



Resolución Directoral

Expediente N°
066-2015-PS

N° 062-2016-JUS/DGPDP

Lima, 17 de agosto de 2016

VISTO: El documento con registro N° 039644 de 6 de julio de 2016, el cual contiene el recurso de apelación presentado por el Banco Internacional del Perú INTERBANK S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 162-2016-JUS/DGPDP-DS de 30 de mayo de 2016.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES.

1.1 Con Orden de Visita N° 073-2014-JUS/DGPDP-DSC recibido el 3 de diciembre de 2014, la Dirección de Supervisión y Control (en lo sucesivo la **DSC**) realizó una visita de fiscalización al Banco Internacional del Perú INTERBANK S.A.A. (en lo sucesivo la **recurrente**), y por ello se expidieron las Actas de Fiscalización N° 001-2014 de 3 de diciembre de 2014, N° 002-2014 de 9 de diciembre de 2014, N° 003-2014 de 15 de diciembre de 2014, N° 004-2014 de 19 de diciembre de 2014, N° 005-2014 de 7 de enero de 2015.

1.2 Con Informe N° 085-2015-JUS/DGPDP-DSC de 15 de mayo de 2015 y con Informe N° 008-2016-JUS/DGPDP-DSC de 28 de enero de 2016, la DSC comunicó a la Dirección de Sanciones (en lo sucesivo la **DS**) con carácter preliminar las circunstancias que justificaron la instauración del procedimiento sancionador a la recurrente, a saber: *"Realiza tratamiento de datos personales de prospectos de clientes y de clientes sin contar con el consentimiento conforme a las disposiciones de la LPDP y su Reglamento. Dicha acción constituiría infracción conforme el literal a) del numeral 1) del artículo 38 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales"*.



1.3 La DS llevó a cabo el procedimiento sancionador correspondiente y resolvió, mediante Resolución Directoral N° 162-2016-JUS/DGPDP-DS de 30 de mayo de 2016 notificada el 14 de junio de 2016 con Oficio N° 314-2016-JUS/DGPDP-DS, sancionar a la recurrente con:

- Imposición de multa de cuatro punto cinco (4.5) unidades impositivas tributarias, "por haber realizado tratamiento de datos personales de sus clientes y de sus potenciales utilizando un consentimiento inválido"; infracción leve tipificada en el literal a) numeral 1) del artículo 38 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

1.4 Con documento indicado en el visto, la recurrente interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 162-2016-JUS/DGPDP-DS de 30 de mayo de 2016 (en lo sucesivo la **resolución impugnada**).

2. COMPETENCIA.

2.1 La competencia para resolver el recurso de apelación corresponde al Director General de Protección de Datos Personales, conforme con lo establecido por el artículo 123¹ del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en lo sucesivo la **LPDP**), aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS.

3. ANÁLISIS.

3.1 SOBRE EL PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO (PREVIO) Y LA GRABACIÓN DE VOZ MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE TELEVENTAS PARA EL CASO DE CLIENTES POTENCIALES.

3.1.1 SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA.

La recurrente afirma que:

- Como regla general existe la obligación de recopilar el consentimiento para todo tratamiento de datos personales, siendo que -además- existen excepciones que habilitan a no recabar dicho consentimiento, entre las cuales están las disposiciones de otras Leyes (artículo 14, numeral 10 de la LPDP), las que por su propia naturaleza pueden ser ajenas a la normas de protección de datos personales.
- Existe la obligación de acreditar ante un eventual reclamo que se cumple con informar al consumidor de manera adecuada los términos y las condiciones del servicio a contratar, siendo que la única forma de hacerlo en una conversación telefónica es mediante la grabación de la misma.
- Las disposiciones en materia de protección de datos personales no pueden ser ajenas a las disposiciones en materia de protección y defensa al consumidor; por lo que es aplicable el numeral 4 del artículo 14 de la Ley N° 29571 (en lo sucesivo el **Código de Protección y Defensa del Consumidor**).

¹ Artículo 123 del Reglamento de la LPDP.- Las instancias:

"(...) Contra la resolución que resuelve el procedimiento sancionador proceden los recursos de reconsideración o apelación dentro de los quince (15) días de notificada la resolución al administrado (...) El recurso de apelación será resuelto por el Director General de Protección de Datos Personales, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna, para que eleve lo actuado (...)"





Resolución Directoral

- Se ha evaluado el principio de consentimiento de manera aislada, sin haberse considerado otros principios como los de finalidad y de proporcionalidad. Es así que debe tomarse en cuenta la finalidad para la cual se almacena el contenido de la llamada: única y exclusivamente para efectos probatorios en un eventual reclamo y/o procedimiento administrativo, lo cual implica una protección al usuario, siendo la grabación un tratamiento proporcional a la finalidad perseguida.

3.1.2 SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DE LA DGPDP.

En mérito al fundamento expuesto por la recurrente en el recurso de apelación, de que la grabación de voz mediante el procedimiento de televentas para el caso de clientes potenciales que ha realizado se encontraba amparado conforme con lo establecido por el numeral 10 del artículo 14 de la LPDP², en la medida que el Código de Protección y Defensa del Consumidor constituye una norma especial que regula una forma de tratamiento de datos personales aplicable al presente caso, esta autoridad considera conveniente dejar en claro que:

El tratamiento de datos personales sin consentimiento del titular constituye una afectación al derecho fundamental a la protección de datos personales. Para efectuar el tratamiento de datos personales debe mediar el consentimiento de su titular o, en su defecto, debe acreditarse que el tratamiento se realiza en el marco de las excepciones previstas por la LPDP y su Reglamento, ya que la necesidad de consentimiento es la regla general.

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 y su Reglamento; sin embargo, aquella norma especial no regula el consentimiento para el tratamiento de datos personales que es objeto de la LPDP y su Reglamento, de manera que ésta norma especial 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.

² Artículo 14 de la LPDP.- Limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales:

"No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos:

(...)

10. Otros establecidos por ley, o por el reglamento otorgado de conformidad con la presente Ley".

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 ha mencionado, guardan coherencia con las del consentimiento regulado por la LPDP y su Reglamento y no deben confundirse con la regulación del “principio de consentimiento” que es materia de la LPDP y su Reglamento, y cuya contravención sustenta la sanción impuesta.

En efecto, la sanción impuesta obedece a que en el procedimiento fiscalizador se ha verificado que para el caso de clientes potenciales no se solicita el consentimiento para el tratamiento de datos personales mediante el procedimiento de televentas, específicamente para la grabación de voz durante la llamada y para el ofrecimiento de productos y servicios, de forma previa, ya que solamente se solicita el consentimiento para futuras llamadas cuando los clientes potenciales no están interesados en los productos y servicios ofrecidos.

Esta autoridad considera que la necesidad del consentimiento previo, no significa la prohibición absoluta de contacto, puesto que de lo contrario no será posible obtener el consentimiento. Puede hacerse contacto siempre y cuando el contenido de las comunicaciones constituya para el consumidor, receptor o usuario y titular de los datos personales solamente el mecanismo de información y de obtención de la autorización y sí y solo si tales comunicaciones se hacen en formas y en 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. **c)** Se evita la insistencia o la reiterancia de comunicaciones a quienes ya expresaron su negativa.

Finalmente, la infracción leve tipificada en el literal a) numeral 1) del artículo 38 de la LPDP implica claramente la contravención al principio de consentimiento y no de otros principios como los de finalidad y de proporcionalidad.

En consecuencia, conforme con lo establecido por el artículo 32 de la LPDP que regula el órgano competente y el régimen jurídico de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, corresponde a la DGPDP realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento del objeto y demás disposiciones de la LPDP y su Reglamento. Es decir, esta autoridad constituye el ente rector y máxima instancia técnico - normativa en materia de protección de datos personales y no en materia de protección y defensa de los consumidores; por lo que no corresponde emitir pronunciamiento sobre la interpretación de normas referidas al Código de Protección y Defensa del Consumidor.



3.2 SOBRE EL PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO (LIBRE) Y EL CONTRATO POR ADHESIÓN.

3.2.1 SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA.

La recurrente afirma que:

- La característica de que el consentimiento es libre en materia de protección de datos personales se ve reflejada en materia civil en el contrato por adhesión utilizado para que los clientes manifiesten libremente su voluntad de adherirse a la oferta.



Resolución Directoral

- Se pone a consideración las cláusulas del contrato por adhesión al titular de los datos personales, y este último, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las revisa y se adhiere a la oferta propuesta, con la sola suscripción del contrato por adhesión se cumple con la característica de que el consentimiento es libre.
- Se ha realizado una interpretación sistemática de la LPDP y su Reglamento y del Código Civil, entendiendo que dicha postura se encuentra dentro del espíritu de protección de los datos personales.
- El contrato por adhesión sirve para agilizar la contratación, reducir los costos de transacción, y promover la libertad contractual constitucionalmente reconocida lo que beneficia a los clientes.

3.2.2 SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DE LA DGPDP.

De la lectura del numeral 1 del artículo 12 del Reglamento de la LPDP se advierten determinados supuestos en los que se evidencia que el consentimiento no es libre: **a)** Cuando medie error. **b)** Cuando medie mala fe. **c)** Cuando medie violencia o dolo. **d)** Cuando medie obsequios en beneficio de menores de edad. **e)** Cuando medie el condicionamiento de la prestación de servicios. **f)** Cuando medie la advertencia o amenaza de denegar el acceso a beneficios o servicios que normalmente son de acceso no restringido. **g)** Cuando los datos solicitados no son indispensables para la prestación de los beneficios o servicios.



Ha quedado establecido en el numeral 13.1 de la resolución impugnada que al tratarse de una cláusula (de consentimiento) transcrita en los formatos del contrato de depósito en cuenta corriente de ahorro, plazo fijo, certificado bancario y compensación por tiempo de servicios (cts) para persona natural y del contrato de tarjeta de crédito de Interbank, el condicionamiento de la contratación de los servicios, es el fundamento para que la DS considere que se ha afectado el libre consentimiento de los clientes y la correcta aplicación del numeral 1 del artículo 12 del Reglamento de la LPDP es patente desde que la recurrente no ha acreditado que los clientes tienen la posibilidad de denegar su consentimiento para los tratamientos de datos personales innecesarios (para fines comerciales y publicitarios, para transferencias de datos personales) sin que ello esté supeditado a la suscripción de los mencionados contratos.

El hecho que los clientes puedan manifestar, posteriormente a la suscripción de los mencionados contratos, la revocación de su consentimiento no hace sino confirmar que la contratación de los servicios obliga a los clientes a prestar un consentimiento (porque de lo contrario la negativa podría ser antes o al tiempo de aceptar los

servicios). Por lo demás, la posibilidad de revocar el consentimiento no es un derecho o prerrogativa que la recurrente otorga a los clientes, porque no depende de ella, sino que es un derecho establecido por la LPDP y su Reglamento para los casos en que el consentimiento se otorgó válidamente, mientras que en este caso estamos analizando la propia validez del consentimiento y no un derecho posterior.

Nada de lo expuesto hasta aquí se modifica por la posibilidad de que los clientes revoquen su consentimiento, **primero** porque la revocación del consentimiento supone que previamente hubo consentimiento válido (y es eso lo que se está analizando), **segundo** porque la revocación del consentimiento es un derecho legal, que no depende de la cláusula utilizada ni de la voluntad o disposición del responsable del tratamiento y **tercero** porque la revocación del consentimiento supone la libertad de “salir” de una situación jurídica, mientras que la libertad del consentimiento se refiere a la libertad para “entrar” a una situación jurídica, de forma que la posibilidad de “salir” no es argumento que justifique la ausencia de los requisitos indispensables para “entrar”.

En consecuencia, los clientes no tienen la posibilidad de realizar la elección de no autorizar el tratamiento de sus datos personales para fines comerciales y publicitarios, para transferencia de datos personales ajenos a la relación contractual al momento de la suscripción de los mencionados contratos, sin que ello afecte la contratación de los servicios.

3.3 SOBRE LA GRADUACIÓN DEL MONTO DE LA MULTA.

Es necesario precisar que el recurso de apelación no ha señalado ningún cuestionamiento concreto al monto de la multa de cuatro punto cinco (4.5) unidades impositivas tributarias impuesta, es decir, no ha objetado los elementos de evaluación empleados por la DS para la determinación de la referida multa.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS.



SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación e **INFUNDADA** la nulidad deducida por el Banco Internacional del Perú INTERBANK S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 162-2016-JUS/DGPDP-DS de 30 de mayo de 2016, que resolvió:

Sancionar al Banco Internacional del Perú INTERBANK S.A.A. con la imposición de multa de cuatro punto cinco (4.5) unidades impositivas tributarias, “por haber realizado tratamiento de datos personales de sus clientes y de sus potenciales utilizando un consentimiento inválido”; infracción leve tipificada en el literal a) numeral 1) del artículo 38 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

Con lo cual concluye el procedimiento sancionador agotándose la vía administrativa.

Artículo 2.- Disponer la devolución del expediente administrativo a la Dirección de Sanciones para los fines pertinentes.



Resolución Directoral

Artículo 3.- Notificar a la interesada la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

Una firma manuscrita en tinta azul, que parece ser "Roger", sobre una línea horizontal.

ROGER RAFAEL RODRÍGUEZ SANTANDER
Director General (e) de Protección de
Datos Personales