



Resolución Directoral

Expediente N°
057-2015-PS

N° 068 -2016-JUS/DGPDP

Lima, 02 de setiembre de 2016

VISTO: El documento con registro N° 045047 de 3 de agosto de 2016, el cual contiene el recurso de apelación presentado por el C.E.P. La Reparación contra la Resolución Directoral N° 176-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de junio de 2016.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES.

1.1 Con Orden de Visita N° 045-2014-JUS/DGPDP-DSC recibido el 31 de octubre de 2014, la Dirección de Supervisión y Control (en lo sucesivo la **DSC**) realizó una visita de fiscalización al C.E.P. La Reparación (en lo sucesivo la **recurrente**), y por ello se expidieron las Actas de Fiscalización N° 001-2014 de 31 de octubre de 2014, N° 002-2014 de 11 de noviembre de 2014, N° 003-2014 de 25 de febrero de 2015.

1.2 Con Informe N° 074-2015-JUS/DGPDP-DSC de 24 de abril de 2015, 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:

- "C.E.P. La Reparación no ha cumplido con la obligación contenida en el artículo 11 del Reglamento de la LPDP en el cual se exige que el consentimiento de los tratamientos que incluyan transferencias internacionales de los datos personales, deberá incluir información de forma que el titular de los datos conozca inequívocamente tal circunstancia, además de la finalidad a la que se destinarán sus datos y el tipo de actividad desarrollada por quien recibirá los mismos. Dicha conducta configura los supuestos previstos como infracción leve según el literal a) del numeral 1) del artículo 38 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales".



R. Rodríguez S.

- “C.E.P. La Reparación no ha cumplido con la obligación de comunicar el flujo transfronterizo de la información ante el Registro de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, siendo que con dicha conducta configura los supuestos previstos como infracción grave según el literal a) del numeral 2) 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° 176-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de junio de 2016 notificada el 22 de julio de 2016 con Oficio N° 303-2016-JUS/DGPDP-DS, lo siguiente:

- “Sancionar a C.E.P. La Reparación con la multa ascendente a dos (2) unidades impositivas tributarias, por haber efectuado tratamiento de las imágenes de sus alumnos (flujo transfronterizo) mediante su sitio web, sin recabar el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutores de dichos menores, configurándose la infracción leve prevista en el literal a) del numeral 1) del artículo 38) de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales”.
- “Sancionar a C.E.P. La Reparación con la multa ascendente a siete (7) unidades impositivas, por no haber comunicado la realización de flujo transfronterizo de los datos personales de sus alumnos contraviniendo lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y el numeral 5 del artículo 77 de dicho Reglamento, configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2) 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° 176-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de junio 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.



R. Rodríguez S.

3. ANÁLISIS.

3.1 SOBRE LA SUPUESTA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

3.1.1 SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA.

Se realizaron las siguientes afirmaciones:

- La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en lo sucesivo la LPAG) dispone que un procedimiento administrativo tiene como duración máxima 30 días, excepto que la Ley señale un plazo ampliatorio.

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

- El procedimiento fiscalizador se inició el 31 de octubre de 2014, y tratando de hacer coincidir los términos de caducidad en el procedimiento sancionador se emitió la Resolución Directoral N° 125-2016-JUS/DGPDP-DS de 22 de abril de 2016 de la DS (notificada el 11 de mayo de 2016) que resolvió concluir con las actuaciones instructivas, lo cual va en contra de la LPAG ya que un procedimiento administrativo concluye con la resolución pertinente.
- Posteriormente, en el procedimiento sancionador se emitió la Resolución Directoral N° 176-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de junio de 2016 de la DS (notificada el 22 de julio de 2016) que resolvió sancionar a la recurrente; por lo que la duración de dicho procedimiento ha excedido el plazo dispuesto por la LPAG.

3.1.2 SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DE LA DGPDP.

Es necesario precisar que la duración del procedimiento sancionador en materia de protección de datos personales ha sido establecida por la LPDP y su Reglamento, siendo de aplicación supletoria la LPAG.

Es así que el artículo 120 del Reglamento de la LPDP que regula la presentación de descargos y pruebas dispone que: *“El administrado en un plazo máximo de quince (15) días, contado a partir del día siguiente de la notificación correspondiente presentará su descargo, en el cual podrá pronunciarse concretamente respecto de cada uno de los hechos que se le imputan de manera expresa, afirmándolos, negándolos, señalando que los ignora por no ser propios o exponiendo como ocurrieron, según sea el caso. Asimismo podrá presentar los argumentos por medio de los cuales desvirtúe la infracción que se presuma y las pruebas correspondientes. En caso se ofrezca prueba pericial o testimonial, se precisarán los hechos sobre los que versarán y se señalarán los nombres y domicilios del perito o de los testigos, exhibiéndose el cuestionario o el interrogatorio respectivo en preparación de las mismas. Sin estos requisitos dichas pruebas se tendrán por no ofrecidas”.*

Asimismo, el artículo 121 del Reglamento de la LPDP que regula las actuaciones para la instrucción de los hechos dispone que: *“Vencido el plazo de los quince (15) días para la presentación del descargo, con o sin él, la Dirección de Sanciones realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos y podrá disponer una visita de fiscalización a cargo de la Dirección de Supervisión y Control, si no se hubiere hecho antes, con la finalidad de recabar la información que sea necesaria o relevante para determinar, en su caso, la existencia de infracciones susceptibles de sanción”.*



Y finalmente, el artículo 122 del Reglamento de la LPDP que regula el cierre de instrucción y término del procedimiento sancionador dispone que: *“Concluidas las actuaciones instructivas, la Dirección de Sanciones emitirá resolución cerrando la etapa instructiva dentro de los cincuenta (50) días contados desde el inicio del procedimiento. Dentro de los veinte (20) días posteriores a la notificación de la resolución de cierre de la etapa instructiva, la Dirección de Sanciones deberá resolver en primera instancia. Podrá solicitarse informe oral dentro de los cinco (5) días posteriores a la notificación de la resolución de cierre de la etapa instructiva. Cuando haya causa justificada, la Dirección de Sanciones podrá ampliar por una vez y hasta por un período igual, el plazo de cincuenta (50) días al que refiere el presente artículo. La resolución que resuelve el procedimiento sancionador será notificada a todas las partes intervinientes en el procedimiento”.*

Debe tenerse en cuenta que: **a)** Con Resolución Directoral N° 032-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de febrero de 2016 de la DS (notificada el 10 de febrero de 2016) se resolvió el inicio del procedimiento sancionador. **b)** Con Resolución Directoral N° 125-2016-JUS/DGPDP-DS de 22 de abril de 2016 de la DS (notificada el 11 de mayo de 2016) se resolvió el fin de la etapa instructiva. **c)** Con Resolución Directoral N° 176-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de junio de 2016 de la DS (notificada el 22 de julio de 2016) se resolvió sancionar a la recurrente.

En tal sentido, queda claro que el artículo 122 del Reglamento de la LPDP establece que debe emitirse una resolución directoral que cierre la etapa instructiva de un procedimiento sancionador, y de acuerdo a las fechas citadas, la DS concluyó la etapa instructiva dentro de los cincuenta (50) días hábiles contados desde el inicio del procedimiento sancionador.

De igual forma, el artículo 122 del Reglamento de la LPDP establece que una vez cerrado la etapa instructiva deberá resolverse en primera instancia, y de acuerdo a las fechas citadas, la DS resolvió en primera instancia dentro de los veinte (20) días hábiles posteriores a la notificación de la resolución directoral de cierre de etapa instructiva, esto es el 3 de junio de 2016.

En consecuencia, carece de sustento legal afirmar que para el presente caso opera la caducidad del procedimiento sancionador, toda vez que las resoluciones directorales de la DS han sido emitidas conforme a Ley y dentro de plazos razonables.



3.2 SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS IMÁGENES DE SUS ALUMNOS (FLUJO TRANSFRONTERIZO) MEDIANTE SU SITIO WEB, SIN RECARAR EL CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD O TUTORES DE DICHOS MENORES.

3.2.1 SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA.

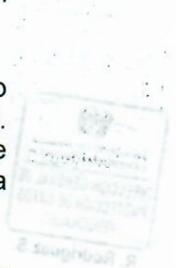
Se realizaron las siguientes afirmaciones:

- No realizan tráfico de datos personales de los alumnos, de los padres de familia o tutores, de los profesores y de los miembros de la comunidad educativa.
- Tienen base de datos de los alumnos, de los padres de familia o tutores, de los profesores y de los miembros de la comunidad educativa (automatizados) por cuanto es necesario su identificación para fines educativos, porque es exigido por Ley, y porque están a la vanguardia de adelantos técnicos.



Resolución Directoral

- Todas las instituciones públicas y privadas poseen sitios web que tienen por objeto servir como medio de comunicación entre quienes son miembros adscritos a dichos sitios. Las comunicaciones de orden personal tienen una clave específica que garantiza la privacidad.
- En el sitio web de un centro educativo no se encuentran datos personales pasibles de tráfico ya que se tratan de noticias y de actividades educativas. No hay posibilidad de recabar y de identificar dichos datos personales.
- La creación de perfiles u otros que se generen de los alumnos, de los padres de familia o tutores, de los profesores y de los miembros de la comunidad educativa como resultado de la visita al sitio web de la recurrente de ninguna manera puede considerarse como negociación o comercialización, menos aún puede considerarse como negociación o comercialización la publicación de fotografías de los alumnos.
- Los padres de familia o tutores han dado su consentimiento para que las fotografías u otros similares de los alumnos aparezcan en su sitio web porque no se concibe la idea de que mencionar sus pertenencia a una comunidad educativa perjudique a los alumnos en su imagen o en sus datos personales, ya que la información publicada versa sobre actividades educativas.
- No tienen servidor fuera del país ni en el extranjero. Su actividad no consiste en administrar sitios web o similares.
- Con relación al sitio web de la recurrente y con el dominio donde se aloja dicho sitio web debe precisarse que se contrató a la empresa Intermediahost S.A.C. la misma que tuvo a su cargo el diseño, la adecuación y el manejo técnico que incluye gestionar el dominio donde se encuentra alojado el sitio web con una cláusula exclusiva de protección de datos y confidencialidad de la información.
- No se ha alquilado, aceptado ni convenido que el sitio web de la recurrente tenga un servidor en Dallas - Texas. La resolución impugnada no ha acreditado que el cargo de flujo transfronterizo sea cierto, no aparece en ningún documento la existencia de ese servidor alojado en Estados Unidos de América.



3.2.2 SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DE LA DGPDP.

3.2.2.1 Sobre el tratamiento de las imágenes de los alumnos en el portal web institucional.

El numeral 17 del artículo 2 de la LPDP dispone que: *“Cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales”,* comprende un tratamiento de datos personales.

Es decir, la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos personales por parte de terceros implica un tratamiento, aunque dicho procedimiento técnico se realice en el marco de sus actividades educativas; por lo que la conducta que consiste en publicar imágenes de alumnos en el sitio web de una entidad educativa constituye un tratamiento de esta índole.

En consecuencia, la recurrente realiza tratamiento de datos personales y por ello, se encuentra sujeta al cumplimiento de las disposiciones contenidas en la LPDP y su Reglamento: **a)** Con independencia de que haya contratado a un tercero para el diseño, la adecuación, el manejo técnico, y el dominio del sitio web. **b)** Con independencia de que administre o no bancos de datos personales; por lo que la recurrente se encuentra sujeta a las obligaciones propias de todo responsable de tratamiento.

Asimismo, esta autoridad comparte el criterio asumido por la DS al considerar que las fotografías, en este caso, de los alumnos publicadas en el sitio web de la recurrente, los hace identificables no sólo por mostrar sus características físicas, sino también por relacionar a los alumnos con una entidad educativa de procedencia, una actividad, grado o sección.

Si las imágenes no han sido vinculadas a los nombres y a los apellidos de los alumnos en las publicaciones del portal web institucional *“http://www.lareparacion.edu.pe”*, esto no quiere decir que con otros aspectos, ya detallados, no puedan ser identificados. Actualmente es consenso que dado el estado de las tecnologías de la información y la comunicación, a una persona física no se le identifica o se hace identificable solo con los nombres y con los apellidos, sino con mucha otra información adicional que la haga identificable, y que, justamente por ello constituyen *“datos personales”*. Si siguiéramos el criterio de la recurrente los nombres y los apellidos serían los únicos datos personales y como es obvio, la legislación peruana, la comparada y la doctrina, unánimemente, señalan lo contrario.

3.2.2.2 Sobre el flujo transfronterizo de datos personales.

Se entiende por flujo transfronterizo de datos personales a *“La transferencia internacional de datos personales a un destinatario situado en un país distinto al país de origen de los datos personales, sin importar el soporte en que estos se encuentren, los medios por los cuales se efectuó la transferencia ni el tratamiento que reciban”,* conforme con lo establecido por el numeral 8 del artículo 2 de la LPDP.

Ha quedado acreditado en el procedimiento fiscalizador que la recurrente realizaba transferencia internacional de datos personales, conforme con lo señalado en los numerales 22, 23, 24, 25 y 26 del Informe N° 074-2015-JUS/DGPDP-DSC de 24 de





Resolución Directoral

abril de 2015 de la DSC, que señala que: "22. Durante la visita se verificó que las fotografías no se almacenan en un ordenador concreto, sino que se encuentran alojadas en la web, siendo dicho servicio prestado en el marco de un contrato suscrito con la empresa Netmedia S.A.C. a través del cual se provee servicio de alojamiento de su página web y correo electrónico. En este sentido el Informe N° 038-2014-DSC-FCF de 4 de marzo de 2015 se precisó que el servidor tanto de la página web como del correo electrónico se encuentra localizado en Dallas, Texas. 23. El 25 de marzo de 2015, a través de comunicación sin número, ingresada mediante Hoja de Trámite N° 018084-2015, la fiscalizada presentó el documento denominado [Contrato de servicio de hosting y correos electrónicos] a través del cual la empresa Hosting Perú & Intermediahost S.A.C.] se compromete a ejecutar las acciones descritas en el Plan Profesional. Dicho documento tiene como fecha de referencia el 23 de marzo de 2015, no obstante en la cláusula octava señala que su vigencia abarca desde el 15 de enero de 2015 hasta el 14 de enero de 2016. Respecto de la validez de dicho documento cabe precisar que el documento no tiene registrada las firmas de las partes contratantes identificadas en la primera parte. 24. El 6 de abril de 2015, a través de comunicación sin número ingresada mediante Hoja de Trámite N° 019739-2015, la fiscalizada remitió un documento adicional denominado [Contrato de servicio de hosting y correos electrónicos] entre Intermediahost S.A.C. y C.E.P. La Reparación. La última parte de la cláusula primera del referido contrato señala que el periodo de vigencia del servicio abarca desde el 15 de enero de 2015 hasta el 14 de enero de 2016, es decir la misma fecha de vigencia del contrato referido en el numeral precedente. 25. La diferencia de ambos documentos radica en que el segundo contrato ha previsto en su cláusula sexta aspectos relacionados con la protección de datos y confidencialidad de la información; sin embargo, respecto de la validez de dicho documento cabe poner de manifiesto que el documento si bien cuenta con una de las firmas de las empresas contratantes, carece de la otra firma; por lo que no es posible afirmar que dicho documento tenga los efectos previstos. 26. Sin perjuicio de la responsabilidad de las formalidades derivadas de los contratos que contienen las relaciones entre las empresas que presta el servicio de hosting y el colegio supervisado; a los objetivos perseguidos en este proceso de supervisión resulta claro que el colegio está realizando transferencia internacional de la información de sus estudiantes (imágenes) a un servidor que se encuentra ubicado en Dallas, Texas, siendo que dicha acción la realiza sin respetar y seguir las disposiciones de la LPDP y su Reglamento".



R. Rodríguez S.

Por lo expuesto, la recurrente ha realizado transferencia internacional de datos personales mediante la publicación en su sitio web de las fotografías de los alumnos, toda vez que dichas imágenes que no fueron almacenadas en un ordenador concreto en territorio peruano, se encontraban alojadas en un servidor ubicado en los Estados Unidos de América, lo que puede corroborarse con el Informe N° 038-2015-DSC-FCF

de 4 de marzo de 2015 del Técnico Supervisor de la Dirección de Supervisión y Control que señala: “2.2 La institución educativa no cuenta con servidor web propio, por lo cual se contrató a la empresa Netmedia S.A.C. la cual le ofrece el servicio de alojamiento de la página web y correo electrónico. El portal web “<http://www.lareparacion.edu.pe/>” se encuentra localizado en Dallas EEUU (Ver anexo 3: Whois Record for LaReparacion.edu.pe). Este contrato de hosting fue visualizado por los supervisores”.

Asimismo, con Resolución Directoral N° 032-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de febrero de 2016 de la DS se resolvió el inicio del procedimiento sancionador y se puso en conocimiento de la recurrente la infracción cometida, y correspondió a dicha administrada aportar medios de prueba en el escrito de descargo, conforme con lo establecido por el artículo 120 del Reglamento de la LPDP que dispone que: “El administrado en un plazo máximo de quince (15) días, contado a partir del día siguiente de la notificación correspondiente presentará su descargo, en el cual podrá pronunciarse concretamente respecto de cada uno de los hechos que se le imputan de manera expresa, afirmándolos, negándolos, señalando que los ignora por no ser propios o exponiendo como ocurrieron, según sea el caso. Asimismo podrá presentar los argumentos por medio de los cuales desvirtúe la infracción que se presume y las pruebas correspondientes. En caso se ofrezca prueba pericial o testimonial, se precisarán los hechos sobre los que versarán y se señalarán los nombres y domicilios del perito o de los testigos, exhibiéndose el cuestionario o el interrogatorio respectivo en preparación de las mismas. Sin estos requisitos dichas pruebas se tendrán por no ofrecidas”.

En consecuencia, la carga de la prueba corresponde a la administrada, y la autoridad no está obligada a indicarle qué prueba debe presentar para desvirtuar que el referido servidor se encontraba en los Estados Unidos de América.

De otro lado, el artículo 15 de la LPDP dispone que: “El titular y el encargado del banco de datos personales deben realizar el flujo transfronterizo de datos personales solo si el país destinatario mantiene niveles de protección adecuados conforme a la presente Ley. En caso de que el país destinatario no cuente con un nivel de protección adecuado, el emisor del flujo transfronterizo de datos personales debe garantizar que el tratamiento de los datos personales se efectúe conforme a lo dispuesto por la presente Ley”.



R. Rodríguez S.

El artículo 30 de la LPDP dispone que: “Cuando, por cuenta de terceros, se presten servicios de tratamiento de datos personales, estos no pueden aplicarse o utilizarse con un fin distinto al que figura en el contrato o convenio celebrado ni ser transferidos a otras personas, ni aun para su conservación. Una vez ejecutada la prestación materia del contrato o del convenio, según el caso, los datos personales tratados deben ser suprimidos, salvo que medie autorización expresa de aquel por cuenta de quien se prestan tales servicios cuando razonablemente se presume la posibilidad de ulteriores encargos, en cuyo caso se pueden conservar con las debidas condiciones de seguridad, hasta por el plazo que determine el reglamento de esta Ley”.

En la misma línea, el artículo 36 del Reglamento de la LPDP dispone que: “El encargado del banco de datos personales se encuentra prohibido de transferir a terceros los datos personales objeto de la prestación de servicios de tratamiento, a menos que el titular del banco de datos personales que le encargó el tratamiento lo haya autorizado y el titular del dato personal haya brindado su consentimiento, en los supuestos que dicho consentimiento sea requerido conforme a Ley”



Resolución Directoral

En una primera etapa, es el emisor de la transferencia internacional de datos personales quien evalúa si el país cumple con un nivel adecuado de protección² y será esta autoridad quien, en una segunda etapa, evalúe lo afirmado por el emisor.

Por las disposiciones citadas, queda claramente establecido que el encargado del tratamiento deberá cumplir con el encargo recibido del responsable del tratamiento, el cual deberá materializarse a través de un contrato y/o convenio y deberá considerar además de las normas que rigen este tipo de relaciones jurídicas, las normas propias del derecho a la protección de datos personales de la LPDP y su Reglamento, que son de orden público.

En tal sentido, la LPDP y su Reglamento regulan la posibilidad de que un responsable del tratamiento encargue su ejecución a un tercero al que se denominará encargado del tratamiento, en tales circunstancias, de cara a la autoridad, el responsable del tratamiento siempre responderá ante la DGPDP mientras que el encargado del tratamiento no asume responsabilidad en tanto cumpla en estricto el encargo. En el caso que dicho encargado realizara tratamientos ajenos al encargo, entonces se hará responsable por ellos.

En consecuencia, esta autoridad advierte que al no contar los dos contratos de servicio de hosting y correos electrónicos, presentados por la recurrente y citados en el Informe N° 074-2015-JUS/DGPDP-DSC de 24 de abril de 2015 de la DSC, con la firma manuscrita u otra análoga de la recurrente que demuestre manifestación de voluntad sobre las cláusulas contractuales, entre ellas las referidas a "protección de datos y confidencialidad de la información", no puede determinarse fehacientemente que el encargado del tratamiento ha cumplido con el encargo recibido del responsable del tratamiento en las condiciones descritas en la norma en cuanto al consentimiento; configurándose la infracción leve prevista en el literal a) del numeral 1) del artículo 38) de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales".



R. Rodríguez S.



² Deberá entenderse por Nivel suficiente de protección de datos personales, lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 2 de la LPDP: "Nivel de protección que abarca por lo menos la consignación y el respeto de los principios rectores de esta Ley, así como medidas técnicas de seguridad y confidencialidad, apropiadas según la categoría de datos de que se trate".

3.3 SOBRE NO HABER COMUNICADO LA REALIZACIÓN DE FLUJO TRANSFRONTERIZO DE LOS DATOS PERSONALES DE SUS ALUMNOS CONTRAVINIENDO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 26 DEL REGLAMENTO DE LA LEY N° 29733, LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y EL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 77 DE DICHO REGLAMENTO.

3.3.1 SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA.

Se realizaron las siguientes afirmaciones:

- No se ha podido comunicar ante la DGPDP la realización de flujo transfronterizo de datos personales porque la recurrente no efectúa dicho flujo, y no se ha podido comunicar algo que no se conoce.
- Los actos o convenios que tenga el tercero contratado no puede alcanzar a la recurrente a tenor de lo establecido en el propio contrato. No puede hacerse responsable por hechos de terceros. Con quien ha contratado exclusivamente es con la empresa Intermediahost S.A.C. en el Perú y no con la empresa ubicada en Denver (Estados Unidos de América).

3.3.2 SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DE LA DGPDP.

Con relación a la afirmación que la responsabilidad del tercero contratado para el diseño, la adecuación y el manejo técnico que incluye gestionar el dominio del sitio web institucional de la entidad educativa no alcanza a la recurrente, dicho argumento ha sido desvirtuado en el numeral 3.2.2.2 del análisis de la presente resolución.

De otro lado, el artículo 26 del Reglamento de la LPDP dispone que: *“Los titulares del banco de datos personales o responsables del tratamiento, podrán solicitar la opinión de la Dirección General de Protección de Datos Personales respecto a si el flujo transfronterizo de datos personales que realiza o realizará cumple con lo dispuesto por la Ley y el presente reglamento. En cualquier caso, el flujo transfronterizo de datos personales se pondrá en conocimiento de la Dirección General de Protección de Datos Personales, incluyendo la información que se requiere para la transferencia de datos personales y el registro de banco de datos”.*

De ahí que constituye un acto inscribible ante el Registro Nacional de Protección de Datos Personales (en lo sucesivo el **RNPDP**) las comunicaciones referidas al flujo transfronterizo de datos personales, conforme con lo establecido por el numeral 5 del artículo 77 del Reglamento de la LPDP.

En consecuencia, habiéndose acreditado que la recurrente efectuó transferencia internacional de datos personales (mediante la publicación en su sitio web de las fotografías de los alumnos, imágenes que no fueron almacenadas en un ordenador concreto en territorio peruano, sino que se encontraban alojadas en un servidor ubicado en los Estados Unidos de América³), por mandato legal, debió comunicar a esta autoridad la realización de dicho flujo (mediante la presentación del formulario N° 56) ante la DRN; configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2) del artículo 38) de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales”.

³ Informe N° 038-2015-DSC-FCF de 4 de marzo de 2015 del Técnico Supervisor de la Dirección de Supervisión y Control. Ítem II, numeral 2.2:

“La institución educativa no cuenta con servidor web propio, por lo cual se contrató a la empresa Netmedia S.A.C. la cual le ofrece el servicio de alojamiento de la página web y correo electrónico. El portal web “<http://www.lareparacion.edu.pe/>” se encuentra localizado en Dallas EEUU (Ver anexo 3: Whois Record for LaReparacion.edu.pe). Este contrato de hosting fue visualizado por los supervisores.





Resolución Directoral

3.4 SOBRE LOS ELEMENTOS DE EVALUACIÓN PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES DE MULTA.

Corresponde a la DGPDP examinar los elementos de evaluación empleados por la DS para la determinación de las sanciones, conforme con lo establecido por el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG⁴, que regula el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora administrativa, el cual establece que la autoridad debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Esta autoridad es consciente de que las sanciones aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los criterios que se señalan a efectos de su graduación:

La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.- Se advierte que la conducta infractora ha afectado el derecho fundamental a la protección de los datos personales reconocido en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y desarrollado por la LPDP y su Reglamento, en la medida que:

En cuanto a la obligación de recabar el consentimiento de los titulares de los datos personales, se ha demostrado que la recurrente ha solicitado el consentimiento a los padres de familia o tutores: **a)** Para la publicación en su sitio web de las fotografías de los alumnos (imágenes que no fueron almacenadas en un ordenador concreto en territorio peruano, sino que se encontraban alojadas en un servidor ubicado en los Estados Unidos de América), y **b)** Para la transferencia internacional de dichos datos personales, como resultado de las visitas fiscalizadoras de la DSC.

En cuanto a la obligación de comunicación del flujo transfronterizo de datos personales, se ha demostrado que la recurrente no comunicó a esta autoridad la transferencia internacional de datos personales.

El perjuicio económico causado.- No se advierte que la conducta infractora haya ocasionado perjuicio económico alguno.

La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.- Se advierte de la conducta infractora que:

⁴ Concordado con las siguientes disposiciones normativas:
Artículo 39 de la LPDP.- Sanciones administrativas.

Artículo 125 del Reglamento de la LPDP.- Graduación del monto de la sanción administrativa de multa.



R. Rodríguez S.

En cuanto a la obligación de recabar el consentimiento de los titulares de los datos personales, a la fecha en que debe resolverse el recurso de apelación el sitio web de la recurrente se encuentra en “construcción”, es decir, no aparecen imágenes de los alumnos.

En cuanto a la obligación de comunicación del flujo transfronterizo de datos personales, a la fecha en que debe resolverse el recurso de apelación la recurrente no comunicó a esta autoridad la transferencia internacional de datos personales.

La recurrente no es reincidente en cuanto a la comisión de infracciones por la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Las circunstancias de la comisión de la infracción.- Se advierte de la conducta infractora que:

En cuanto a la obligación de recabar el consentimiento de los titulares de los datos personales, la publicación en el sitio web de la recurrente de las fotografías de los alumnos (imágenes que no fueron almacenadas en un ordenador concreto en territorio peruano, sino que se encontraban alojadas en un servidor ubicado en los Estados Unidos de América) no respetaron las disposiciones de la LPDP y su Reglamento que regulan el flujo transfronterizo de datos personales.

En cuanto a la obligación de comunicación del flujo transfronterizo de datos personales, a la fecha en que debe resolverse el recurso de apelación la recurrente no comunicó a esta autoridad la transferencia internacional de datos personales.

El beneficio ilegalmente obtenido.- Se advierte de la conducta infractora que no se ha obtenido ilegalmente un beneficio.

La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.- Esta autoridad advierte que las interpretaciones erróneas sobre las disposiciones de la LPDP y su Reglamento señaladas el recurso de apelación se producen por el desconocimiento por parte de la recurrente de lo que significa “transferencia” internacional de datos personales confundiendo dicho concepto con el término “tráfico” internacional de datos personales, siendo que el desconocimiento de la norma no lo exime de responsabilidad.



R. Rodríguez S.

3.4.1 ATENUANTES.

El artículo 126 del Reglamento de la LPDP dispone que: *“La colaboración con las acciones de la autoridad y el reconocimiento espontáneo de las infracciones acompañado de acciones de enmienda se considerarán atenuantes. Atendiendo a la oportunidad del reconocimiento y a las fórmulas de enmienda, la atenuación permitirá incluso la reducción motivada de la sanción por debajo del rango previsto en la Ley⁵”.*

3.4.1.1 Colaboración con las acciones de la autoridad.

La recurrente ha demostrado “colaboración con las acciones de la autoridad” como atenuante de responsabilidad toda vez que ha cumplido con atender en plazos razonables los requerimientos que le han sido efectuados en el marco de los procedimientos fiscalizador y sancionador.

⁵ El subrayado ha sido incorporado por la DGPDP para una mejor precisión del texto.



Resolución Directoral

3.4.1.2 Reconocimiento espontáneo.

En cuanto a la obligación de recabar el consentimiento de los titulares de los datos personales, la recurrente ha demostrado “reconocimiento espontáneo” de la infracción como atenuante de responsabilidad toda vez que en el recurso de apelación no ha realizado cuestionamientos de índole interpretativo respecto de las disposiciones contenidas en la LPDP y su Reglamento carentes de fundamento legal sobre el consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los alumnos en su sitio web (flujo transfronterizo).

En cuanto a la obligación de comunicación del flujo transfronterizo de datos personales, la recurrente no ha demostrado “reconocimiento espontáneo” de la infracción como atenuante de responsabilidad toda vez que no comunicó a esta autoridad la transferencia internacional de datos personales y ha negado dicha transferencia.

3.4.1.3 Acciones de enmienda.

El artículo 236-A de la LPAG que regula los atenuantes en cuanto a la responsabilidad por infracciones dispone que: *“constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes: 1.- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235⁶”*.



R. Rodríguez S.

En cuanto a la obligación de recabar el consentimiento de los titulares de los datos personales, la recurrente ha demostrado “acciones de enmienda” de la infracción como atenuante de responsabilidad toda vez que ha acreditado ante esta autoridad la adecuación de la obtención del consentimiento para la publicación de las imágenes de los alumnos en su sitio web y su transferencia internacional acorde con las disposiciones de la LPDP y su Reglamento que regulan el flujo transfronterizo de datos personales, en fecha anterior a la notificación de la Resolución Directoral N° 032-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de febrero de 2016 de la DS que resolvió iniciar procedimiento sancionador y mediante la cual se le puso en conocimiento la infracción cometida.

⁶ Artículo 235, numeral 3 de la LPAG.- Procedimiento sancionador:

“Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones: 3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

En cuanto a la obligación de comunicación del flujo transfronterizo de datos personales, la recurrente no ha demostrado “acciones de enmienda” de la infracción como atenuante de responsabilidad toda vez que no comunicó a esta autoridad la transferencia internacional de datos personales.

3.4.2 GRADUACIÓN DEL MONTO DE LAS MULTAS.

En consecuencia, al evaluar la infracción, debe tenerse en cuenta que:

En cuanto a la obligación de recabar el consentimiento de los titulares de los datos personales, se advierte que la infracción cometida por la recurrente está tipificada como leve, y conforme con lo establecido por el numeral 1 del artículo 39 de la LPDP que regula las sanciones administrativas, la infracción calificada de leve es sancionada con multa desde cero coma cinco (0,5) de una unidad impositiva tributaria hasta cinco (5) unidades impositivas tributarias; por lo que:

- El rango medio de la sanción es de dos punto setenta y cinco (2.75) unidades impositivas tributarias y es razonable que a partir de allí se apliquen los atenuantes (o agravantes, cuando sea el caso).
- Si bien la multa de dos (2) unidades impositivas tributarias ha sido establecida:
a) Por debajo del rango medio de la sanción de dos punto setenta y cinco (2.75) unidades impositivas tributarias. **b)** Dentro del rango mínimo de la sanción desde cero coma cinco (0,5) de una unidad impositiva tributaria; el artículo 126 del Reglamento de la LPDP dispone que atendiendo a la “colaboración con las acciones de la autoridad”, “reconocimiento espontáneo” y a las “acciones de enmienda”, la atenuación permitirá reducir el monto de la multa; por lo que esta autoridad considera establecerla en **cero coma cinco (0,5) de una unidad impositiva tributaria.**

En cuanto a la obligación de comunicación del flujo transfronterizo de datos personales, se advierte que la infracción cometida por la recurrente está tipificada como grave, y conforme con lo establecido por el numeral 2 del artículo 39 de la LPDP que regula las sanciones administrativas, la infracción calificada de grave es sancionada con multa desde más de cinco (5) hasta cincuenta (50) unidades impositivas tributarias; por lo que:

- El rango medio de la sanción es de veintisiete punto cinco (27.5) unidades impositivas tributarias y es razonable que a partir de allí se apliquen los atenuantes (o agravantes, cuando sea el caso).
- Si bien la multa de siete (7) unidades impositivas tributarias ha sido establecida como resultado de: **a)** La ausencia de “reconocimiento espontáneo”. **b)** La ausencia de “acciones de enmienda”; evidenciados en la conducta infractora y en las alegaciones destinadas a negar la infracción y cuestionar las normas que le resultan aplicables, sin aportar elementos razonables; el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG dispone que atendiendo la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se evidencia que a la fecha en que debe resolverse el recurso de apelación el sitio web de la recurrente se encuentra en “construcción”, es decir, no aparecen imágenes de los alumnos y por tanto, no existe una transferencia internacional de datos personales que deba comunicarse; por lo que esta autoridad considera reducir el monto de la multa estableciéndola en **cero coma cinco (0,5) de una unidad impositiva tributaria**, conforme con lo establecido por el artículo 126 del Reglamento de la LPDP que regula los atenuantes.





Resolución Directoral

Es necesario precisar que se impone una sanción mínima, por debajo del rango previsto en la Ley, en la medida que si bien a la fecha en que debe resolverse el recurso de apelación el sitio web de la recurrente no publica fotografías de los alumnos y por tanto no se evidencia flujo transfronterizo de datos personales, a la fecha de las visitas fiscalizadoras si efectuaba transferencia internacional de datos personales conforme con lo indicado en el Informe N° 074-2015-JUS/DGPDP-DSC de 24 de abril de 2015 de la DSC.

En consecuencia, si la administrada habilita nuevamente su sitio web y publica fotos de los alumnos o realiza cualquier otro tipo de tratamiento (que incluiría transferencia internacional de datos personales, si el servidor de dicho sitio web se encuentra alojado fuera del territorio peruano), la recurrente debe: **a)** Informar previamente y contar necesariamente con el consentimiento de los padres de familia o tutores. **b)** Comunicar el flujo transfronterizo de datos personales a esta autoridad.

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 **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por el C.E.P. La Reparación contra la Resolución Directoral N° 176-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de junio de 2016 de la Dirección de Sanciones en el extremo referido al **monto de la multa**:



R. Rodríguez S.

Que dispuso en:

En su artículo 1: "Sancionar a C.E.P. La Reparación con la multa ascendente a dos (2) unidades impositivas tributarias, por haber efectuado tratamiento de las imágenes de sus alumnos (flujo transfronterizo) mediante su sitio web, sin recabar el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutores de dichos menores, configurándose la infracción leve prevista en el literal a) del numeral 1) del artículo 38) de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales", y **REFORMÁNDOLA** en este extremo, disponer:

En su artículo 1: "Sancionar a C.E.P. La Reparación con la multa ascendente a cero coma cinco (0,5) de una unidad impositiva tributaria, por haber efectuado tratamiento de las imágenes de sus alumnos (flujo transfronterizo) mediante su sitio web, sin recabar el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutores de dichos

menores, configurándose la infracción leve prevista en el literal a) del numeral 1) del artículo 38) de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales”,

Que dispuso en:

En su artículo 2: “Sancionar a C.E.P. La Reparación con la multa ascendente a siete (7) unidades impositivas, por no haber comunicado la realización de flujo transfronterizo de los datos personales de sus alumnos contraviniendo lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y el numeral 5 del artículo 77 de dicho Reglamento, configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2) del artículo 38) de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales”, y **REFORMÁNDOLA** en este extremo, disponer:

En su artículo 2: “Sancionar a C.E.P. La Reparación con la multa ascendente a cero coma cinco (0,5) de una unidad impositiva tributaria, por no haber comunicado la realización de flujo transfronterizo de los datos personales de sus alumnos contraviniendo lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y el numeral 5 del artículo 77 de dicho Reglamento, configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2) del artículo 38) de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales”,

Artículo 2.- CONFIRMAR en lo demás que contiene la Resolución Directoral N° 176-2016-JUS/DGPDP-DS de 3 de junio de 2016 de la Dirección de Sanciones, con lo cual concluye el procedimiento sancionador, agotándose la vía administrativa.

Artículo 3.- PONER EN CONOCIMIENTO del C.E.P. La Reparación que el literal d) del numeral 3) artículo 38) de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales establece que constituye infracción muy grave no cesar en el tratamiento ilícito de datos personales, cuando existiese un previo requerimiento de la Dirección General de Protección de Datos Personales para ello.

Artículo 4.- DISPONER la devolución del expediente administrativo a la Dirección de Sanciones para los fines pertinentes.

Artículo 5.- NOTIFICAR a la interesada la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.



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