

ALGUNOS ELEMENTO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA: LA AUTORREGULACIÓN REGULADA

M^a Mercedes Serrano Pérez
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. 1. El carácter vinculante del código de conducta. 2. El carácter voluntario de la elaboración del código de conducta y sus ventajas. 3. La capacidad autorreguladora de las partes. IV. CONTENIDO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. V. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA APROBACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. LA AEPD. 1. El órgano encargado de la supervisión de los códigos de conducta. VI. CONCLUSIÓN.

151

RESUMEN

El nuevo paradigma de la protección de datos en España se ha construido con un cuerpo normativo integrado por un Reglamento Europeo de eficacia directa y una Ley Orgánica que lo complementa. Para facilitar la aplicación y adaptación del marco legislativo aprobado puede resultar de utilidad la elaboración de códigos de conducta. Las necesidades específicas de los diferentes sectores pueden demandar una respuesta detallada y cercana que la norma europea atribuye a los códigos de conducta (art. 40.1 RGPD), pues, contribuyen “a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas”.

Palabras clave:

Protección de datos, acuerdos, sectores específicos, autorregulación.

ABSTRACT

SOME ELEMENTS OF CODES OF CONDUCT: REGULATED SELF-REGULATION

The new paradigm of data protection in Spain has been built with a body of regulations comprising a European Regulation of direct effectiveness and an Organic Law that complements. The development of codes of conduct may be useful to facilitate the implementation and adaptation of the adopted legislative framework. The specific needs of different sectors may require a detailed and close response that the European standard attributes to codes of conduct (art. 40.1 GDPR) therefore contribute "to the correct application of this Regulation, taking into account the specific characteristics of the different processing sectors and the specific needs of micro, small and medium-sized enterprises".

Key words:

Data protection, agreements, specific sectors, self-regulation.

I. INTRODUCCIÓN.

El art. 40 RGPD regula los códigos de conducta como sucesores de los códigos tipo recogidos en la Directiva 95/46. La norma europea del 95 atribuía a estos la función de contribuir, de acuerdo con las particularidades de cada sector, a la correcta aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros para trasladar la presente Directiva. El art. 32 LOPD, en coherencia con la Directiva 95/46, contemplaba también los códigos tipo¹ bajo la fórmula de “acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresas”.

La regulación que de los códigos de conducta hace el RGPD responde a la nueva cultura de la protección de datos que contempla, por una parte una implicación más comprometida de los sujetos que tratan datos personales, así como una exigencia mayor de cumplimiento de la ley, de forma transparente y demostrable, y por otra, la necesidad de aportar mayor claridad para los interesados cuyos datos se manejan, de manera que puedan llevar a cabo de forma más efectiva el control sobre sus datos de carácter personal, objeto final del derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE y que encuentra reflejo europeo en el art. 8 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea², y en el art. 16 del TFUE³.

La regulación de los códigos de conducta se contiene tanto en el art. 40 RGPD como en el art. 38 LOPDGD. El primero de ellos incluye aspectos materiales y cuestiones referidas a requisitos de forma y procedimentales que han de cumplir los códigos de conducta, mientras que la norma nacional se detiene en precisar con más detalle aspectos formales.

1 El art. 32.2 LOPD establecía que “1. Mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresas, los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupen, podrán formular códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo. 2. Los citados códigos podrán contener o no reglas operacionales detalladas de cada sistema particular y estándares técnicos de aplicación. En el supuesto de que tales reglas o estándares no se incorporen directamente al código, las instrucciones u órdenes que los establecieran deberán respetar los principios fijados en aquél. 3. Los códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos y, cuando corresponda, en los creados a estos efectos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 41. El Registro General de Protección de Datos podrá denegar la inscripción cuando considere que no se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, debiendo, en este caso, el Director de la Agencia de Protección de Datos requerir a los solicitantes para que efectúen las correcciones oportunas.”

En cumplimiento de esta previsión, se elaboraron códigos tipo que, de acuerdo también con el art. 77.3 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 (RDLOPD), debían publicitarse preferentemente por medios informáticos o telemáticos. El depósito y la posterior inscripción de los códigos tipo les proporcionaba carácter vinculante, según el art. 77.1 RDLOPD, al igual que ocurre con la legislación actual. El RDLOPD regulaba los códigos tipo en los arts. 71 a 78.

Entre los códigos que se inscribieron en la AEPD, de acuerdo con la LOPD citamos, por ejemplo, el código de conducta de protección de datos personales en la Universidad de Castilla-La Mancha, el código tipo de tratamiento de datos de carácter personal para odontólogos y estomatólogos de España; el código tipo de la Unió Catalana d'Hospitals; el código tipo de farmaindustria de protección de datos personales en el ámbito de la investigación clínica y de la farmacovigilancia, código tipo de protección de datos para organizaciones sanitarias privadas, entre otros, disponibles en <https://www.aepd.es/reglamento/codigos-de-conducta/>

2 El art. 8 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea dice así: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

3 El art. 16 TFUE establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.

II. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL CÓDIGO DE CONDUCTA.

Ni el artículo 40 RGPD ni el 38 LOPDGDD aportan una definición de los códigos de conducta. El artículo 40.1 RGPD si refleja su finalidad, que ha de ser “contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento”, finalidad genérica y amplia, presente también en la normativa anterior y condicionada por las características específicas de los distintos sectores del tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, según el propio art. 40.1 RGPD. Las características de la actividad o de las empresas resultan condicionantes esenciales pues, necesariamente habrán de ser tenidas en cuenta cuando se elabore un código de conducta, para poder cumplir su finalidad de mediador en el proceso de acercamiento de los criterios y reglas contenidos en el RGPD al sector al que se dirige el código. Si el código de conducta se limitara a repetir contenidos ya regulados por la normativa de protección de datos, se alejaría de la observancia de la función de adaptación que le encomienda el RGPD y su papel quedaría reducido a la inutilidad.

La finalidad de código de conducta de ayudar en la aplicación y cumplimiento del RGPD, teniendo en cuenta las necesidades específicas de los diferentes sectores, se traduce en una mediación entre la norma europea y los intereses y necesidades de los sectores que se someten a la legislación sobre protección de datos, mediación que se deja en manos de los sujetos interesados, que no podrán apartarse en dicha tarea de los criterios ya legislados. La labor de mediación que el código de conducta ha de desarrollar no puede desatender la pretensión final de garantizar los derechos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, que es el objeto último de la norma europea, haciéndolo compatible con el tratamiento de la información y con la libre circulación de estos datos.

La Directiva 95/46 tampoco contemplaba una definición de código de conducta. Aludía a ellos en el considerando 61, apoyando su elaboración bajo el impulso de la función de promoción y fomento, y señalando que “los Estados miembros y la Comisión, dentro de sus respectivas competencias, deben alentar a los sectores profesionales para que elaboren códigos de conducta a fin de facilitar, habida cuenta del carácter específico del tratamiento de datos efectuado en determinados sectores, la aplicación de la presente Directiva respetando las disposiciones nacionales adoptadas para su aplicación”⁴. El art. 27 de la Directiva regulaba los códigos de conducta en línea similar a la del RGPD, esto es, como elementos surgidos para facilitar la correcta aplicación de las disposiciones nacionales que elaborarán los Estados miembros para adoptar la Directiva, y con obligación de someter los mismos al examen de la autoridad nacional competente. En caso de tratarse de códigos comunitarios, decía el art. 27.3 de la Directiva, el precepto contemplaba la posibilidad de someterlos a examen del Grupo de Trabajo del art. 29, que se pronunciaría sobre la adecuación del código a la Directiva. La norma preveía, en ambos casos (códigos de ámbito nacional y códigos de ámbito comunitario), la posibilidad de recabar la opinión de los interesados, así como proporcionar la publicidad adecuada a los códigos dictaminados favorablemente por el Grupo.

En el ámbito nacional, la LOPD, que tampoco aportaba un concepto de código de conducta, incidía en sus funciones y señalaba que “mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupan podrán formular códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo” (art. 32 LOPD). De la regulación del RDLOPD podían deducirse algunos de sus elementos como su finalidad, carácter deontológico, carácter voluntario de su

4 El considerando 26 menciona también expresamente al referirse a los datos anónimos, que los códigos de conducta del artículo 27 pueden constituir un elemento útil para proporcionar indicaciones sobre los medios gracias a los cuales los datos pueden hacerse anónimos y conservarse de forma tal que impidan identificar al interesado, sugiriendo un contenido claro a incluir en los códigos de conducta.

elaboración, carácter vinculante para los adheridos al mismo, carácter sectorial, etc.

Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales definía el código de conducta, en el contexto de la protección de datos, como “cualquier conjunto de normas de protección de datos que se apliquen a una pluralidad de responsables del tratamiento que pertenezcan a la misma profesión o al mismo sector industrial, cuyo contenido haya sido determinado fundamentalmente por miembros del sector industrial o profesión en cuestión”⁵, definición que incidía en su contenido normativo y en el ámbito subjetivo, tanto en lo que respecta a los sujetos que lo elaboraban como a los sujetos a los que vinculaba.

Entre nosotros destacamos la definición de DÍAZ ROMERAL, para quien el código de conducta es un “acuerdo de buenas prácticas no impuesto por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro ni por el Derecho de la Unión, pero sí aprobado por la autoridad pública de control competente y, en su caso, por el Comité europeo de protección de datos o por la Comisión, en el que se define el comportamiento y buenas prácticas de aquellos responsables y encargados del tratamiento, que mediante su adhesión al código, se comprometen a cumplir sus disposiciones, que han de estar orientadas a la correcta aplicación del RGPD en sectores de tratamiento específicos y a la consiguiente protección de las personas físicas en lo relativo al tratamiento de los datos personales, todo ello bajo la supervisión de un organismo acreditado por la autoridad de control competente”⁶, descripción que contiene los elementos principales del código de conducta.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) insiste en el origen autorregulador de los códigos en su aproximación terminológica a los mismos, pues señala que “constituyen una muestra de lo que se denomina autorregulación, es decir, la capacidad de las entidades, instituciones y organizaciones para regularse a sí mismas a partir de la normativa establecida”⁷, circunstancia esta última que modula la capacidad autorreguladora de las partes entendida como sinónima de autonomía ilimitada (solo con los límites derivados del ordenamiento constitucional en su conjunto, se entiende). Los códigos de conducta son, por tanto, documentos acordados fruto de una autorregulación regulada o limitada, esto es, los códigos son el resultado de una capacidad de regulación voluntaria que ha de mantenerse en los márgenes normativos superiores establecidos, a riesgo, si no lo hacen, de no superar el procedimiento de aprobación determinado por la “norma madre”, si se me permite la expresión.

El código de conducta se caracteriza, según la regulación de la normativa señalada y de la definición anterior, por la existencia de un ámbito formal y un ámbito material en su delimitación. Con carácter general, para entrar más adelante en el detalle, desde el punto de vista material se trata de un acuerdo o documento autoimpuesto y determinado materialmente por una norma superior jerárquicamente, delimitación material

5 Documento del Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, *Documento de Trabajo: Evaluación de la autorregulación industrial: ¿En qué casos realiza una contribución significativa al nivel de protección de datos en un país tercero?*, adoptado el 14 de enero de 1998, disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1998/wp7_es.pdf, pág. 2.

6 Cfr. ALBERTO DÍAZ ROMERAL, “Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos”, *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo de privacidad*, Reus S. A., 2016, pág. 390. La definición tiene como base la que incluye la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y según la cual “código de conducta” es el “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores concretos”, citado también por el autor señalado. Por su parte, Helguero Sainz, contemplaba los códigos de conducta como el “conjunto de normas de buena conducta adoptados por entidades generalmente pertenecientes al mismo sector, como modelos a seguir para el desarrollo de sus actividades profesionales; asimilables a los códigos deontológicos o de buena práctica profesional. Estos constituyen una forma de complementar la regulación, o, en algunos casos, suplir las lagunas o carencias de aquélla, estableciendo normalmente medidas que no solo respetan las previsiones legales, sino que suponen garantías adicionales, reforzando el espíritu y finalidad de la Ley”. Cfr. JOSÉ HELGUERO SAINZ “Objeto y naturaleza de los códigos tipo”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, (ANTONIO TRONCOSO REIGADA dir.), Thomson-Reuters, Cívitas, Pamplona, 2010, pág. 1728.

7 Disponible en <https://www.aepd.es/reglamento/cumplimiento/codigos-de-conducta.html>

que orienta el código hacia una finalidad concreta fijada a su vez por la norma que prevé su existencia, en este caso la norma europea. Dicha finalidad dirige un mandato vinculante a los sujetos que decidan elaborar un código, pues nada de lo incorporado al código de conducta podrá ser contrario a aquella, ya que el contenido incluido debe contribuir a la correcta aplicación del RGPD. La delimitación material se refiere también al contenido que puede desarrollar; contenido que se encuentra descrito en el art. 40.2 RGPD y al que luego aludiremos. Por tanto, los códigos de conducta son pautas de actuación o protocolos de autorregulación a seguir en las rutinas de los tratamientos de datos y que hay que respetar en un sector determinado para llevar a cabo tratamientos conforme al RGPD, circunstancia que limita parcialmente la autonomía privada de las partes para la elaboración del código. Sin embargo, el contenido del código es potestativo, tal y como se desprende del art. 40.2 RGPD, afirmación que necesita cierta matización. A decir verdad, el contenido será relativamente discrecional pues, si la finalidad del código de conducta es aclarar y adaptar el contenido sustantivo del RGPD a un sector concreto, inevitablemente deberá incluir un contenido mínimo, a riesgo de convertirse en un documento incompleto y de difícil aplicación. Por tanto, los códigos constituyen mecanismos de autorregulación que se ven orientados, pero también limitados y determinados por los criterios de una norma de obligado cumplimiento, como es el RGPD, y por la norma nacional que se haya dictado para la incorporación de aquella.

Desde el punto de vista formal las limitaciones guardan relación con la existencia de un procedimiento especial y concreto de aprobación, que es presupuesto de validez del código, sujeto a supervisión por parte de la autoridad competente acreditada para ello y de obligado cumplimiento para el conjunto de sujetos que se encuentren sometidos al mismo. Los códigos de conducta solamente serán vinculantes para el sector al que se dirigen, siempre y cuando se hayan aprobado siguiendo el procedimiento establecido en el art. 40.5 y 40.7 REPD y art. 38.3 y 38.4 LOPDGDD. Por otro lado, el código de conducta es un documento escrito que ha de reflejar la manera de proceder al tratamiento de los datos personales en un campo determinado, de forma que el tratamiento se adecúe al RGPD y se garanticen los derechos de los interesados. El código de conducta contiene un manual escrito de buenas prácticas de tratamiento de datos aplicados a un sector concreto y acorde con la regulación contenida en la norma superior, por lo que sigue un esquema similar al de las normas, aunque puede incluir anexos ejemplificativos.

De los preceptos señalados se desprende que puede existir un elevado número de códigos de conducta, tantos como adaptaciones se quieran efectuar del RGPD a diferentes sectores, máxime teniendo en cuenta que la promoción de su elaboración es una función asignada expresamente a los Estados miembros, a las autoridades de control, al Comité y a la Comisión (art. 40.1 RGPD), además de a los sujetos contemplados en el art. 38.2 LOPDGDD. La proliferación de códigos de conducta puede verse limitada a través del procedimiento del art. 40.9 RGPD, por el que la Comisión otorga validez general dentro de la Unión a un código cuando guarde relación con actividades de tratamiento en varios Estados miembros, según el art. 40.7 RGPD y siguiendo el procedimiento establecido en el art. 40.8 RGPD.

De la redacción del art. 40 RGPD y de la definición sugerida podemos deducir los elementos que, sin estar explícitos ni ordenados en la norma europea, ayudan a configurar formal y sustancialmente el código de conducta y a perfilar algo más esta figura que no cabe sino situarla en el campo jurídico por la conexión entre código de conducta y Reglamento, además de por su afán regulatorio dentro de un marco jurídico dado. Pese a requerirse de una voluntad (autorreguladora) ajena al legislador europeo o nacional para elaborar el código de conducta, este último no puede considerarse fruto de la dejadez del Derecho, sino resultado de la necesaria colaboración entre diferentes voluntades que, en una labor principalmente técnica, pero no solo, segmentarán y facilitarán la aplicación de la regulación superior. Que supone una intervención popular en la aplicación de la protección de datos resulta obvio, pues la necesaria participación de sujetos a los que se les reconoce una cierta capacidad representativa para realizar la adaptación normativa, no hace sino señalar la participación directa de los ciudadanos y su implicación en el nuevo modelo de protección de datos.

En el sector concreto al que se dirige, y siempre que el código se haya elaborado y aprobado por el procedimiento establecido, resulta de aplicación obligatoria, por lo que aparece como una figura peculiar en el ordenamiento jurídico, cuestiones que abordaremos más adelante.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.

Los códigos de conducta son un documento escrito y de obligado cumplimiento para el sector que lo suscribe y que recoge las buenas prácticas a desarrollar y cumplir en el tratamiento de los datos personales. El objetivo de facilitar el cumplimiento del RGPD, a partir de la autorregulación llevada a cabo por las entidades, instituciones y organismos competentes, desde la norma vigente en materia de protección de datos, les otorga una naturaleza especial dentro del mundo jurídico. Dos elementos cabe destacar en torno a su naturaleza: el carácter vinculante del código y la capacidad autorreguladora de las partes. No se trata tanto de atribuir una denominación jurídica al código, que por lo demás ni es una ley, ni es una fuente de derecho, sino de posicionarlo en un esquema de normas aplicables, tarea que hay que llevar a cabo analizando sus características esenciales, que le aproximan al mundo de lo exigible y por tanto de la normatividad.

Teniendo en cuenta el conjunto de normas multinivel en materia de protección de datos, la norma aplicable a un sector cuyos responsables han optado por elaborar un código aprobado por el procedimiento establecido, quedará integrado por el RGPD en primer lugar, como norma de eficacia inmediata, en segundo lugar por la ley orgánica vigente interna de desarrollo del derecho a la protección de datos y, por último, por el código de conducta diseñado al efecto, que realiza la adaptación de ambas normas al ámbito al que se dirige, al objeto de facilitar su cumplimiento. Pese a complementar el conjunto normativo de protección de datos para un determinado ámbito, no por ello el código se asimila a una ley en sentido estricto, por más que las normas de protección de datos le atribuyan carácter vinculante, característica que comparte con las leyes⁸, ya que el carácter obligatorio del código es parcial, lo que le aparta de la nota de generalidad predicable de la mayoría de las leyes. En efecto, el código de conducta nace con una voluntad regulatoria sectorial y con esa misma intención se mantiene en vigor. Su cumplimiento y ejecución son limitados. Frente a la vigencia universal -europea y nacional- de las normas citadas sobre protección de datos, el código presenta una vigencia limitada, sectorial o material, y subjetiva, por más que pueda ampliarse su eficacia a través del mecanismo de “validez general dentro de la Unión” del art. 40.9 RGPD. De “normas “a medida” formuladas para adecuar la normativa vigente a las peculiaridades de la entidad promotora del código, y de carácter vinculante para aquellos que lo suscriben” habla CAZURRO BARAHONA⁹ con acierto¹⁰.

Ahora bien, la trilogía regulatoria señalada, que sitúa al código de conducta en el lugar inferior desde el punto de vista jerárquico, tras el RGPD y la ley orgánica, hay que resaltar que, a la hora de la aplicación práctica vería invertido su orden, siendo el documento más cercano a los interesados el primero en tenerse en cuenta para fiscalizar el tratamiento de datos y proteger los derechos del interesado. De hecho esta es su principal razón de ser, a saber, adaptar el RGPD y facilitar su cumplimiento, motivo que prioriza su intervención para solucionar las cuestiones que se planteen en la utilización diaria de los datos personales y en el ejercicio de los derechos de los interesados. Pese a ello, insistimos, los códigos de conducta no se convierten en derecho, esto es, no forman parte del bagaje del Derecho de protección de datos establecido, sencillamente porque no constituyen una fuente del Derecho, lo que no impide considerarlos incluidos en el campo jurídico. Que no es fuente del Derecho se desprende de la consideración de fuentes que hace el art. 1.1 CC, y aunque el carácter normativo de la Constitución del 78 ha alterado el sistema de fuentes tradicional, situándose ella misma en la cúspide de ordenamiento jurídico, tampoco esa reubicación de las fuentes del Derecho puede atribuir al código dicho carácter, pese a la extensión que ha experimentado el sistema de fuentes.

8 Helguero Sainz, señala sobre los códigos que “A pesar de constituir un instrumento de gran ayuda para cumplir la normativa vigente en materia de protección de datos, no son normas jurídicas vinculantes”, lo que debe entenderse en el sentido de vinculantes con carácter general, pues sí lo son para aquellos que deciden voluntariamente someterse al código. Cfr. J. HELGUERO SAINZ, “Objeto y naturaleza de...”, op. cit., p. 1730.

9 Cfr. VÍCTOR CAZURRO BARAHONA, “Objeto y naturaleza de los códigos tipo”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, en (A. TRONCOSO REIGADA dir.), pág. 1755.

10 Frente a los calificativos que contenía la LOPD como “acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa”, fórmulas variadas que lo diferenciaban de la idea de ley, ni el RGPD ni la LOPDGD se refieren al código bajo ningún apelativo, lo que permite seguir considerándolo como un documento extraño al concepto de ley, pero perteneciente al mundo jurídico y con características y efectos particulares.

Los códigos de conducta no son pues, ni leyes, ni costumbres, ni principios generales del Derecho, sino “acuerdos, convenios o decisiones”. No son leyes pues carecen de carácter general, aunque la existencia de leyes sectoriales podría salvar esta circunstancia, y tampoco son creados por un sujeto legitimado para la producción legislativa, aunque exista una norma que reconozca a un conjunto de sujetos capacidad autocreadora. Sin embargo, comparten con las normas jurídicas la capacidad vinculante, la obligatoriedad del código para los sujetos a los que se dirige, lo que es fruto de la autonomía de la voluntad que toma la decisión de elaborar una normativa a partir de una norma superior dada y someterse a ella y la exigibilidad en su cumplimiento. Por todo ello el código ocupa en el derecho a la protección de datos un lugar principal en el sistema de normas aplicables, aunque específico y limitado desde el punto de vista sectorial.

3.1. El carácter vinculante del código de conducta.

El código de conducta tiene carácter vinculante, característica que comparte con las normas jurídicas. El carácter vinculante se desprende de la redacción del art. 40.4 RGPD, con la alusión a la función del organismo supervisor de llevar a cabo “el control obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados que se comprometan a aplicarlo...”, y de forma explícita del art. 38.1 LOPDGDD, al señalar que los códigos de conducta “...serán vinculantes para quienes se adhieran a los mismos”, y por tanto exigibles en su cumplimiento. El carácter imperativo del código le sitúa en un nivel jerárquico inmediatamente inferior al RGPD y a la LOPDGDD, esta última norma como regulación complementaria del Reglamento allí donde lo requiera.

3.2. El carácter voluntario de la elaboración del código de conducta y sus ventajas.

Adicionalmente y no por ello menos importante, al tratarse de un documento de elaboración potestativa se deja a criterio de las partes interesadas un margen de disposición absoluto a la hora de decidir su redacción, aunque desde el RGPD se recoja la obligación de promover la elaboración de los códigos y alentar su implantación (art. 40.1 RGPD), pero nada más. El carácter voluntario de su existencia implica que los sectores que no opten por su elaboración tendrán como referencia normativa exclusiva tanto el RGPD como la ley de protección de datos vigentes, que si constituyen normas en sentido estricto¹¹.

La voluntariedad en su elaboración supone que renunciar a ella no puede acarrear sanción alguna. La función de promoción del código, que corresponde a los órganos y autoridades que menciona el art. 40.1 RGPD y el art. 38.2 LOPDGDD, no incorpora un mandato imperativo que obligue a redactarlo. En la opcionalidad de su elaboración se materializa especialmente la capacidad voluntarista de las partes, pues, la denominada autonomía que se invoca para aludir al momento creador del código de conducta no se refiere tanto a la determinación del contenido del documento, por aparecer precisado con carácter previo a la intervención de la voluntad creadora del código, al menos en lo básico, sino al acto voluntario de asumir la labor de elaborar un código de conducta para regular un ámbito específico¹².

El art. 40.2 RGPD menciona a determinados entes colectivos como los sujetos que “podrán elaborar códigos de conducta o modificar o ampliar dichos códigos con objeto de especificar la aplicación del presente Reglamento...”, lo que alude a su carácter voluntario. La voluntariedad en la fase de la redacción no impide que, una vez redactado y aprobado por el procedimiento establecido, se convierta en documento

11 Para Helguero Sainz, afirma que los responsables de los ficheros “no están obligados a participar en la elaboración de este tipo de códigos, y una vez elaborados e inscritos están, del mismo modo facultados para elegir voluntariamente sobre su adhesión o suscripción, además de no implicar dicha adhesión el cumplimiento de la LOPD y su normativa de desarrollo”, que es en todo caso inexcusable, añadimos nosotros. Cfr. J. HELGUERO SAINZ, “Objeto y naturaleza de...”, op. cit., pág. 1730.

12 De La Cuesta Rute, en *La autorregulación como regulación jurídica*, afirma que “...la autonomía que se evoca, lejos de significar que en la propia conciencia reside la autoridad para imponer la norma, expresa que ésta lo es tan solo por su aceptación voluntaria por parte de quien a ella decide someterse”. Cfr. JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE, “La autorregulación como regulación jurídica”, Ponencia presentada al I Congreso Internacional “Códigos de conducta. Mercado, Publicidad y Mercados Financieros, UCM; 6 y 7 de marzo, 2008, pág. 4.

de obligado acatamiento. Más en concreto, el art. 40.4 RGPD se refiere a la inclusión en el código de conducta de mecanismos que permitan al organismo mencionado en el art. 41 RGPD, efectuar el control obligatorio “del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados del 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”. Del precepto citado se desprende que el control del cumplimiento del código resulta obligatorio por quien tiene reconocida dicha competencia, por un lado, y por otro que el código es de obligado cumplimiento para quien decide elaborarlo y someterse al mismo. Más preciso en cuanto a la obligatoriedad del código resulta el art. 38.1 LOPDGDD, según el cual “Los códigos de conducta regulados por la Sección 5ª del Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679 serán vinculantes para quienes se adhieran al mismo”.

Ahora bien, la elaboración de los códigos de conducta y su implantación implica un beneficio tanto para el encargado o responsable del tratamiento como para el sujeto del que se tratan los datos de carácter personal. Para el responsable el código se convierte en un medio de prueba de la responsabilidad proactiva que le exige el RGPD, al constituir un instrumento que puede evaluar la diligencia empleada (aunque también su falta de ella), así como su voluntad de proteger los derechos de los sujetos con las garantías adicionales incluidas en el código. Por su parte, para el sujeto del que se recogen datos personales constituye un elemento que puede facilitar el ejercicio de sus derechos y el control sobre sus datos de carácter personal, al tiempo que un instrumento para exigir el cumplimiento de la norma y un determinado comportamiento a los sujetos a los que se dirige el código¹³.

Además, la existencia de un código de conducta aporta seguridad jurídica en el tratamiento de los datos, lo que genera confianza entre los sujetos y puede mejorar el intercambio de información¹⁴. La seguridad jurídica del código se hace patente en la propia finalidad que ha de cumplir, esto es, contribuir a la correcta aplicación del RGPD. La AEPD menciona, entre los beneficios que reporta el sometimiento a un código de conducta, además de los señalados los siguientes¹⁵:

- Los códigos serán tenidos en cuenta para evaluar el impacto en protección de datos de las operaciones de tratamiento (responsables y encargados).
- Los códigos pueden servir para demostrar que el encargado adherido a un código de conducta ofrece garantías suficientes, también para subencargados. Igualmente puede facilitar el cumplimiento de los principios de la protección de datos y mejorar la calidad de la protección de los datos y por tanto de los derechos de los interesados.
- Los códigos pueden aportar garantías suficientes de cara a la realización de transferencias internacionales de datos (en este caso se requiere el dictamen del CEPD).
- Los códigos pueden ser tenidos en cuenta para la imposición de sanciones.
- La exigibilidad del código se hace depender de la aprobación del mismo por la autoridad competente, tras verificar que se adecúa a las normas vigentes sobre protección de datos.

159

3.3. La capacidad autorreguladora de las partes.

La capacidad autorreguladora de las asociaciones y organismos representativos de categorías de responsables o encargados del tratamiento aparece marcada en sus inicios por el impulso público e institucional que reconoce el RGPD y, en la parte final del proceso por la necesidad de ser aprobado por la autoridad de control competente¹⁶ a fin de convertirse en documento exigible. En medio de esos dos momentos interviene

13 Cfr. J. HELGUERO SAINZ, “Objeto y naturaleza de...”, op. cit., recoge también las ventajas derivadas de la creación de códigos tipo, pág. 1735.

14 Tal y como se recoge en “Autorregulación y Protección de datos personales”, Documento elaborado por el Grupo de Trabajo reunido en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 3, 4, y 5 de mayo 2006, Red Iberoamericana de Protección de Datos, pág. 7.

15 Agencia Española de Protección de Datos, disponible en <https://www.aepd.es/reglamento/cumplimiento/codigos-de-conducta.html>

16 De manifestación de correulación habla A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, “Los códigos de conducta...”, op. cit., pág. 406.

la capacidad autonormadora de las partes que deciden elaborar el código de conducta. La autorregulación no viene a suplir la falta de norma, sino que es precisamente esta última el origen del código de conducta, lo que determina también su carácter formal y su contenido material. Así pues, la regulación general es previa a la sectorial y esta última solamente encuentra su sentido pleno y su legitimación en la primera. Por otro lado, el sometimiento del código a la autoridad de control es determinante, pues, hasta ese momento la norma europea habla de un proyecto de código que se transformará finalmente en código tras su aprobación por el órgano competente, circunstancia que le confiere fuerza vinculante¹⁷. Por tanto, la intervención de la autoridad de control es el trámite que concede fuerza obligatoria al acuerdo, no la mera voluntad de las partes de elaborarlo. Debido tanto a la limitación de la voluntad normadora de las partes como a la necesidad de su aprobación pública final, parece más acertado hablar de autorregulación regulada y fiscalizada, tal y como hemos reconocido más arriba¹⁸, entre la intervención pública previa, que aporta el marco normativo de partida y la intervención pública final, que confiere al código su auténtica fuerza vinculante, al aprobar el proyecto de código, su modificación o su ampliación.

Dentro de las dos intervenciones institucionales previstas para la redacción del código de conducta, la previa de impulso y la posterior de validación, el RGPD orienta el contenido del mismo, ofreciendo el marco normativo que ha definido el legislador europeo, y que resulta relativamente facultativo, pues realmente el Reglamento no contempla de forma explícita un contenido a incluir de manera ineludible, aunque sí razonable en función de la finalidad del código. Esto es, la falta de contenido material obligatorio para formar parte del documento no impide que hablemos de un contenido necesario para cumplir la finalidad del código de facilitar la aplicación de la norma europea, tal y como ya hemos afirmado en párrafos anteriores, como por ejemplo los criterios y principios de este último en el sector al que se dirija el código, con el fin de hacer más fácil su aplicación y elaborar códigos completos y coherentes. Lo contrario dificultaría la aplicación eficaz del código, lo alejaría de su misión de complementar al RGPD y lo convertiría en un instrumento inservible para su finalidad. Junto a ello, y obviamente, el código no podrá contener disposiciones contrarias al RGPD.

Por otro lado y con carácter previo a cualquier intervención sectorial, nos situamos en el contexto de los derechos fundamentales, en concreto del derecho a la protección de datos, cuyo contenido esencial es indisponible para el legislador y mucho más para el resto de sujetos que intervienen de un modo u otro en fijar aspectos relacionados con el ejercicio y la protección de derecho, por lo que, a falta de regulación específica en el código en lo que respecta a elementos del derecho, el RGPD es de aplicación directa (por el propio carácter de dicha norma), o bien la Ley nacional que lo complete (la autorregulación no es sustitutiva de norma sino complementaria). El código de conducta debe facilitar el ejercicio y el cumplimiento del derecho fundamental a la protección de datos, pero no podrá alterar su regulación esencial, circunstancia que no compete a la capacidad autorreguladora reconocida a las partes. Los instrumentos de autorregulación pueden "...ofrecer un valor añadido en la protección de datos personales...", o añadir garantías adicionales a las que contempla la norma europea, todo ello con la finalidad de adaptar la normativa a las necesidades específicas del sector al que se dirige el código, "de forma que se generen estándares adaptados a la necesidad del sector que faciliten su cumplimiento"¹⁹, pero nunca alterar el régimen esencial de protección del derecho fundamental. Sin duda, la configuración de la protección de datos como un derecho fundamental obliga a limitar la capacidad autorreguladora de la iniciativa privada y convertirla, como decíamos más arriba, en

17 El Documento del Grupo de Trabajo de protección de datos se pone de manifiesto que "Para que un instrumento de autorregulación pueda considerarse un instrumento válido para una "protección adecuada" debe ser vinculante para todos los miembros a quienes se transfieren los datos personales y proporcionar una protección adecuada si los datos se transfieren a terceros, pág. 6.

18 Esteve Pardo, señala que "no se concibe una eficaz autorregulación privada sin el contrabalance que, como incentivadora o receptora de aquella, tiene la regulación pública. La autorregulación que aquí consideramos, la que procediendo de la órbita privada alcanza efectos públicos, requiere así un ponderado equilibrio y contrabalance ente lo público y lo privado". Cfr. JOSÉ ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 39 y ss.

19 Autorregulación y protección de datos personales. Documento elaborado por el Grupo de Trabajo reunido en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, del 3 al 5 de mayo de 2006, pág. 2.

una autorregulación regulada. Además, un código de conducta que lesionara las garantías del derecho a la protección de datos o vulnerara su contenido esencial, no superaría el requisito de verificación por parte de la autoridad de control correspondiente, a tenor del art. 40.5 RGPD, según el cual la autoridad de control “... aprobará dicho proyecto de código, modificación o ampliación si considera suficientes las garantías adecuadas ofrecidas”, se entiende que para proteger al interesado y su derecho a la protección de datos.

Así pues, la norma marco es exigencia imprescindible para la autorregulación en materia de protección de datos, en virtud del carácter de derecho fundamental de este último. Ahora bien, aun existiendo límites y condicionamientos normativos a la elaboración y aprobación del código, no puede negarse que la existencia de los códigos refuerza la seguridad jurídica del ordenamiento²⁰ en materia de protección de datos, circunstancia que señalábamos como ventajosa para el código. Para el interesado el código de conducta acerca una norma compleja y facilita el ejercicio de sus derechos, aspecto esencial para poder mantener el control de sus datos de carácter personal y para los operadores jurídicos, suministra elementos para cumplir mejor las obligaciones que les incumben en materia de protección de datos y les permitan demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, lo que genera también un alto grado de tranquilidad.

IV. CONTENIDO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.

El contenido de los códigos de conducta aparece enmarcado entre dos extremos. Por una parte, del art. 40.1 RGPD se desprende que el código ha de servir para especificar la aplicación del Reglamento, lo que, por otra parte, dependiendo del sector al que se dirija puede determinar parcialmente su contenido.

Con más precisión ya, el apartado segundo del precepto, por otra parte, indica aspectos concretos para especificar la aplicación del Reglamento. En cualquier caso, se trata de un contenido facultativo, que será conveniente adaptarlo a las necesidades del sector al que se dirige, por lo que podrá incluir un contenido más amplio del que contempla el artículo, pero no menor, a nuestro juicio, pues los aspectos recogidos en el precepto resultan la información esencial para adecuar el RGPD a cualquier ámbito. En el mismo sentido, la AEPD, intentando clarificar el contenido de los códigos de conducta ha incluido los elementos que deberían incorporar, coincidiendo parcialmente con el RGPD. Mucho más detallado se mostraba el RDLOPD, norma que recogía un contenido mínimo con un alto grado de precisión²¹.

El código debería comenzar con una introducción que justifique su elaboración²², así como con una

20 Díaz-Romeral Gómez, señala que “el efecto principal que excede de lo estrictamente jurídico. Su potencial generador de confianza y seguridad jurídica; para el interesado en la adecuada protección preventiva y reparadora de sus derechos que añade un código de conducta; y para los operadores económicos –responsables y encargados del tratamiento porque el código de conducta, al especificar y aclarar los principios del RGPD”. Cfr. A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, “Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos”, op. cit., pág. 407.

21 En efecto, el art. 73 RDLOPD establecía el contenido como mínimo que debían incluir los códigos tipo: “a) La delimitación clara y precisa de su ámbito de aplicación, las actividades a que el código se refiere y los tratamientos sometidos al mismo; b) Las previsiones específicas para la aplicación de los principios de protección de datos; c) El establecimiento de estándares homogéneos para el cumplimiento por los adheridos al código de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre; d) El establecimiento de procedimientos que faciliten el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) La determinación de las cesiones y transferencias internacionales de datos que, en su caso, se prevean, con indicación de las garantías que deban adoptarse; f) Las acciones formativas en materia de protección de datos dirigidas a quienes los traten, especialmente en cuanto a su relación con los afectados; g) Los mecanismos de supervisión a través de los cuales se garantice el cumplimiento por los adheridos de lo establecido en el código tipo, en los términos previstos en el artículo 74 de este reglamento. 3. En particular, deberán contenerse en el código: a) Cláusulas tipo para la obtención del consentimiento de los afectados al tratamiento o cesión de sus datos; b) Cláusulas tipo para informar a los afectados del tratamiento, cuando los datos no se han obtenido de los mismos; c) Modelos para el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; d) Modelos de cláusulas para el cumplimiento de los requisitos formales para la contratación de un encargado del tratamiento, en su caso”.

22 Cazorro Barahona, habla de exposición de motivos que “participe de las razones que han conducido al desarrollo del código. También es necesario que, en su presentación, haga una relación de las garantías mejoradas de la legislación vigente y de los valores que aporta el nuevo código”. Cfr. V. CAZURRO BARAHONA, “Objeto y naturaleza de...”, op. cit., pág. 1755. El

enumeración que detalle las empresas u organismos adheridos al código²³.

Ya en el contexto del art. 40.1 RGPD hay que referirse a:

- El tratamiento leal y transparente (art. 40.2 a) RGPD). La lealtad, y en mayor medida la transparencia, aluden a la claridad en cuanto a la recogida de datos, su utilización, y tratamiento. La transparencia exige que el interesado esté informado de las circunstancias relativas al tratamiento de sus datos de forma clara, accesible y fácil de entender, con un lenguaje sencillo. La información se refiere especialmente a la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo, así como al ejercicio de los derechos que permiten al interesado ejercer el control sobre sus datos. Junto a la referencia a la lealtad y la transparencia, el documento puede incluir también una alusión a los principios del tratamiento que se recogen en el art. 5 RGPD y en la LOPDGDD, así como el modo de cumplir dichos principios, que pueden requerir una adaptación al ámbito regulado por el código.
- Los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento en contextos específicos (art. 40.2 b) RGPD). Estos intereses constituyen una base legítima de tratamiento de los datos al margen del consentimiento (art. 6.f) RGPD) y deberían formar parte de la información que se ha de comunicar al sujeto. Si el tratamiento se basa en el consentimiento habría de especificarse la forma de recabarlo.
- La recogida de datos personales (art. 40.2 c) RGPD). El procedimiento de recogida de datos personales es un aspecto que hará referencia tanto a los datos que se recabarán como a la manera de hacerlo. Los datos recabados pueden aportar luz al sujeto sobre la pertinencia de los datos recogidos en relación con los fines y los intereses legítimos perseguidos, y podrá negarse a entregarlos en caso de advertir alguna incoherencia. Respecto del procedimiento puede resultar conveniente, en aras a una mayor garantía del sujeto, detallar los procedimientos particulares de recogida de datos en función del ámbito sectorial al que va dirigido el código de conducta. Deberían especificarse también los datos que van a ser objeto de tratamiento.
- La seudonimización de los datos (art. 40.2 d) RGPD) constituye una medida de protección de los datos que puede reducir el riesgo de amenaza para los derechos de los interesados y facilitar la obligación de los responsables de cumplir las medidas de seguridad de los datos. La aplicación de técnicas de seudonimización debería ser comunicada al interesado.
- La información proporcionada al público y a los interesados (art. 40.2 e) RGPD). La información que se comunique al público y a los interesados se deberá referir a las características del tratamiento, esto es, fines, identidad de los responsables, datos que se van a recabar, destinatarios, etc. Podría incluirse también en el código de conducta la distinción entre la información a facilitar cuando los datos se recaben directamente del interesado y la información a facilitar cuando los datos se obtengan de otra fuente diferente.
- El ejercicio de los derechos de los interesados (art. 40.2 f) RGPD). El código debería ser especialmente claro en este aspecto, e incluir una definición de los derechos que permita al sujeto conocer el significado de los mismos y el conjunto de facultades que le atribuyen, con el fin de poder seguir manteniendo el control de sus datos personales. Se debería incorporar al código el procedimiento para ejercitar los derechos del sujeto en el ámbito concreto que el código regula, esto es, el derecho de acceso, rectificación, olvido (supresión), limitación del tratamiento, oposición, y portabilidad. Se pueden incluir también modelos de ejercicio de derechos, ya que facilitan a los interesados tanto su ejercicio como la interposición de las reclamaciones correspondientes.
- La información proporcionada a los niños (serían más correcto hablar de menores) y su protección, así como la manera de obtener el consentimiento de los padres o tutores legales (art. 40.2 g) RGPD).

autor detalla en las páginas siguientes a la citada el contenido a incluir en un código de conducta de los regulados en la LOPD, que resulta mayoritariamente también aplicable a los códigos de conducta de la nueva legislación. Igualmente, J. HELGUERO SAINZ, "Objeto y naturaleza de...", op. cit., págs. 1731-1734

²³ Cfr. V. CAZURRO BARAHONA, *Ibidem*, pág. 1758. El autor indica también que se debe indicar "el compromiso del titular del código de comunicar a la AEPD las altas, bajas o modificaciones de afiliados".

Este apartado no solo se refiere a la situación prevista en el art. 8 RGPD relativa a los servicios de la sociedad de la información, sino a cualquier situación en la que sea necesario y legítimo recabar datos de menores. En este sentido el art. 7 LOPDGGD establece la edad para poder consentir un tratamiento de datos al margen del consentimiento de los padres en los catorce años. Ello significa que el menor de dicha edad puede consentir por él mismo el tratamiento de sus datos personales, lo que no es obstáculo para requerir y proporcionarle una protección mayor por tratarse de un menor de dieciocho años. El código debería hacer referencia al tratamiento de datos del menor en el sector específico, en caso de que se recogieran.

- Las medidas y procedimientos para garantizar la seguridad del tratamiento a las que hace referencia el art. 32 RGPD (art. 40.2 h) RGPD). Se trata de las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar un nivel de seguridad apropiado al riesgo y, según el precepto citado, habrá de valorarse el estado de la técnica, los costes de la ampliación y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines de tratamiento, así como los riesgos para los derechos y libertades de los sujetos. El art. 32.3 RGPD señala expresamente que la adhesión a un código de conducta aprobado según el art. 40 podrá servir como elemento para demostrar el cumplimiento de las medidas de seguridad. El código ha de reflejar también las medidas de protección de datos adoptadas desde el diseño y por defecto del art. 25 RGPD, por ejemplo, para que los datos personales solo sean accesibles al número de personas determinado que han de acceder a ellos para cumplir con sus obligaciones. En lo que respecta a las medidas de seguridad, el código puede servir para demostrar su cumplimiento por parte de los responsables y de los encargados.
- La notificación de las violaciones de seguridad de los datos a las autoridades de control y la comunicación de dichas violaciones a los interesados (art. 40.2 j) RGPD), en los casos previstos en los arts. 33.1 y 34 RGPD. La notificación de las violaciones de seguridad a la autoridad de control deberá contener toda la información a que alude el art. 33.3 RGPD. Por su parte, la comunicación de una violación de la seguridad de los datos al interesado ha de realizarse con arreglo al art. 34 RGPD.
- Las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales (art. 40.2 j) RGPD). El código de conducta puede servir para demostrar que existen garantías suficientes para poder realizar una transferencia internacional de datos. El art. 46.2 RGPD al aludir a las garantías que ofrece un tercer país a un responsable de tratamiento para que este pueda transmitir datos personales, incluye la existencia de un código de conducta aprobado según el art. 40, junto con compromisos jurídicos vinculantes y exigibles del responsable o encargado del país receptor de datos de aplicar garantías adecuadas para la protección de los derechos del interesado.
- Los procedimientos extrajudiciales y otros procedimientos de resolución de conflictos (art. 40.2 k) RGPD) que hayan sido incluidos en el código y por tanto aceptados por los responsables y encargados del tratamiento. Los procedimientos de resolución de conflictos pretenden resolver las controversias que se susciten entre los interesados y los responsables, sin que estos procedimientos puedan mermar la capacidad del interesado de presentar la reclamación correspondiente ante la autoridad de control (art. 77 RGPD) y el derecho a la tutela judicial efectiva contra la decisión de la autoridad de control correspondiente (art. 79 RGPD).

Junto al contenido que recoge al art. 40.2 RGPD, la finalidad de aproximar la normativa de protección de datos al sector al que se dirige para facilitar su aplicación requeriría también incorporar al documento los siguientes elementos:

- La enumeración de la normativa de protección de datos aplicable, empezando por el RGPD, la ley nacional vigente, y demás normas de desarrollo.
- Un apartado de definiciones pues, aunque los conceptos de la protección de datos están perfectamente consolidados, no estaría de más incluirlos en el documento. Además, el código de conducta podría precisar la definición general en el ámbito concreto, o bien incluir aspectos de la definición que han quedado dispersos a través de las normas, o que ha debido concretar la norma nacional. Por ejemplo, en la definición de consentimiento se puede incluir la edad a partir de la cual el menor de edad puede consentir el tratamiento de datos de carácter personal sin la autorización de sus padres o tutores. Adicionalmente se pueden añadir definiciones que en el ámbito al que se

dirige el código de conducta se consideren esenciales para el tratamiento de los datos²⁴ y necesarias para una mayor claridad, aunque no sean específicas de los datos personales.

- El ámbito de aplicación del documento, esto es, el conjunto de tratamientos que se someten al código de conducta (ya especificados en relación con el sector), así como el ámbito territorial, ámbito que dependerá de si se trata de un código nacional, o la Comisión ha dado validez general en toda la Unión al código de conducta.
- El elenco de las infracciones en el campo específico al que se dirige el código, así como las sanciones correspondientes.

Del art. 38.2, último párrafo, LOPDGDD se desprende otra pieza a incluir en el contenido del código, al establecer que “la autoridad de protección de datos competente verificará que los organismos o entidades que promuevan los códigos de conducta, han dotado a estos códigos de organismos de supervisión que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 41.2 del Reglamento (UE) 2016/679”, lo que nos lleva a defender la incorporación al código de conducta una referencia al organismo de supervisión al que alude el precepto.

V. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA APROBACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. LA AEPD.

Las asociaciones y organismos de categorías de responsables y de encargados que proyectan elaborar un código de conducta, o modificar, o ampliar uno ya existente, así como las empresas o grupos de empresas, o los organismos del art. 77 LOPDGDD, deberán presentar el proyecto de código, la ampliación, o la modificación a la autoridad de control competente en el Estado miembro, según establece el art. 40.5 RGPD, que en nuestro caso es la AEPD, tal y como indica el art. 38.3 LOPDGDD. Dicho precepto alude a la AEPD o bien a la autoridad autonómica de protección de datos competente. Las agencias autonómicas de protección de datos competentes son, hasta el momento presente, la Agencia Catalana de Protección de Datos y la Agencia Vasca de Protección de Datos, sin perjuicio de la creación en el futuro de más agencias autonómicas, que se convertirían en las autoridades de protección de datos regionales.

El procedimiento de aprobación del código de conducta puede producirse por caminos diferentes, según el proyecto de código pueda afectar a uno, a varios Estados miembros, o tener validez general dentro de la Unión, siendo común a todos los procedimientos la intervención de la autoridad de control competente para su aprobación definitiva, según el art. 38.3 LOPDGDD, función que reconoce el art. 57.1.m) RGPD para cada autoridad de control en su territorio, “alentar la elaboración de código de conducta con arreglo al artículo 40, apartado 1, y dictaminar y aprobar los códigos de conducta que den suficientes garantías con arreglo al art. 40, apartado 5”.

El primer tipo de código de conducta es el que reduce su ámbito de aplicación a un sector cuyas actividades de tratamiento se producen solamente en un Estado miembro, lo que disminuye la complejidad de su aprobación²⁵. El procedimiento para esta modalidad de código de conducta se recoge en el art. 40.5 RGPD, según se desprende del art. 40.6 RGPD. En este caso, tras la elaboración, modificación o ampliación del código en cuestión, este será presentado por las asociaciones y organismos que lo han elaborado (a los que hace referencia el art. 40.2 RGPD) a la AEPD, quien dictaminará si el proyecto de código ofrece garantías suficientes de acuerdo con el art. 40.1 RGPD, esto es, si las garantías que incorpora son aptas para garantizar los derechos de las personas de las que se tratan datos personales, en cuyo caso aprobará el proyecto de código

24 Por ejemplo, el código de conducta para el tratamiento de datos de carácter personal por organizaciones de Investigación de mercado, social de la opinión y análisis de datos, incluye dentro de las definiciones los conceptos de entrevistado o participante, entrevista en profundidad, medios electrónicos de comunicación a distancia, investigación de mercado, etc., disponible en <https://www.aepd.es/media/codigos-de-conducta/ct-organizaciones-investigacion-mercados.pdf>, pp. 8 y 9.

25 Cf. A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, “Los códigos de conducta...”, op. cit., pág. 401.

presentado, o bien la modificación o la ampliación. Tras el estudio del proyecto de código de conducta, la AEPD emite un dictamen en el que determinará “si el proyecto de código, o la modificación o la ampliación es conforme con el presente Reglamento y aprobará dicho proyecto, modificación o ampliación si considera suficientes las garantías adecuadas ofrecidas” (art. 40.5 RGPD). Una vez aprobado el código de conducta en estos términos, la propia autoridad de control lo registrará y lo publicará (art. 40.6 RGPD). Después de su registro y publicación, el código comenzará a producir los efectos previstos en el RGPD, esto es, será vinculante para los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación que realicen los tratamientos de datos a que alude el código.

El segundo tipo de códigos de conducta se refiere a actividades de tratamiento que afectan a varios Estados miembros. En este caso, el código de conducta habrá de ser presentado por la autoridad de control correspondiente al Comité Europeo de Protección de Datos por el procedimiento mencionado en el art. 63, con carácter previo a su aprobación, modificación o ampliación. El Comité dictaminará si el proyecto de código de conducta es acorde con el RGPD (art. 40.7 RGPD), o bien si se ofrecen garantías en caso de transferencias a terceros países. El procedimiento a través el cual el Comité decidirá sobre el código de conducta es el mecanismo de coherencia del art. 63 RGPD (en relación con el art. 64.1 b) RGPD)²⁶. El art. 63 RGPD se activa cuando se trata de asegurar una aplicación homogénea de la norma europea y resulta un instrumento adecuado para consolidar el mercado común de los datos, a través de una corriente de control ascendente desde las autoridades nacionales de control hasta el núcleo europeo de la protección de datos y que garantice la existencia de normas comunes por medio de su incorporación a códigos de conducta. El Comité actúa emitiendo un dictamen cuando, como decimos, el tratamiento guarde relación con actividades desempeñadas en varios Estados miembros, según el art. 40.7 RGPD. El sometimiento del código de conducta al mecanismo de coherencia deja en suspenso el procedimiento de aprobación del código por parte de la AEPD hasta la emisión del dictamen por parte del Comité Europeo de Protección de Datos, en los supuestos del art. 64.1 b) y 65.1 c) RGPD), según el art. 38.4 LOPDGDD. La suspensión solamente puede entenderse en el sentido de interrumpir el proceso de aprobación y publicación del código, que habrá de esperar al dictamen del Comité. La intervención del Comité puede incluir una decisión tanto a favor como en contra del código, con un dictamen favorable o lo contrario. Si el código es conforme al RGPD y por tanto el dictamen es favorable se entenderá ya aprobado; a continuación deberá ser registrado y publicado por la AEPD, reanudándose el procedimiento, y entrará en vigor a todos los efectos. En caso de dictamen desfavorable, DÍAZ ROMERAL²⁷ se decanta por entablar un diálogo entre la autoridad de control y el Comité para presentar un proyecto de código enmendado, en el sentido señalado por el órgano europeo (art. 64.7 RGPD), con el fin de alcanzar una respuesta favorable, o desistir en caso de mantenerse en los términos del proyecto inicial. Semejante solución se puede plantear para el caso primero de códigos de conducta para actividades realizadas en un Estado miembro, en el supuesto de que la autoridad de control no considere suficientes las garantías aportadas por el código presentado. El precepto alude también a la suspensión del procedimiento en el supuesto del art. 65.1 c) RGPD, suspensión incorporada tras la observación realizada en el Dictamen del Consejo de Estado al texto original²⁸. Este artículo dice que para garantizar la aplicación coherente y correcta del Reglamento en casos concretos, el

165

26 El mecanismo de coherencia del art. 63 RGPD es el procedimiento a seguir con el fin de garantizar la aplicación uniforme del RGPD que se pretende asegurar con la intervención del Comité en determinadas circunstancias previstas en el art. 64 RGPD. Así, el Comité emitirá un dictamen cuando la autoridad de control competente (nacional se entiende) reciba un proyecto de código, o su modificación o su ampliación, cuyas actividades de tratamiento afecten a varios Estados miembros y el objeto de dicho pronunciamiento sea verificar que el código es conforme al RGPD (art. 40.7 RGPD). El art. 64.1 RGPD dice que “El Comité emitirá un dictamen siempre que una autoridad de control competente proyecte adoptar alguna de las medidas enumeradas a continuación. A tal fin, la autoridad de control competente comunicará el proyecto de decisión al Comité, cuando la decisión: b) afecte a un asunto de conformidad con el artículo 40, apartado 7, cuyo objeto sea determinar si un proyecto de código de conducta o una modificación o ampliación de un código de conducta es conforme con el presente Reglamento”.

27 Cfr. A. DÍAZ ROMERAL, GÓMEZ, “Los códigos de conducta...”, op. cit., pág. 402

28 Dictamen del Consejo de Estado, número de Expediente 757/2017 (JUSTICIA) Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado el 26/10/2017, observaciones al art. 39 del Anteproyecto de Ley, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-remitidos-cortes>, p. 98.

Comité adoptará una decisión vinculante “cuando una autoridad de control competente no solicite dictamen al Comité en los casos contemplados en el artículo 64, apartado 1, o no siga el dictamen del Comité emitido en virtud del artículo 64. En tal caso, cualquier autoridad de control interesada, o la Comisión, lo pondrá en conocimiento del Comité”.

Si se trata de una autoridad autonómica de protección de datos quien somete el proyecto de código al mecanismo de coherencia, el procedimiento transcurre de acuerdo con lo establecido en el art. 60 LOPDGDD.

El tercer tipo de código de conducta tiene lugar si tras un dictamen favorable según el art. 40.7 RGPD, el Comité presenta el código a la Comisión (art. 40.8 RGPD), con el fin de poder concederle validez general, según el art. 40.9 RGPD por medio de los llamados actos de ejecución. Según el art. 40.10 RGPD, “La Comisión dará la publicidad adecuada a los códigos aprobados cuya validez general haya sido decidida de conformidad con el apartado 9”.

Por último, el art. 40.11 RGPD establece que el Comité archivará en un registro todos los códigos de conducta, modificaciones y ampliaciones que se aprueben y los pondrá a disposición pública. El registro a que alude al art. 40.11 RGPD es un registro de todos los códigos aprobados en el espacio europeo, por lo que ha de entenderse que contendrá todos los códigos de conducta existentes y verificados por cualquier procedimiento. Por tanto, se incluyen los códigos que afecten a un Estado miembro, los que afecten a varios Estados miembros y aquellos a los que la Comisión otorgue validez general. Este precepto hay que ponerlo en conexión con el art. 38.5 LOPDGDD, según el cual, la AEPD 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 conforma al artículo 40.11 del citado reglamento”. El contenido del registro y las especialidades del procedimiento de aprobación de los códigos de conducta se determinará vía reglamentaria (art. 38.6 LOPDGDD). Con relación al registro, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el ALOPD llamaba la atención acerca de la necesidad de fijar con precisión mecanismos de coordinación eficaces entre el registro del Comité al que alude al art. 40.11 RGPD y los registros de las autoridades de control, a riesgo de provocar, de no ser así, una confusión que dificultaría la aplicación homogénea del RGPD. El Dictamen señala que “los códigos de conducta pueden ser sucesivamente modificados o ampliados (como el artículo 40 del Reglamento reitera) lo que podría originar serias disfunciones en caso de pluralidad de registros y si no se atiende al principio de unidad registral”²⁹.

El art. 38.5 LOPDGDD finaliza señalando que el registro ha de ser accesible por medios electrónicos.

V. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA SUPERVISIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.

El código de conducta aprobado por el mecanismo correspondiente y publicado se convierte en un documento de obligado cumplimiento para los responsables y encargados del tratamiento, así como para los sujetos cuyas funciones se desarrollan en el sector al que se dirige el código. El RGPD alude tanto al mecanismo a través del cual se efectúa el control del cumplimiento del código como al órgano encargado de realizarlo.

En efecto, el art. 40.4 RGPD establece que “el código de conducta a que se refiere el apartado 2 del presente artículo contendrá 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”.

Del precepto citado se desprende tanto la obligatoriedad del cumplimiento de lo establecido en el código como la obligatoriedad de llevar a cabo un control acerca de su observancia. Tal control compete al

²⁹ Dictamen del Consejo de Estado, op. cit., pág. 98.

organismo supervisor, que se encuentra regulado en el art. 41 RGPD, con independencia del control que corresponda efectuar a la autoridad de control correspondiente. Asimismo, también se deduce del artículo que la inclusión de mecanismos específicos para comprobar la observancia del código, así como una referencia al organismo de supervisión y control, constituye un contenido que ha de quedar obligatoriamente reflejado en el documento.

El art. 38.2 LOPDGDD encomienda al menos dos funciones más al organismo de supervisión. Por un lado, la función de promoción de los códigos de conducta, tal y como hemos señalado en otro momento del texto. Por otro lado, el párrafo tercero del art. 38.2 LOPDGDD indica que el organismo de supervisión podrá verificar la conformidad del tratamiento con las materias sometidas al código de conducta. En este caso serán los responsables o encargados del tratamiento quienes “voluntariamente y antes de llevar a cabo el tratamiento, someter al citado organismo o entidad de supervisión la verificación de la conformidad del mismo con las materias sujetas al código de conducta”. Ello sin perjuicio de las competencias que el RGPD atribuye a las autoridades de control³⁰.

En relación con los organismos de supervisión, es función de cada autoridad de control, según el art. 40.1 p) RGPD, “elaborar y publicar los criterios para la acreditación de organismos de supervisión de los códigos de conducta con arreglo al artículo 41 y de organismos de certificación con arreglo al artículo 43”.

VI. CONCLUSIÓN.

El código de conducta es un documento escrito dirigido a facilitar la aplicación de la normativa de protección de datos a un sector determinado. La elaboración de los códigos de conducta es voluntaria, así como su adhesión, pues la norma europea habla de “promover su elaboración”. El código de conducta es una manifestación de la autorregulación limitada de las partes que lo llevan a cabo. Pero una vez elaborado y aprobado por la autoridad competente, el código de conducta se convierte en un documento vinculante para los sujetos adheridos al mismo. Esta obligatoriedad del código lo convierte en un instrumento de garantía para los sujetos de los que se manejan datos personales en el sector al que se dirija el código y, a la vez, constituye un instrumento útil para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del responsable o del encargado. La obligatoriedad del código lo sitúa, desde el punto de vista jurídico y en el esquema de las fuentes, en una posición relevante, pues tras el RGPD y la LOPDGDD, en aquello que esta última deba trasladar de la norma europea, se convierte en el instrumento que servirá para valorar la actuación de los responsables y para sopesar el cumplimiento de los derechos del interesado, allí donde el código se haya convertido en norma obligatoria. El RGPD parece apostar de manera convencida por los códigos de conducta en el nuevo paradigma de la protección de datos, en el que habrán de representar un valor añadido a la defensa del derecho a la protección de datos de carácter personal.

³⁰ Por ejemplo, la genérica del art. 57.1.a) RGPD de “controlar la aplicación del presente Reglamento y hacerlo aplicar”.

