la profesión, industria o sector de actividad al que se refiera.

El Jurado de la Publicidad se crea en los estatutos de Autocontrol (artículo 22) como órgano especializado en materia publicitaria que tiene como objetivo controlar el cumplimiento del código de conducta publicitaria, mediante la tramitación extrajudicial de las reclamaciones que se produzcan en dicho ámbito. La Junta Directiva de Autocontrol aprobó el Reglamento del Jurado de la Publicidad, cuya última modificación data del 11 de julio de 2019. En el artículo 1 del Reglamento se establece que el Jurado de la Publicidad gozará de plena y absoluta independencia en sus funciones. Sus características son las de un órgano especializado en materia deontológico-publicitaria formado por personas independientes y que se rige por su propio Reglamento.

El Jurado de la Publicidad está compuesto por un Presidente, entre tres y seis Vicepresidentes, y entre nueve y veinte vocales de indiscutible imparcialidad, que son nombrados y renovados por mayoría de los miembros de la Junta Directiva de la Autocontrol entre expertos independientes de reconocido prestigio personal y profesional. Ninguno de sus miembros puede tener relación mercantil, laboral, orgánica o de otra índole con los socios de Autocontrol durante los 3 años anteriores a su designación, ni durante su mandato, que es de dos años con posibilidad de prórroga. El artículo 32 del Reglamento del Jurado de la Publicidad les garantiza la no remoción sin causa justificada y les prohíbe recibir instrucciones de ninguna de las partes de un litigio, ni mantener relación con ellas durante los 3 años anteriores. La retribución que reciban los miembros del Jurado de la Publicidad no guardará relación alguna con el resultado del procedimiento.

Del conjunto de normas y procedimientos formales para la designación de sus integrantes y funcionamiento, así como de la información sobre su financiación y presupuesto se concluye que el Jurado de la Publicidad responde al criterio de independencia que, para los organismos de supervisión de carácter interno, como es éste, debe contar con la debida separación de personal, gestión, rendición de cuentas y función de otras áreas de la organización.

- AUSENCIA DE CONFLICTOS DE INTERESES

Los miembros del Jurado de la Publicidad están sometidos a un régimen que muestra el cumplimiento de este criterio:

- No han debido de mantener relación laboral, mercantil, orgánica o de otro tipo con las partes de un litigio en el que intervengan.
- Su mandato es por un periodo de tiempo determinado sin que puedan ser removidos sin causa justificada.
- No deberán recibir instrucciones de ninguna de las partes de un litigio en el que intervengan, ni de sus representantes, ni mantener o haber mantenido con ellas relación durante los tres años anteriores.
- La retribución de los miembros del Jurado de la Publicidad no guardará relación alguna con el resultado del procedimiento.
- El artículo 1.2 del Reglamento del Jurado de la Publicidad establece la obligación de sus miembros de abstenerse en caso de conflicto de intereses.
- El artículo 14 del Reglamento del Jurado establece la relación de las causas que dan lugar a la recusación y a la abstención de sus miembros que se concluye con cualquier otra que pueda generar un conflicto de intereses o pueda suscitar dudas sobre su independencia e imparcialidad.
- Las partes del litigio y los órganos de Autocontrol pueden ejercer la recusación, y en caso de estimarse se procede a la designación de un sustituto dentro de los miembros de la Sección correspondiente del Jurado.

Estas características permiten, conforme a los criterios de acreditación de la AEPD, considerar que el Jurado de la Publicidad está sujeto a medidas y procedimientos que garantizan su imparcialidad y la ausencia de conflictos de intereses.

- EXPERIENCIA

El Jurado de la Publicidad está compuesto por un Presidente, entre tres y seis Vicepresidentes, y entre nueve y veinte vocales de indiscutible imparcialidad, que son nombrados y renovados por la Junta Directiva de la Autocontrol, por mayoría de sus miembros, entre expertos independientes de reconocido prestigio personal y profesional.

Las funciones del Jurado de la Publicidad como organismo de supervisión del código de conducta se asignan a la Sección Séptima, cuyos miembros, según se acredita con la documentación aportada al procedimiento son personas cuya trayectoria profesional permite atribuirles los conocimientos y experiencia necesaria tanto en el ámbito jurídico, y en concreto en materia de protección de datos, como en el de la publicidad y comunicación comercial, que es el sector de actividad al que se dirige el código de conducta.

- PROCEDIMIENTOS Y ESTRUCTURA

Los criterios de acreditación de la AEPD exigen que el organismo de supervisión disponga de procedimientos, estructuras y recursos adecuados para llevar a cabo el proceso de supervisión, incluida la evaluación de la idoneidad de los responsables o encargados del tratamiento para aplicar el código, supervisar su cumplimiento y realizar revisiones periódicas de sus operaciones.

A este respecto, por una parte, se prevé que las entidades candidatas a la adhesión al código de conducta notifiquen previamente los interlocutores y, en su caso, el delegado de protección de datos para permitir la necesaria interlocución que exige el desarrollo del procedimiento de mediación con Autocontrol y con el Jurado de la Publicidad. Requisito imprescindible para la adhesión y que configura el procedimiento para determinar la idoneidad de los candidatos a formar parte del código.

A su vez, el Jurado de la Publicidad comprobará periódicamente que las empresas adheridas al código mantienen los requisitos exigidos para su adhesión y periódicamente efectuará una actualización de los datos de los interlocutores comunicados para la gestión de las reclamaciones.

En este ámbito, cabría también considerar el procedimiento de revisión del criterio sobre cualquier tratamiento de datos previsto en el código de conducta por el Jurado de la Publicidad en los términos del artículo 11 del mismo.

Por otra, el artículo 12 del código de conducta señala que *“Cuando el Jurado de la Publicidad, al resolver una reclamación, declare un incumplimiento del código, la resolución será motivada y se pronunciará sobre sanciones que, en su caso, proceda imponer con arreglo a su Reglamento”*. El Reglamento recoge en el Título III dedicado a su funcionamiento un Capítulo (el I) sobre las infracciones de códigos y normas de conducta, aplicable al código de conducta de referencia.

El Jurado de la Publicidad se estructura en siete secciones y la supervisión del código está asignada a la sección séptima. Así mismo, dispone de una Secretaría Técnica y una Secretaría Administrativa para realizar sus trabajos. La Secretaría Técnica cuenta con abogados expertos en derecho de la publicidad y protección de datos.

Procedimientos y estructura que se consideran suficientes a los efectos de su acreditación.

- **GESTIÓN TRANSPARENTE DE LAS RECLAMACIONES**

El organismo de supervisión deberá demostrar que dispone de un procedimiento documentado, eficaz, imparcial y transparente para la recepción, evaluación, supervisión, registro y resolución de reclamaciones en un plazo razonable.

En la medida que el procedimiento para la resolución de litigios por el Jurado de la Publicidad es el que establece su Reglamento para gestionar y resolver las reclamaciones que se planteen sobre el cumplimiento del código de conducta puede considerarse conforme a los criterios de acreditación fijados por la AEPD, toda vez que reúne las siguientes características:

- Sencillez, en la web de Autocontrol se facilita información sobre cómo presentar una reclamación, el procedimiento que se sigue y los miembros del Jurado de la Publicidad.
- Gratuidad para los interesados, sin que sea necesario estar asistido por abogado o asesor jurídico.
- Accesibilidad, a través de un formulario online.
- Principio de contradicción, las partes pueden formular alegaciones.
- Celeridad, el plazo para la resolución de una reclamación será como máximo de 15 días desde que se haya completado la reclamación.
- Motivación de las resoluciones, vinculantes para las entidades adheridas.
- Doble instancia, posibilidad de recurso.
- Notificación de las resoluciones a las partes y su publicación íntegra en la página web de Autocontrol, así como de los datos estadísticos.
- Registro de las reclamaciones recibidas.
- Trazabilidad de las reclamaciones a través de la Secretaría del Jurado que atiende las consultas que se le formulen sobre el estado de tramitación.

- **COMUNICACIÓN CON LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS**

El organismo de supervisión ha de informar anualmente a la AEPD de las actividades realizadas, tanto las medidas y diligencias realizadas para verificar el cumplimiento del código, y de sus resultados, como las reclamaciones recibidas y sus resultados, así como cuando se produzca un cambio sustancial que pudiera afectar a la independencia del organismo de supervisión, su

pericia o generar conflictos de intereses, lo que se ha de comunicar sin demora injustificada a la AEPD, a fin de iniciar, si fuera necesario, un nuevo procedimiento de acreditación.

A estos efectos el Jurado de la Publicidad mantendrá informada a la AEPD de toda su actividad como organismo de supervisión, en particular de las medidas que adopte conforme al artículo 41.4 del RGPD, para lo que Autocontrol ha creado una dirección de correo electrónico exclusiva para este tipo de reclamaciones.

Así mismo, el apartado 13 del código dispone que la Secretaría del Jurado de la Publicidad también elaborará un informe estadístico colectivo anual que facilitará a la Agencia Española de Protección de Datos.

Se ha establecido un canal específico para la comunicación del Jurado de la Publicidad con la AEPD para facilitarle la información necesaria, sin perjuicio de que también proceda de la propia Autocontrol como en el caso de las sanciones por incumplimiento del código que se adopten o de cualquier cambio que se produzca en los miembros del Jurado de la Publicidad, o de cualquier otro cambio sustancial que pudiera afectar a su independencia, pericia o generar conflictos de intereses para que, en su caso, se inicie un nuevo proceso de acreditación, por lo que sería suficiente para considerar por cumplido este criterio.

- MECANISMOS DE REVISIÓN DEL CÓDIGO

El organismo de supervisión desempeña un papel clave en la revisión de los códigos de conducta, por lo que debe demostrar que dispone de procedimientos documentados para evaluar la eficacia del código de conducta y garantizar que continúa resultando pertinente para sus miembros y sigue cumpliendo con la aplicación del RGPD, o, en otro caso, que debería revisarse y adaptarse a las conclusiones de las evaluaciones realizadas.

A estos efectos, el Jurado de la Publicidad, conforme se establece en los artículos 4.a) y 46 de su Reglamento y de los Estatutos de Autocontrol, respectivamente, tiene la función de formular anteproyectos de códigos éticos y otras normas de conducta en materia de comunicación comercial. Así mismo, el artículo 4.h) del Reglamento del Jurado de la Publicidad prevé que la Junta Directiva de Autocontrol le encomiende otras funciones, incluidas aquellas en materia de privacidad y protección de datos, que podrían incluir la revisión del código.

Regulación que resulta adecuada para cumplir con dicha función, sobre la que, no obstante, el Gabinete Jurídico, en su informe, destaca que *“teniendo en cuenta la incidencia que tiene en el ámbito publicitario la protección de datos de carácter personal, derivada del incremento de las nuevas tecnologías y el crecimiento de la publicidad digital, basada en el perfil de los afectados, tal y como se señala en el propio código para justificar su necesidad, sería deseable una continua revisión del mismo para adaptarlo a la evolución de dichas tecnologías y ampliar esa parte de su contenido, lo que permitiría asimismo incrementar la*

actuación en este sentido del Jurado de la Publicidad, en cuanto órgano de supervisión del código.”.

- **CONDICIÓN JURÍDICA**

Con arreglo a este criterio de acreditación, el organismo de supervisión debe facilitar toda la información necesaria para asumir la responsabilidad en caso de incumplimiento de sus obligaciones, según lo dispuesto en el artículo 41.4 del RGPD, y hacer frente a las multas administrativas a que se refiere el artículo 83.4.c), del RGPD.

El Jurado de la Publicidad, con sede en la ciudad de Madrid, es un organismo interno de la asociación promotora del código de conducta que carece de personalidad jurídica propia, por lo que Autocontrol responde legalmente de sus acciones, en particular como organismo de supervisión del código de conducta, que puede ser objeto de sanción conforme a lo dispuesto en el RGPD y la LOPDPGDD.

A tal efecto, Autocontrol dispone, conforme a sus estatutos, de un fondo para cubrir eventuales responsabilidades y ha suscrito un contrato de seguro para responder de cualquier incumplimiento derivado de la normativa de protección de datos.

La información proporcionada por Autocontrol permite considerar al Jurado de la Publicidad como susceptible de ser sancionado, así como la disposición de recursos para hacer frente a las eventuales sanciones que por incumplimiento de las obligaciones como organismo de supervisión se le pudieran imponer por la AEPD.

VI

Conforme, se ha indicado, el organismo de supervisión del cumplimiento del código ha de ser acreditado por la AEPD, por lo que la resolución que se adopte ha de incluir no sólo la aprobación del código de conducta presentado si resulta conforme con el presente RGPD y la LOPDPDGG; y si se consideran suficientes las garantías adecuadas ofrecidas, sino que, en ese caso, también ha de contemplar la acreditación del organismo de supervisión si conforme a los criterios de acreditación aprobados por la AEPD reúne los requisitos establecidos en el artículo 41.2 del RGPD.

Las Directrices del CEPD, en su apartado relativo a las definiciones, indican que la "Acreditación" se refiere a verificar si el organismo de supervisión propuesto reúne los requisitos establecidos en el Artículo 41 del RGPD para llevar a cabo la supervisión del cumplimiento del código de conducta. La verificación se realiza por la autoridad de control encargada de la aprobación del código. La acreditación de un organismo de supervisión solo se aplica a un código concreto, sin perjuicio de que un mismo organismo de supervisión pueda ser acreditado para más de un código si satisface los requisitos de acreditación.

El Jurado de la Publicidad, como organismo de supervisión del código de conducta denominado “CÓDIGO DE CONDUCTA DE TRATAMIENTO DE DATOS EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA”, promovido por la ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL “AUTOCONTROL”, reúne los requisitos establecidos en el artículo 41.1 del RGPD para ser acreditado para este código concreto, como se indica en las Directrices del CEPD y se recoge en el informe del Gabinete Jurídico, sin perjuicio de que para otros proyectos de códigos de conducta en el ámbito de la publicidad y comunicación comercial o actividades conexas pueda aludirse a dicha acreditación, siempre y cuando se mantengan las estructuras, procedimientos, mecanismos y medidas que se han puesto de manifiesto en este proceso de acreditación y, en su caso, se acreditase la pericia en la materia objeto del código; y se incluyera como organismo de supervisión por los promotores de dichos códigos.

VII

El proyecto de código de conducta, de conformidad con el criterio recogido en los informes de la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos y del Gabinete Jurídico, favorables a la aprobación del código de conducta y a la acreditación del Jurado de la Publicidad como su organismo de supervisión por considerar que cumplen lo dispuesto en los artículos 40.5 y 41.1 del RGPD, respectivamente, sin perjuicio de tener en cuenta el promotor las observaciones del informe del Gabinete Jurídico referidas a la adecuación del ámbito territorial del código y a la necesidad de su continua revisión dada la materia que trata, y que se han destacado anteriormente.

VIII

El RGPD, en su artículo 40.6, dispone que “*Si el proyecto de código o la modificación o ampliación es aprobado de conformidad con el apartado 5 y el código de conducta de que se trate no se refiere a actividades de tratamiento en varios Estados miembros, la autoridad de control registrará y publicará el código.*”; y en su apartado 11 que “*El Comité [Europeo de Protección de Datos] archivará en un registro todos los códigos de conducta, modificaciones y ampliaciones que se aprueben, y los pondrá a disposición pública por cualquier medio apropiado.*”.

Por su parte, el artículo 38.5 de la LOPDPGDD estipula que “*La Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos mantendrán registros de los códigos de conducta aprobados por las mismas, que estarán interconectados entre sí y coordinados con el registro gestionado por el Comité Europeo de Protección de Datos conforme al artículo 40.11 del citado reglamento [RGPD]. El registro será accesible a través de medios electrónicos.*”.

En consecuencia, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

RESUELVE

PRIMERO.- Aprobar el “CÓDIGO DE CONDUCTA DE TRATAMIENTO DE DATOS EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA”, cuyo promotor es la ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL “AUTOCONTROL”.

SEGUNDO.- Acreditar como organismo de supervisión para el código de conducta al Jurado de Publicidad.

TERCERO.- Registrar y dar publicidad al código de conducta, y comunicarlo al Comité Europeo de Protección de Datos a efectos de su registro y disposición pública.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a la ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL “AUTOCONTROL”.

Contra esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española
de Protección de Datos