



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

OPINIÓN CONSULTIVA N° 01-2022-DGTAIPD

ASUNTO : Consulta sobre el alcance de la autorización de primer contacto para solicitar el consentimiento para el uso de datos con fines de publicidad

REFERENCIA : a) Documentación ingresada con la Hoja de Trámite N° 000246787 (Oficio N° 0381-2021/INDECOPI-DFI)
b) Opinión Consultiva N° 12-2019-JUS/DGTAIPD

FECHA : 13 de enero de 2022

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Oficio N° 0381-2021/INDECOPI-DFI, el Director de Fiscalización del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- Indecopi, conociendo lo establecido en la Opinión Consultiva N° 12-2019-JUS/DGTAIPD, solicitó a esta Dirección General, precisar lo siguiente:
 - Si dicha opinión consultiva, al referirse a la prohibición de contactar al titular que no otorgue el consentimiento, supone que no se podrá volver a contactarlo para ofrecer el mismo bien o servicio; con lo cual, si el contacto fuera por otro tipo de bien o servicio, es válido volver a contactarlo.
 - O si, por el contrario, ante la negativa del consentimiento, el titular del banco de datos no puede volver a contactarse ni por el mismo bien o servicio, u otros que ofreciera o que llegará a ofertar en el futuro.

II. MARCO NORMATIVO

3. El artículo 32 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP), crea la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (en adelante, ANPD), autoridad encargada de realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento del objeto y disposiciones de la LPDP y su reglamento. Para lo cual ejerce funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras¹. La ANPD se rige por lo establecido en dicha ley, su

¹ LPDP, artículo 32.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

reglamento y en las normas pertinentes del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

4. Entre las funciones de la ANPD, previstas en el artículo 33 de la LPDP, se encuentra la absolución a consultas que se le formulen sobre protección de datos personales y el sentido de las normas vigentes en la materia².
5. Por su parte, el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2017-JUS, establece en su artículo 70, que la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (en adelante, la DGTAIPD) es el órgano de línea encargado de ejercer la ANPD.
6. En tal sentido, el inciso d) del artículo 71 de dicho reglamento de organización y funciones, dispone que la DGTAIPD tiene entre sus funciones absolver las consultas formuladas respecto de la aplicación de las normas sobre protección de datos personales.
7. Por ende, esta Dirección General, en su calidad de órgano del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre el que recae la ANPD, da respuesta a la consulta formulada a través de este informe.

III. ANÁLISIS

El consentimiento como principio de la LPDP y su reglamento

8. La Constitución Política del Perú, establece en el artículo 2, numeral 6, que toda persona tiene derecho “a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”, es decir toda persona tiene derecho a la autodeterminación informativa, y por lo tanto a la protección de sus datos personales.
9. El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución Política del Perú, ha definido el derecho a la autodeterminación informativa en la STC 04739-2007-PHD/TC (fundamento 2-4) de la siguiente forma:

² LPDP

“Artículo 33. Funciones de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales

La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales ejerce las funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras siguientes:

(...)

10. Absolver consultas sobre protección de datos personales y el sentido de las normas vigentes en la materia, particularmente sobre las que ella hubiera emitido.”

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

“[e]l derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal. Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen (...). En este orden de ideas, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera “sensibles” y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos”

10. En esa línea, no se puede ejercer un control efectivo de la información personal sin que se conozca como se van a utilizar los datos recopilados, qué tratamiento se les va a dar, con quiénes se va a compartir, y sin que se solicite la autorización del titular del dato personal³ cuando corresponda.
11. En su artículo 1, la LPDP señala como su objeto el desarrollo del derecho fundamental establecido en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, vale decir, la protección de los datos personales de las personas naturales, denominada también “autodeterminación informativa” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
12. En tal sentido, dicha ley establece los principios que rigen el tratamiento de los datos personales⁴, surgiendo de los mismos las obligaciones para los responsables de dicho tratamiento y los derechos para las personas, en su calidad de titulares de aquellos datos.
13. Entre tales principios se encuentra el principio de consentimiento, en el artículo 5 de la LPDP, que dispone que “para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular”.

³ La LPDP, artículo 2, numeral 16, define al **Titular de datos personales** como “Persona natural a quien corresponde los datos personales”.

⁴ La LPDP, artículo 2, numeral 19, define Tratamiento de Datos Personales como “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”

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

14. Siguiendo tal principio, la LPDP, artículo 13, inciso 13.5, señala que los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto, debiendo ser tal consentimiento libre, previo, informado, expreso e inequívoco. Dichas características se desarrollan en el artículo 12 del Reglamento de la LPDP⁵.
15. A su vez, el numeral 1 del artículo 28 de la LPDP establece como obligación para los responsables del tratamiento de datos personales y encargados del mismo, realizarlo solo previo consentimiento del titular de los datos personales, salvo ley autoritativa, con excepción de los supuestos consignados en el artículo 14 de la LPDP⁶.

⁵ **Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2013-JUS**

“Artículo 12.- Características del consentimiento.

Además de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley y en el artículo precedente del presente reglamento, la obtención del consentimiento debe ser:

1. Libre: Sin que medie error, mala fe, violencia o dolo que puedan afectar la manifestación de voluntad del titular de los datos personales. La entrega de obsequios o el otorgamiento de beneficios al titular de los datos personales con ocasión de su consentimiento no afectan la condición de libertad que tiene para otorgarlo, salvo en el caso de menores de edad, en los supuestos en que se admite su consentimiento, en que no se considerará libre el consentimiento otorgado mediando obsequios o beneficios. El condicionamiento de la prestación de un servicio, o la advertencia o amenaza de denegar el acceso a beneficios o servicios que normalmente son de acceso no restringido, si afecta la libertad de quien otorga consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, si los datos solicitados no son indispensables para la prestación de los beneficios o servicios.

2. Previo: Con anterioridad a la recopilación de los datos o en su caso, anterior al tratamiento distinto a aquel por el cual ya se recopilaron.

3. Expreso e Inequívoco: Con anterioridad a la recopilación de los datos o en su caso, anterior al tratamiento distinto a aquel por el cual ya se recopilaron queda o pueda ser impreso en una superficie de papel o similar. La condición de expreso no se limita a la manifestación verbal o escrita. En sentido restrictivo y siempre de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7 del presente reglamento, se considerará consentimiento expreso a aquel que se manifieste mediante la conducta del titular que evidencie que ha consentido inequívocamente, dado que de lo contrario su conducta, necesariamente, hubiera sido otra.

Tratándose del entorno digital, también se considera expresa la manifestación consistente en “hacer clic”, “clicar” o “pinchar”, “dar un toque”, “touch” o “pad” u otros similares. En este contexto el consentimiento escrito podrá otorgarse mediante firma electrónica, mediante escritura que quede grabada, de forma tal que pueda ser leída e impresa, o que por cualquier otro mecanismo o procedimiento establecido permita identificar al titular y recabar su consentimiento, a través de texto escrito. También podrá otorgarse mediante texto preestablecido, fácilmente visible, legible y en lenguaje sencillo, que el titular pueda hacer suyo, o no, mediante una respuesta escrita, gráfica o mediante clic o pinchado. La sola conducta de expresar voluntad en cualquiera de las formas reguladas en el presente numeral no elimina, ni da por cumplidos, los otros requisitos del consentimiento referidos a la libertad, oportunidad e información.

4. Informado: Cuando al titular de los datos personales se le comunique clara, expresa e indubitadamente, con lenguaje sencillo, cuando menos de lo siguiente a. La identidad y domicilio o dirección del titular del banco de datos personales o del responsable del tratamiento al que puede dirigirse para revocar el consentimiento o ejercer sus derechos. b. La finalidad o finalidades del tratamiento a las que sus datos serán sometidos. c. La identidad de los que son o pueden ser sus destinatarios, de ser el caso. d. La existencia del banco de datos personales en que se almacenarán, cuando corresponda. e. El carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, cuando sea el caso. f. Las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo. g. En su caso, la transferencia nacional e internacional de datos que se efectúen.

⁶ **Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales**

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

16. De tales normas, se desprende que la principal legitimación del tratamiento de los datos personales por parte de terceros, proviene del consentimiento otorgado por el titular de dichos datos, entendida esta como una manifestación de voluntad que cumple con ciertos requisitos de validez, la cual puede ser sustituida en situaciones excepcionales, por normas con rango de ley, así como por factores como el interés público a través del cumplimiento de las funciones de una entidad pública.
17. Por lo tanto, resulta imprescindible no solo obtener tal manifestación de voluntad en la generalidad de situaciones donde se realizará el tratamiento de sus datos

Artículo 14. 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:

1. Cuando los datos personales se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias.
2. Cuando se trate de datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público.
3. Cuando se trate de datos personales relativos a la solvencia patrimonial y de crédito, conforme a ley.
4. Cuando medie norma para la promoción de la competencia en los mercados regulados emitida en ejercicio de la función normativa por los organismos reguladores a que se refiere la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, o la que haga sus veces, siempre que la información brindada no sea utilizada en perjuicio de la privacidad del usuario.
5. Cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte, o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento.
6. Cuando se trate de datos personales relativos a la salud y sea necesario, en circunstancia de riesgo, para la prevención, diagnóstico y tratamiento médico o quirúrgico del titular, siempre que dicho tratamiento sea realizado en establecimientos de salud o por profesionales en ciencias de la salud, observando el secreto profesional; o cuando medien razones de interés público previstas por ley o cuando deban tratarse por razones de salud pública, ambas razones deben ser calificadas como tales por el Ministerio de Salud; o para la realización de estudios epidemiológicos o análogos, en tanto se apliquen procedimientos de disociación adecuados.
7. Cuando el tratamiento sea efectuado por organismos sin fines de lucro cuya finalidad sea política, religiosa o sindical y se refiera a los datos personales recopilados de sus respectivos miembros, los que deben guardar relación con el propósito a que se circunscriben sus actividades, no pudiendo ser transferidos sin consentimiento de aquellos.
8. Cuando se hubiera aplicado un procedimiento de anonimización o disociación.
9. Cuando el tratamiento de los datos personales sea necesario para salvaguardar intereses legítimos del titular de datos personales por parte del titular de datos personales o por el encargado de tratamiento de datos personales.
10. Cuando el tratamiento sea para fines vinculados al sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo u otros que respondan a un mandato legal.
11. En el caso de grupos económicos conformados por empresas que son consideradas sujetos obligados a informar, conforme a las normas que regulan a la Unidad de Inteligencia Financiera, que éstas puedan compartir información entre sí de sus respectivos clientes para fines de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, así como otros de cumplimiento regulatorio, estableciendo las salvaguardas adecuadas sobre la confidencialidad y uso de la información intercambiada.
12. Cuando el tratamiento se realiza en ejercicio constitucionalmente válido del derecho fundamental a la libertad de información.
13. Otros que deriven del ejercicio de competencias expresamente establecidas por Ley.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

- personales, también lo es hacer prevalecer su voluntad en el caso de la denegatoria, evitando la realización de las actividades de tratamiento para las cuales el consentimiento no se haya otorgado.
18. No se debe olvidar que en su calidad de expreso e inequívoco, el consentimiento es explícito; no es una situación activa “por defecto”, sino que en los casos en los que se solicita, se activa con la manifestación de voluntad que el responsable del tratamiento debe obtener, y debe poder sustentar la obtención legítima del mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento de la LPDP.
 19. Asimismo, en su calidad de informado, debe comunicarse al titular del dato personal la información mínima para que este pueda brindar su consentimiento, en cumplimiento del deber de informar, desarrollado en el artículo 18 de la LPDP⁷, así como el literal d. del artículo 12 del Reglamento de la LPDP.
 20. Para mayor orientación sobre como cumplir con el deber de informar, se sugiere revisar la Guía práctica para la observancia del deber de informar, disponible en el sitio web de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.⁸
 21. Es preciso mencionar que realizar tratamiento de datos personales sin consentimiento del titular del dato personal⁹, cuando no se encuentra en ninguna de las excepciones establecidas en el artículo 14 de la LPDP, constituye una infracción grave, conforme lo señalado en el artículo 132, numeral 2, literal b) del Reglamento de la LPDP:

“Artículo 132.- Infracciones

Las infracciones a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, o su Reglamento se califican como leves, graves y muy graves y se sancionan con multa de acuerdo al artículo 39 de la citada Ley.

(...)

2. Son infracciones graves:

⁷ Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales

“Artículo 18. Derecho de información del titular de datos personales

El titular de datos personales tiene derecho a ser informado en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados; quiénes son o pueden ser sus destinatarios, la existencia del banco de datos en que se almacenarán, así como la identidad y domicilio de su titular y, de ser el caso, del o de los encargados del tratamiento de sus datos personales; el carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos sensibles; la transferencia de los datos personales; las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo; el tiempo durante el cual se conserven sus datos personales; y la posibilidad de ejercer los derechos que la ley le concede y los medios previstos para ello.

(...)

⁸ Ver: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/353793-guia-practica-para-la-observancia-del-deber-de-informar>

⁹ La LPDP, artículo 2, numeral 16, define **Titular de datos personales** como “Persona natural a quien corresponde los datos personales.”

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

(...)

b) Dar tratamiento a los datos personales sin el consentimiento libre, expreso, inequívoco, previo e informado del titular, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en la Ley N° 29733 y su Reglamento.”

El alcance de la Opinión Consultiva N° 12-2019/DGTAIPD¹⁰

22. En el Oficio N° 0381-2021/INDECOPI-DFI, la representación de Indecopi hace referencia a las conclusiones de la Opinión Consultiva N° 12-2019/DGTAIPD, la cual establece que, para la comunicación dirigida a la prospección y venta de productos o servicios, se debe contar con el consentimiento previo, expreso e inequívoco, libre e informado del receptor, que es titular de los datos personales utilizados para realizar tal comunicación. Asimismo, con la finalidad de poder obtener dicho consentimiento, se señaló que, siempre que se haya obtenido los datos de forma lícita, se pueden utilizar para un primer contacto, el cual debe estar orientado a obtener tal consentimiento y, en caso de no obtenerlo, no se deberá contactar a la persona nuevamente.
23. Dicha opinión consultiva se refirió específicamente al envío de correos electrónicos no solicitados con fines publicitarios y comerciales (*spam*), los cuales son regulados por el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, Código del Consumidor), a partir de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1380¹¹.
24. Esta Dirección General considera necesario extender tal interpretación a medios de mensajería instantánea (mensajes de texto y uso de aplicaciones de mensajería como Whatsapp y Telegram, entre otros), debido a los elementos comunes con el correo electrónico, como la posibilidad de presentar su solicitud de consentimiento y contenidos por escrito y de forma legible para el titular de los datos personales, así como la de recibir una respuesta de parte de este.

¹⁰ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/anpd/informes-publicaciones/1373460-oc-n-12-2019-jus-dgtaipd-sobre-remision-de-correos-publicitarios-no-solicitados>

¹¹ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

“Artículo 58.- Definición y alcances

58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

(...)

e. Emplear centros de llamada (*call centers*), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales.”

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

25. Asimismo, el uso de aplicativos de mensajería instantánea que no requieren comunicación en tiempo real ni las respuestas inmediatas que esta conlleva, hace posible también que las exigencias de un mensaje comunicado por escrito se apliquen a los casos en que el mensaje se envíe por archivos multimedia (mensajes de voz o archivos de video), a fin de esperar la respuesta expresa de consentimiento del receptor, como única habilitación para continuar con las comunicaciones de prospección.
26. Respondiendo a la interrogante de la consulta, debe señalarse que la restricción se aplica al uso de datos para comunicaciones referidas a productos o servicios que provengan del mismo proveedor.
27. Cuando se habla de la identidad del proveedor, se refiere específicamente a la persona natural o jurídica que preste el servicio o proporcione el producto contratado. Dicha identidad puede manifestarse también con la mención del nombre comercial que utiliza en el mercado, denominación o razón social, cualquier distintivo o palabra con la que se le identifique coloquialmente en el mercado.
28. El primer contacto tiene como objetivo poder cumplir con la obligación de recopilar el consentimiento, el cual tratándose de personas jurídicas que ofrecen bienes y/o servicios, tiene como finalidad obtener el consentimiento para el tratamiento de datos con fines de publicidad o prospección comercial. Es decir, para ofrecer bienes y/o servicios de forma general y no por producto o servicio.
29. Por lo tanto, una persona jurídica que ofrece bienes y/o servicios a personas naturales, que ha obtenido datos personales de forma lícita, podrá tratarlos una sola vez para recopilar el consentimiento de los titulares de los datos para usar dichos datos para publicidad o prospección comercial de forma general.
30. En aquellos casos que el titular del dato personal no otorgue su consentimiento para que se usen sus datos para publicidad o prospección comercial, no podrá ser contactado nuevamente.
31. Por lo tanto, debe quedar claro que no se trata de un primer contacto por producto o servicio, sino por finalidad, que en este caso es la publicidad o prospección general de los bienes y/o servicios que ofrece la persona jurídica o natural responsable del tratamiento de datos personales.¹²

¹² El Reglamento de la LPDP, en el artículo 2, numeral 14, define al **Responsable del tratamiento como** “aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales.”

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

Las medidas a adoptar por parte del proveedor, como responsable del tratamiento de los datos personales, y de las empresas subcontratadas para entablar las comunicaciones de prospección de productos y servicios

32. Para desarrollar este aspecto, es preciso entender que el proveedor del producto o servicio objeto de prospección, sea a través de mensajes escritos o llamadas, es el responsable del tratamiento de los datos personales de los receptores de tales comunicaciones.
33. Ello se debe al hecho de que tales actividades son contratadas por dicho proveedor a fin de satisfacer su interés comercial de promocionar el producto o servicio y, de ser el caso, concretar sus ventas, siendo este quien responde por la idoneidad de dicho bien, así como percibe ingresos por sus ventas y asume las pérdidas que surjan.
34. En tal sentido, el proveedor decide sobre las actividades de tratamiento de datos personales a realizar (en este caso, su empleo para entablar comunicación con prospectos de clientes), quiénes intervienen en tales actividades (las empresas contratadas), los datos personales que serán objeto de tratamiento (sean o no partes de un banco de datos personales de su titularidad), y, principalmente, sobre la finalidad a alcanzar, relacionada con el interés del responsable que se busca atender con dicho tratamiento
35. Dicha situación es la que se define en el numeral 14 del artículo 2 del Reglamento de la LPDP, transcrito a continuación:

“Artículo 2.- Definiciones.

Para los efectos de la aplicación del presente reglamento, sin perjuicio de las definiciones contenidas en la Ley, complementariamente, se entiende las siguientes definiciones:

(...)

14. Responsable del tratamiento: *Es aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales.”*

36. Considerando que esta cadena comercial implica a otros partícipes, como son las empresas contratadas y los terceros subcontratados para efectuar las comunicaciones analizadas, debe tenerse en cuenta que estas pueden cumplir los roles de encargadas del mencionado tratamiento.
37. Por ello, de un lado, se define el encargo y el rol del encargado del tratamiento de datos personales en el artículo 2 de la LPDP:

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

“Artículo 2. Definiciones

Para todos los efectos de la presente Ley, se entiende por:

(...)

7. Encargado de tratamiento de datos personales. *Toda persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que sola o actuando conjuntamente con otra realiza el tratamiento de los datos personales por encargo del titular del banco de datos personales en virtud de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación. Incluye a quien realice el tratamiento sin la existencia de un banco de datos personales.*

8. Encargo de tratamiento. *Entrega por parte del titular del banco de datos personales a un encargado de tratamiento de datos personales en virtud de una relación jurídica que los vincula. Dicha relación jurídica delimita el ámbito de actuación del encargado de tratamiento de los datos personales.*

(...)

38. Asimismo, en el artículo 2 del Reglamento de la LPDP, se tiene un complemento a la definición del encargado de tratamiento de datos personales, así como la definición del tercero:

“Artículo 2.- Definiciones.

Para los efectos de la aplicación del presente reglamento, sin perjuicio de las definiciones contenidas en la Ley, complementariamente, se entiende las siguientes definiciones:

(...)

10. Encargado del tratamiento: *Es quien realiza el tratamiento de los datos personales, pudiendo ser el propio titular del banco de datos personales o el encargado del banco de datos personales u otra persona por encargo del titular del banco de datos personales en virtud de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación. Incluye a quien realice el tratamiento de datos personales por orden del responsable del tratamiento cuando este se realice sin la existencia de un banco de datos personales.*

(...)

14. Responsable del tratamiento: *Es aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales.*

15. Tercero: *Es toda persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública, distinta del titular de datos personales, del titular o encargado del banco de datos personales y del responsable del*

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

tratamiento, incluyendo a quienes tratan los datos bajo autoridad directa de aquellos.”

39. Cabe señalar que los terceros subcontratados pueden asumir la posición de los encargados del tratamiento, de acuerdo con los siguientes artículos del Reglamento de la LPDP:

“Artículo 37.- Tratamiento a través de subcontratación.

El tratamiento de datos personales puede realizarse por un tercero diferente al encargado del tratamiento, a través de un convenio o contrato entre estos dos.

Para este supuesto se requerirá de manera previa una autorización por parte del titular del banco de datos personales o responsable del tratamiento. Dicha autorización se entenderá también concedida si estaba prevista en el instrumento jurídico mediante el cual se formalizó la relación entre el responsable del tratamiento y el encargado del mismo. El tratamiento que haga el subcontratista se realizará en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento, pero la carga de probar la autorización le corresponde al encargado del tratamiento.

Artículo 38.- Responsabilidad del tercero subcontratado.

La persona natural o jurídica subcontratada asume las mismas obligaciones que se establezcan para el encargado del tratamiento en la Ley, el presente reglamento y demás disposiciones aplicables. Sin embargo, asumirá las obligaciones del titular del banco de datos personales o encargado del tratamiento cuando:

- 1. Destine o utilice los datos personales con una finalidad distinta a la autorizada por el titular del banco de datos o responsable del tratamiento;*
- o*
- 2. Efectúe una transferencia, incumpliendo las instrucciones del titular del banco de datos personales, aun cuando sea para la conservación de dichos datos.”*

40. Entonces, el interés del proveedor (responsable del tratamiento de datos personales) se satisface con la acción de las empresas elegidas por este y contratadas para efectuar las comunicaciones de prospección de los productos y servicios (encargadas de la actividad de tratamiento de los datos personales involucrados en tales comunicaciones, o terceros subcontratados para tal fin), por lo que es responsable de la licitud del desarrollo de tales acciones y de la satisfacción de sus intereses, vale decir, que sea compatible con el ordenamiento jurídico peruano.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

41. La circunstancia descrita obliga al proveedor, como responsable, a ejercer diligentemente el control sobre estas actividades y las empresas que las llevan a cabo, para que conserven tal compatibilidad y no provoquen un daño ilícito o riesgo contra los derechos de las personas.
42. Dicho control se traduce en acciones como la impartición de instrucciones sobre el tratamiento de los datos personales, provisión o revisión de medios (como los discursos de venta o *speech*), así como la implementación de medios de atención para que los titulares de tales datos personales ejerzan sus derechos (derechos ARCO y revocación de consentimiento).
43. Por supuesto, en mérito de dicho control y con la finalidad de hacer prevalecer los derechos de las personas, el responsable debe mantener un contacto regular y permanente con las empresas que efectúan las comunicaciones de prospección, a fin de que estas puedan comunicar de forma inmediata al responsable acerca de la denegatoria o falta de consentimiento por parte de determinados receptores de comunicaciones.
44. Lo anterior debe efectuarse primordialmente en el caso de las llamadas telefónicas, cuya naturaleza instantánea impide que el receptor de la misma pueda tener durante un tiempo prolongado los medios o contacto para ejercitar sus derechos en otro momento y, más bien, lo conduce a expresar su denegatoria inmediatamente, como respuesta al operador con quien entabla comunicación.
45. En cualquier caso, el proveedor y los encargados del tratamiento de datos personales realizado a través de las comunicaciones analizadas, deben entablar entre sí, medios rápidos y eficientes para poner en conocimiento de aquel, los casos de carencia o denegatoria de consentimiento, a fin de adoptar las acciones pertinentes, como la indicación de no contactar al titular del dato personal nuevamente.
46. A su vez, el proveedor, como responsable del mencionado tratamiento, debe ser capaz en todo momento de demostrar que efectúa tales acciones de control y que se obtiene el consentimiento válido, siendo responsable de las conductas de los encargados del tratamiento y, de ser el caso, de los terceros subcontratados (las empresas que entablan las comunicaciones).
47. Dicha responsabilidad proactiva, que no solo opera cuando las autoridades le soliciten información o le notifiquen denuncias, se extiende hacia la observancia de todos los principios y obligaciones de la LPDP y su reglamento, siendo este aspecto parte de la correcta ejecución del vínculo contractual establecido con las empresas contratadas para las comunicaciones, puesto que ello evita una situación perjudicial derivada de la actividad de prospección de productos y servicios, que afecta los intereses del proveedor.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”





PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

48. Ahora bien, la capacidad de control por parte del proveedor, como responsable del tratamiento de los datos personales, así como la de demostrar la efectividad de dicho control, no puede desarrollarse de la misma manera para todas las empresas ni para todos los rubros o actividades del mercado, sino que obedece a las particularidades que se representan en cada caso concreto.
49. De acuerdo con ello, la exigencia de efectuar tal control por parte del proveedor, será alta cuando el encargo se efectúe para la prospección de un producto o servicio muy extendido en el mercado o con un amplio público objetivo, como sucede con los productos de consumo masivo, servicios públicos, así como en los productos o servicios más especializados, pudiendo entenderse en estos rubros, los sectores salud, telecomunicaciones, productos financieros.

IV. CONCLUSIONES

1. Un responsable de tratamiento que obtenga datos de forma lícita, puede utilizarlos una sola vez para solicitar el consentimiento para tratamiento de datos con fines de publicidad y/o prospección comercial de forma general y no por tipo de producto o servicio.
2. En todos los casos, debe cumplirse también con el deber de informar, de acuerdo con el artículo 18 de la LPDP y el literal d. del artículo 12 del Reglamento de dicha ley, que obliga a brindar a los receptores de las comunicaciones de prospección.
3. El proveedor es el responsable del tratamiento de los datos personales en el proceso de prospección de sus productos y/o servicios, sea cual fuere el medio utilizado, siendo las empresas contratadas para contactar al titular del dato personal las que cumplen el rol de encargadas, debido a que dicho proceso se lleva a cabo para satisfacer el interés comercial del proveedor; con ello, decide sobre el desarrollo de las actividades de dicho tratamiento y la finalidad, relacionada esta con dicho interés.
4. Dicha situación lleva al proveedor a ejercer diligentemente el control sobre tales actividades, a fin de conservar su licitud y de que no provoquen ningún daño ilícito o riesgo contra los derechos de las personas, debiendo adoptar medidas como establecer canales para la atención de derechos ARCO de los receptores y a mantener un contacto regular y permanente con las empresas que efectúan las comunicaciones de prospección, a fin de que estas comuniquen de forma inmediata al responsable acerca de la denegatoria o no consentimiento, primordialmente en el caso de las llamadas telefónicas, cuya naturaleza conduce a que se exprese inmediatamente dicha voluntad.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/qesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”





PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General de
Transparencia, Acceso
a la Información Pública y
Protección de Datos Personales

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

5. Asimismo, el proveedor debe ser capaz en todo momento de demostrar que efectúa tales acciones de control y que se obtiene el consentimiento válido, siendo responsable de las conductas de las empresas que entablan las comunicaciones.
6. La exigencia de demostrar la capacidad y efectividad de dicho control, no se desarrolla de la misma manera para todas las empresas ni para todos los rubros o actividades del mercado, sino que dependerá de la extensión del producto o servicio en el mercado, de la amplitud de su público objetivo; así como de factores subjetivos de los proveedores, como su capacidad de conocer la normativa aplicable, su posición, presencia y reconocimiento en el mercado relevante.

Aprobado por

María Alejandra González Luna

Directora General (e)

Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública
y Protección de Datos Personales

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

