

¿QUÉ PUEDE APORTAR EL *SOFT LAW* A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL ÁMBITO PUBLICITARIO?

*Germán Serrano Rodríguez*¹

Abogado
ICA de Almería

PLANTEAMIENTO: Determinar la función que cumple el Código de conducta para el tratamiento de datos en la actividad publicitaria (2020) elaborado por «Autocontrol», Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (en adelante, «Autocontrol»), y concretar, según las previsiones de dicho código, el contenido del deber de información y demás obligaciones de las entidades adheridas.

CUESTIONES:

1. ¿Qué función cumple el Código de Conducta elaborado por «Autocontrol»?
2. ¿Qué información deben aportar las entidades adheridas al Código de Conducta a los interesados, al respecto del tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios?
3. De acuerdo con los principios de Protección de Datos ¿cuáles son las principales obligaciones que asumen las entidades adheridas?

LEGISLACIÓN: 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 (en adelante, «RGPD»); Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, «LOPDGDD»); Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante «LGP»).

1. ¿QUÉ FUNCIÓN CUMPLE EL CÓDIGO DE CONDUCTA ELABORADO POR «AUTOCONTROL»?

Hablar de «Autocontrol» (asociación sin ánimo de lucro constituida en 1995) implica hablar de autorregulación. En efecto, este organismo independiente, compuesto por anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales, tiene entre sus funciones la de dotar de códigos de conducta internos a las empresas integrantes de la industria publicitaria, con el objetivo de trabajar por una publicidad responsable: leal, veraz, honesta y legal.

¹ El autor es Delegado de Protección de Datos (N. del E.).

Pues bien, en el ámbito de la Protección de Datos, la importancia de los códigos de conducta dimana directamente de la normativa europea y estatal aplicable. Tanto es así, que el artículo 40.1 RGPD y el art. 38 LOPDGDD determinan la obligación de las autoridades de control (en España: la Agencia Española de Protección de Datos -AEPD- y las autoridades de control autonómicas existentes) de promover que Asociaciones y otros organismos elaboren códigos de conducta destinados a contribuir a la correcta aplicación del RGPD, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de actividad.

Así las cosas, «Autocontrol» ha elaborado un «Código de Conducta para el tratamiento de datos en la actividad publicitaria» (en adelante, Código de Conducta), el cual, de acuerdo con lo previsto en el art. 40.5 y 6 RGPD, fue remitido para su aprobación a la AEPD y finalmente ha sido recientemente aprobado. Este Código de Conducta es, por tanto, un instrumento de *soft law* con un extraordinario valor jurídico, en la medida en que se consagra como una herramienta eficaz cuyo fin primordial y último es procurar en todo momento el cumplimiento de la legislación de Protección de Datos en el ámbito publicitario.

2. ¿QUÉ INFORMACIÓN DEBEN APORTAR LAS ENTIDADES ADHERIDAS AL CÓDIGO DE CONDUCTA A LOS INTERESADOS, AL RESPECTO DEL TRATAMIENTO DE SUS DATOS PERSONALES CON FINES PUBLICITARIOS?

El punto 7.3 del Código de Conducta determina que, al cumplir con su deber de información en el ámbito digital, las entidades adheridas deben facilitar la lectura y comprensión de la información transmitida con textos desplegados o soluciones similares. Además, establece que, cuando se informe al interesado de modificaciones sobre un tratamiento con fines publicitarios que ya se viniera realizando, se proporcionará una cláusula informativa completa y clara sobre tales modificaciones.

Por su parte, el punto 7.4 del Código de Conducta, al respecto de la actividad publicitaria con fines de mercadotecnia directa, recoge el deber de las entidades adheridas de informar a los interesados sobre su derecho a oponerse al tratamiento de sus datos personales para estos fines.

Y, de otro lado, el punto 7.6 del Código de Conducta indica que, cuando las entidades adheridas hagan uso de cookies con una finalidad publicitaria, deberán describir la misma evitando descripciones ambiguas. Además, si dicha finalidad publicitaria implicase crear un perfil del usuario en atención a sus gustos y preferencias, se le deberá especificar expresamente.

3. DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE DATOS ¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES QUE ASUMEN LAS ENTIDADES ADHERIDAS?

A) Licitud del tratamiento

El punto 7.2.1 del Código de Conducta determina que, cuando las entidades adheridas recurran al consentimiento del interesado como base de licitud para el tratamiento de datos con fines publicitarios, deberán asegurarse de que dicho consentimiento es inequívoco (tal y como prescriben el RGPD y la LOPDGDD). Además, deben tener en cuenta que, cuando se solicite el consentimiento para fines publicitarios en el marco de un contrato cuya ejecución no requiera el envío de publicidad, dicho consentimiento deberá facilitarse de forma separada a la aceptación general del contrato.

Por otra parte, el punto 7.2.2 del Código de Conducta indica que la entidad adherida deberá justificar su interés legítimo para el tratamiento de datos en atención a factores tales como: las expectativas de los interesados respecto de la publicidad realizada; si los interesados son menores o personas que requieran una especial protección; la facilidad con la que los interesados pueden oponerse al tratamiento; etc.

B) Minimización de datos

Este principio tiene su reflejo en el punto 7.1.a) del Código de Conducta e implica la obligación de no usar más datos de los necesarios para el fin publicitario a que se destina el tratamiento.

C) Exactitud

El Código de Conducta determina, en la letra b) de su punto 7.1, que «[c]uando las entidades adheridas realicen un seguimiento de las comunicaciones comerciales que realicen por medios electrónicos y comprueben que existen envíos fallidos, estudiarán los motivos y, si el fallo se debiera a un error en los datos de contacto (por ejemplo, si el sistema indica que la dirección de email de destino no existe), suprimirán o, cuando sea posible, rectificarán el dato incorrecto».

D) Confidencialidad

El punto 7.2.2.b) del Código de Conducta establece que, si bien la entidad adherida está facultada para remitir, *per se*, a los interesados publicidad de productos o servicios similares a los inicialmente contratados pero comercializados por otras empresas del grupo empresarial al que pertenezca, ello no le posibilita a comunicar los datos de los interesados a tales empresas (pues, de lo contrario, tendría lugar un acceso no autorizado y un consiguiente quebranto del principio de confidencialidad).

E) Accountability

Además de los anteriores principios, las entidades adheridas deben observar en todo momento la «protección de datos desde el diseño y por defecto» (*accountability*) que prevé el art. 25 RGPD, de conformidad con el cual «el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas».

Así, al objeto de acreditar el cumplimiento del principio de *accountability*, el Código de Conducta indica, en la letra c) de su punto 7.1, lo siguiente: «Las entidades adheridas deberán conservar prueba del cumplimiento de la normativa de protección de datos en relación con su actividad publicitaria. A estos efectos, en relación con el envío de comunicaciones comerciales, podrán realizar una revisión periódica, comprobando una muestra representativa de los envíos realizados para verificar que los destinatarios de dicha muestra han sido informados del tratamiento de sus datos conforme exige la normativa y que existe una base jurídica que legitime los envíos».

Fecha de recepción: 02.12.2020

Fecha de aceptación: 10.03.2021