



PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Derechos Humanos



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"

CARGO

[Redacted text]



Referencia : Documento con registro N° 53701

Me dirijo a usted con relación al asunto de la referencia con la finalidad de absolver su consulta.

Como marco general, es oportuno mencionar que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, en adelante la **APDP**, conforme con lo establecido por el numeral 10 del artículo 33 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, en adelante la **LPDP**, tiene la facultad para absolver consultas sobre protección de datos personales y el sentido de las normas vigentes en la materia, particularmente sobre las que ella hubiera emitido.



J. A. Quiroga L.

En consecuencia, no absolvemos consultas sobre casos concretos o particulares que constituyan asesoría jurídica, sino sobre la interpretación de alguna disposición contenida en la LPDP y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS.

En ese orden de ideas, atendemos la consulta formulada en los siguientes términos:

1. La APDP advierte que el contexto en el cual se presenta la consulta, es el de la obtención del consentimiento del consumidor o ciudadano para el envío de publicidad comercial. Eso hace necesario revisar las normas que regulan la protección del consumidor y su concordancia con las normas de protección de datos personales. Es desde ahora importante establecer, como línea de interpretación general, que la protección de datos personales constituye un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Perú, en el numeral 6 del artículo 2.

Sobre el particular, el artículo 3 del Reglamento de la LPDP señala lo siguiente:

"(...) La existencia de normas o regímenes particulares o especiales, aun cuando incluyan regulaciones sobre datos personales, no excluye a las entidades públicas o instituciones privadas a las que dichos regímenes se aplican del ámbito de aplicación de la Ley y del presente reglamento.

Lo dispuesto en el párrafo precedente no implica la derogatoria o inaplicación de las normas particulares, en tanto su aplicación no genere la afectación del derecho a la protección de datos personales".



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial de
Derechos Humanos

Dirección General
de Protección de
Datos Personales

2. Las normas especiales a las cuales se hace referencia son las siguientes:

- La Ley N° 29571, en adelante el **Código de Protección y Defensa del Consumidor**.
- La Ley N° 28493, **Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam"** y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 031-2005-MTC.
- La Directiva N° 005-2009/COD-INDECOPI, de operación y funcionamiento del registro de números telefónicos y direcciones de correo electrónico excluidos de ser destinatarios de publicidad masiva, en adelante la **Directiva del Registro "Gracias...No insista"**.

3. La APDP ha revisado las normas pertinentes del Código de Protección y Defensa del Consumidor, de la Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam" y su Reglamento, y de la Directiva del Registro "Gracias...No insista", y advierte que:

Al ocuparse del consentimiento, el **Código de Protección y Defensa del Consumidor**, se refiere al consentimiento para el uso de métodos comerciales coercitivos y métodos comerciales agresivos o engañosos, estableciendo criterios similares y coherentes con la LPDP; sin embargo, aquella norma especial no regula el consentimiento para el tratamiento de datos personales que es objeto de la LPDP, de manera que ésta norma debe entenderse regulando una forma de tratamiento de datos personales y no los principios de protección de datos personales, entre los que está el consentimiento.

Así, el consentimiento, de acuerdo con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, tiene las siguientes características: a) Libre, b) Previo, c) Expreso, d) Informado, características que, como ya se dijo, a) guardan coherencia con las del consentimiento regulado en la LPDP y su Reglamento y b) no deben confundirse con la regulación del "principio de consentimiento" que es materia de la LPDP y su Reglamento.

4. La **Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam"**, tiene por objeto regular el envío de comunicaciones comerciales publicitarias o promocionales no solicitadas, realizadas por correo electrónico, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones vigentes en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor¹, es decir regula un "tratamiento de datos personales".

La norma señala que será considerado correo electrónico comercial solicitado el envío de mensajes de aquellos remitentes que tengan una relación contractual previa con el receptor o usuario, siempre y cuando se envíe comunicaciones comerciales referentes a bienes o servicios de la empresa del remitente y tengan relación con los servicios inicialmente contratados, y será considerado como "no solicitado" cuando sea enviado por el remitente sin que medie el pedido o consentimiento expreso del receptor o usuario²; evidentemente siempre que no se encuentren en el marco de una relación

¹ Ley N° 28493, Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam". Artículo 1.

² Decreto Supremo N° 031-2005-MTC. Artículo 7.



J. A. Quiroga L.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial de
Derechos Humanos

Dirección General
de Protección de
Datos Personales

contractual previa, porque en ese caso, como se acaba de ver en el párrafo anterior, será considerado correo electrónico comercial solicitado.

En consecuencia, en el caso que exista una relación contractual previa o que el ciudadano haya autorizado el envío de comunicaciones electrónicas, estas comunicaciones son regulares, tanto desde la protección y defensa del consumidor como desde la protección datos personales.

También están autorizadas las comunicaciones de este tipo si cumplen con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam"³ y por el artículo 8 de su Reglamento⁴.

5. Complementariamente, **El Registro "Gracias...No insista"**, tiene por objeto inscribir hasta cinco (5) números telefónicos fijos, cinco (5) celulares y/o cinco (5) direcciones de correo electrónico brindados por los consumidores que optan por no ser destinatarios de ofertas publicitarias por vía electrónica o telefónica fija o móvil, o por medios electrónicos, sistemas de llamado telefónico, de envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos o servicios⁵, en las formas y condiciones que prevé la norma especial.

La propia Directiva señala que la inscripción en el Registro "Gracias...No insista" obliga a los proveedores que empleen call centers, sistemas de llamado telefónico, de envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como quienes presten el servicio de telemarketing, a excluir de su lista de destinatarios a todos aquellos números telefónicos, a nivel nacional, y direcciones de correo electrónico incorporados al Registro⁶.

En consecuencia, el proveedor que pretenda efectuar un tratamiento relacionado con actividades de promoción de productos y servicios, además de cumplir con las características previstas por el artículo 5 de la Ley que regula el uso del correo

³ Ley N° 28493, Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam". Artículo 5: Correo electrónico comercial no solicitado.

"Todo correo electrónico comercial, promocional o publicitario no solicitado, originado en el país, debe contener: a) La palabra "PUBLICIDAD", en el campo del "asunto" (o subject) del mensaje.

b) Nombre o denominación social, domicilio completo y dirección de correo electrónico de la persona natural o jurídica que emite el mensaje.

c) La inclusión de una dirección de correo electrónico válido y activo de respuesta para que el receptor pueda enviar un mensaje para notificar su voluntad de no recibir más correos no solicitados o la inclusión de otros mecanismos basados en Internet que permita al receptor manifestar su voluntad de no recibir mensajes adicionales".

⁴ Decreto Supremo N° 031-2005-MTC. Reglamento de la Ley N° 28493, Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam". Artículo 8: Condiciones del correo electrónico comercial no solicitado.

"Para la correcta aplicación del Artículo 5 de la Ley se deben observar las siguientes consideraciones:

8.1. La palabra "Publicidad" debe ser incluida al inicio del texto que figure en el Campo del Asunto (o "Subject") del mensaje de correo electrónico comercial. Tratándose de correos electrónicos con contenido exclusivo para adultos, se deberá incluir al inicio de dicho campo la mención "Publicidad para Adultos". En ambos supuestos, los textos a que se refiere el presente numeral deberán figurar de manera clara, legible, sin errores ni defectos ortográficos y sin la inclusión de caracteres ajenos a los mismos.

8.2. Los datos de identificación a los que se hace referencia en el inciso b) del Artículo 5 de la Ley, corresponden al remitente del mensaje. Los datos deben ser consignados en la parte inferior del mensaje de manera legible incluyendo necesariamente el nombre de una persona de contacto.

8.3. Con relación a la dirección de correo electrónico de respuesta y los mecanismos basados en Internet a los que se hace referencia en el inciso c) del artículo 5 de la Ley, éstos deben necesariamente reunir los siguientes requisitos:

a) que exista coincidencia entre el titular de la referida dirección de correo electrónico o los mecanismos basados en Internet y el remitente del mensaje, y;

b) que los mecanismos de respuesta implementados se encuentren operativos y en plena capacidad de recibir la notificación de los usuarios de no recibir correos comerciales no solicitados como mínimo dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes luego de enviado el mensaje, utilizando los mecanismos previstos por ley".

⁵ La Directiva N° 005-2009/COD-INDECOPI. Artículo 5.2.

⁶ La Directiva N° 005-2009/COD-INDECOPI. Artículo 7.1.



J. A. Quiroga L.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial de
Derechos Humanos

Dirección General
de Protección de
Datos Personales

electrónico comercial no solicitado "Spam"⁷ y por el artículo 8 de su Reglamento, deberá previamente consultar el "Registro "Gracias...No insista", a fin de excluir a quienes manifestaron su negativa u oposición a ese tratamiento.

Es muy importante recordar que la LPDP y su Reglamento, no admiten fórmulas de consentimiento en las que éste no sea expresado de forma directa, como aquellas en las que se requiere presumir, o asumir la existencia de una voluntad que no ha sido exteriorizada. Incluso el consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá manifestarse en forma expresa y clara⁸ y cualquier interpretación distinta, aun cuando pudiera tener asidero en normas especiales, debe considerarse descartada.

En ese sentido, para enviar una comunicación comercial, promocional o publicitaria sin las características previstas por el artículo 5 de la Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam"⁹, y por el artículo 8 de su Reglamento a quien no se encuentra inscrito en el "Registro "Gracias...No insista", se requiere el consentimiento previo conforme con lo establecido por el artículo 7 del Reglamento de la LPDP.

6. Por otro lado, la necesidad del consentimiento previo, no significa la prohibición absoluta de contacto, puesto que de lo contrario no será posible obtener el consentimiento. La APDP considera que puede hacerse contacto siempre y cuando el contenido de las comunicaciones constituya para el consumidor, receptor o usuario solamente el mecanismo de información y obtención de la autorización y sí y solo si tales comunicaciones se hacen en formas y horarios razonables; lo cual quiere decir que: **a)** se comunican para obtener consentimiento informado, previo y libre, no para el asunto comercial o de interés del emisor, **b)** se usan horarios razonables y días útiles, y **c)** se evita la insistencia o la reiterancia de comunicaciones a quienes ya expresaron su negativa.

Lo dicho concuerda también con lo dispuesto por los artículos 56 y 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que prohíben los métodos comerciales coercitivos, agresivos o engañosos, ya que dicha prohibición puede aplicarse también al contacto para obtener consentimiento

La APDP considera que no existe, en el marco de la normatividad sobre protección de datos personales, ningún vacío respecto a la consulta formulada, toda vez que las normas especiales regulan sus materias bajo los mismos presupuestos, y no se

⁷ Ley N° 28493, Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam". Artículo 5: Correo electrónico comercial no solicitado.

"Todo correo electrónico comercial, promocional o publicitario no solicitado, originado en el país, debe contener: a) La palabra "PUBLICIDAD", en el campo del "asunto" (o subject) del mensaje.

b) Nombre o denominación social, domicilio completo y dirección de correo electrónico de la persona natural o jurídica que emite el mensaje.

c) La inclusión de una dirección de correo electrónico válido y activo de respuesta para que el receptor pueda enviar un mensaje para notificar su voluntad de no recibir más correos no solicitados o la inclusión de otros mecanismos basados en Internet que permita al receptor manifestar su voluntad de no recibir mensajes adicionales".

⁸ Artículo 7 del Reglamento de la LPDP. Principio de Consentimiento.

⁹ Ley N° 28493, Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado "Spam". Artículo 5: Correo electrónico comercial no solicitado.

"Todo correo electrónico comercial, promocional o publicitario no solicitado, originado en el país, debe contener: a) La palabra "PUBLICIDAD", en el campo del "asunto" (o subject) del mensaje.

b) Nombre o denominación social, domicilio completo y dirección de correo electrónico de la persona natural o jurídica que emite el mensaje.

c) La inclusión de una dirección de correo electrónico válido y activo de respuesta para que el receptor pueda enviar un mensaje para notificar su voluntad de no recibir más correos no solicitados o la inclusión de otros mecanismos basados en Internet que permita al receptor manifestar su voluntad de no recibir mensajes adicionales".



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

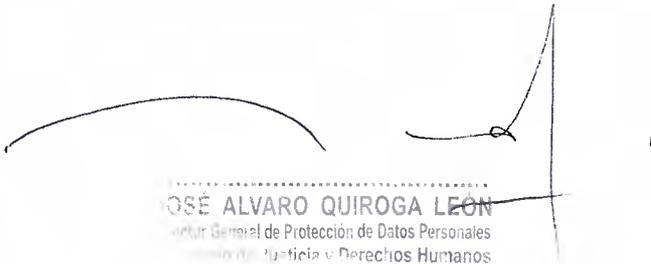
Despacho
Viceministerial de
Derechos Humanos

Dirección General
de Protección de
Datos Personales

advierte afectación a la protección de los datos personales en la autorización de ciertos tratamientos de datos para efectos comerciales, que contemplan fórmulas o mecanismos de protección al ciudadano.

Sin perjuicio de lo dicho, la regla general será que si se advirtiere que la norma especial conduce a la afectación de lo dispuesto por la LPDP debe prevalecer esta norma por ser posterior y especial, tal como está previsto expresamente en el artículo 3 del Reglamento de la LPDP en concordancia con el rango de derecho fundamental establecido en la Constitución Política del Perú, como se anotó al inicio del presente documento.

Atentamente,



.....
JOSÉ ALVARO QUIROGA LEÓN
Director General de Protección de Datos Personales
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos



PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Derechos Humanos

Dirección General de Protección de Datos Personales

FORMULARIO DE ABSOLUCIÓN DE CONSULTA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Dirigido a la Dirección de Normatividad y Asistencia Legal

I. DATOS DEL SOLICITANTE

Nombres:

Apellidos:



Nº de Documento:

DNI:

Pasaporte:

CE/CI:

Domicilio:

Distrito:

Provincia:

Región:

País

Entidad a la que representa y cargo (si procede):

Solicito que todo acto administrativo derivado del presente procedimiento se me notifique a mi dirección de correo electrónico (numeral 4 del artículo 20º de la Ley Nº 27444).

Sí

No

Si la respuesta es positiva, indicar dirección de correo electrónico:

klau273@hotmail.com



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial de
Derechos Humanos

Dirección General de Protección
de Datos Personales

II. CONSULTA

De acuerdo al artículo 58.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571), es lícito contactar a consumidores a través de diversos medios como llamadas, mensajes de texto, mensajes electrónicos o visitas entre otros, incluso cuando ello no ha sido solicitado por el consumidor, siempre que no se realice de manera persistente e impertinente, o se ignore la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.

En línea con lo anterior, la Directiva de operación y funcionamiento del registro de números telefónicos y direcciones de correo electrónico excluidos de ser destinatarios de publicidad masiva del registro "Gracias...no insista" (Directiva 005-2009/COD-INDECOPI) regula el plazo por el cual se podrá contactar al consumidor siempre que el consumidor no manifieste expresa e inequívocamente que no desea recibir este tipo de comunicaciones de acuerdo al siguiente texto: "Artículo 7.5. En el caso de relaciones comerciales entabladas entre el consumidor y el proveedor, éste puede efectuar llamadas telefónicas, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios al consumidor, por un período de doce (12) meses contado desde la fecha de la compra relacionada a esa operación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa e inequívoca, al momento de entablar la relación comercial con el proveedor, que no desea recibir este tipo de comunicaciones. En caso la empresa contravenga esta decisión del consumidor, éste podrá hacer valer sus derechos ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI".

Si el consumidor efectuara alguna consulta o averiguación, o presentara alguna solicitud ante el proveedor respecto de un bien o servicio, la empresa podrá efectuar llamadas telefónicas, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover los productos y servicios relacionados a esa operación hasta tres (3) meses después, contados desde la fecha de realizada la consulta o presentada la solicitud, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa e inequívoca, en el momento que efectúe la consulta o averiguación o presente alguna solicitud al proveedor, que no desea recibir este tipo de comunicaciones."

Considerando que la Ley de Protección de Datos Personales contempla el principio de consentimiento previo para el tratamiento de datos (lo que podría incluir las comunicaciones con los consumidores) y que este contacto con los consumidores resulta necesario para fomentar la competencia y evitar que los consumidores sean "cautivos" de sus proveedores actuales, ¿cómo debe aplicarse el deber de consentimiento previo frente a la posibilidad de enviar comunicaciones no solicitadas previstas en las normas mencionadas anteriormente? ¿pueden realizarse aún comunicaciones no solicitadas siempre que se cumpla con el deber de dejar de hacerlo frente a una solicitud del consumidor o su inscripción en el Registro "Gracias No Insista"?

Creemos que la Ley tiene un vacío ya que sabemos que tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales, previsto en el numeral 6 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, protección que debe de brindar el titular de la base de datos, para lo cual se requiere que exista una relación comercial entre el titular de los mencionados datos y la persona natural. Sin embargo, no tenemos clara la posibilidad de ponernos en contacto con la persona natural en el momento previo al nacimiento de la relación comercial, ¿cómo podemos obtener el consentimiento si no podemos llegar a ella? Consideramos que la Ley no sólo debe de tomar en cuenta la protección de datos personales, también debe de tomar en cuenta la libre competencia y la protección a los consumidores, que el Estado tutela de acuerdo a los Arts. 61° y 65° de la misma Constitución Política del Perú, y que se han desarrollado en el Código de Protección y el Registro "Gracias No Insista" ya indicados; por todo ello necesitamos de su pronunciamiento.

En virtud de lo señalado, **SOLICITO** la absolución de consulta a la Dirección General de Protección de Datos Personales, conforme al numeral 10 del artículo 33° de la Ley N° 29733- Ley de Protección de Datos Personales.

Fecha:

10/11/2014

Firma: