



Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

Expediente N°
80-2020-JUS/DGTAIPD-PAS

Lima, 27 de diciembre de 2021

VISTOS:

El Informe N°74-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 18 de junio de 2021¹, emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (en adelante, la "DFI"), junto con los demás documentos que obran en el respectivo expediente; y,

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. Mediante, correo electrónico del 27 de enero de 2020, la señora [REDACTED] [REDACTED] precisa lo siguiente:

"El día 08 de abril 2019, se celebró con mi familia mi onomástico en el Corralito cuya dirección es Jr. Alfonso Riquelme 200 (Cdra. 37 y 38 Av. Brasil), en el cual se adquirió los servicios de comida del restaurant, al finalizar me dieron un boleto para escribir mis datos personales, para ingresar a un sorteo el cual adjunto fotografía del sorteo.

Después de un tiempo, me llamaron de una agencia de viajes para una reunión ya que podría ganar un viaje a cualquier parte del Perú, el cual asistí y fue una estafa como también se emitió en la televisión, lo dejé pasar, sin embargo, el día 8 de enero 2020 a horas 10:05 am se comunicaron del Club Calango en Mala (Dirección: Km 12, Cañete, San Antonio), la Srta [REDACTED], la cual me indica que me invita para conocer el club, y que por medio del Corralito tienen mis datos."

2. Mediante, Oficio N°213-2020-JUS/DGTAIPD-DFI² del 24 de febrero de 2020, la DFI, requiere información a EL CORRALITO E.I.R.L. (en adelante la denunciada).

3. Con Proveído de 02 de junio de 2020³, la DFI resolvió ampliar el plazo de fiscalización por cuarenta y cinco días hábiles (45).

¹ Folios 161 a 189

² 09 al 13

³ Folios 14 al

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 de 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.

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

4. Por medio del Informe de Fiscalización N°155-2020-JUS/DGTAIPD-DFI-JHV del 27 de julio de 2020⁴ (en adelante, el "Informe de Fiscalización"), la Analista Legal de la DFI, por los argumentos que desarrolla y la documentación que obra en el expediente, concluye que se han determinado con carácter preliminar las circunstancias que justifican la instauración de un procedimiento administrativo sancionador. Se remitió a la DFI el resultado de la fiscalización realizada a la administrada, adjuntando documentos que conforman el expediente administrativo. Dicho Informe fue notificado a la administrada el 25 de agosto de 2020 mediante Oficio N°610-2020-JUS/DGTAIPD-DFI⁵.

5. Por medio, del Oficio N°1299-2020-JUS/DGTAIP-DFI⁶ del 09 de diciembre de 2020, la DFI solicitó a Calango Country Club S.A.C. la forma como se obtuvieron los datos personales y si la denunciante completó algún formulario de sorteo.

6. Mediante, escrito de fecha 31 de diciembre de 2020⁷, Calango Country Club S.A.C. alega lo siguiente:

- Que en diciembre de 2019 vía conversaciones con la aplicación WhatsApp y correos electrónicos, llegamos a un acuerdo comercial con la empresa El Corralito E.I.R.L., en la cual se habría acordado que se les ofrecía telefónicamente a los clientes del Corralito E.I.R.L. un Full Day en las instalaciones de Calango Country Club S.A.C., y en caso de encuentren interesados el acceso a la membresía.
- Que El Corralito E.I.R.L. sería la empresa encargada de recopilar los datos personales de sus clientes y su consentimiento a través del Cupón de Sorteo.

7. Por medio de la Resolución Directoral N° 054-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 26 de marzo de 2021⁸ (en adelante, la "RD de Inicio"), la DFI resolvió iniciar procedimiento administrativo sancionador a la administrada, por la presunta comisión del siguiente hecho infractor:

- La administrada habría transferido a la empresa Calango Country Club S.A.C. los datos personales de la denunciante para fines publicitarios y/o promocionales, sin obtener válidamente el consentimiento. Obligación establecida en el artículo 13^o, numeral 13.5 de la LPDP y el artículo 12^o del RLPDP; incurriendo en infracción grave tipificada en el literal b, numeral 2 del artículo 132^o del RLPDP: *"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"*.

8. Mediante el Cedula de Notificación N°258-2021-JUS/DGTAIPD-DFI⁹, se notificó la RD de Inicio a la administrada el día 07 de abril de 2020.

⁴ Folios 15 al 18

⁵ Folios 20 al 22

⁶ Folios 29 al 35

⁷ Folios 36 al 40

⁸ Folios 41 al 53

⁹ Folios 58 al 62

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

9. Mediante Informe Final de Instrucción N°076-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 21 de junio de 2021¹⁰ (en adelante, el "IFI"), la DFI remitió a la DPDP los actuados para que resuelva en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador iniciado, recomendando lo siguiente:

- Imponer sanción administrativa de multa ascendente a veintidós punto cincuenta unidades impositivas tributarias (22.50. UIT) a la administrada por el cargo acotado en el Hecho Imputado N°1, por la infracción grave tipificada en el literal b) del numeral 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP: *"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"*.

10. Mediante Resolución Directoral N°120-2021-JUS/DGTAIPD-DFI¹¹ de 21 de junio de 2021, la DFI dio por concluidas las actuaciones instructivas correspondientes al procedimiento sancionador.

11. El Informe Final de Instrucción N°076-2021-JUS/DGTAIPD-DFI y la Resolución Directoral N°120-2021-JUS/DGTAIPD-DFI fueron notificados a la administrada mediante Cédula de Notificación N°478-2021-JUS/DGTAIPD-DFI.¹²

12. Mediante escrito, ingresado con fecha 02 de julio de 2021, la administrada alega lo siguiente:

- Que, la denunciante indica "Al finalizar me dieron un boleto para escribir mis datos personales para ingresar a un sorteo, el cual adjunto fotografías del sorteo". Al respecto, indica que se encontraba ofreciendo viajes a Cancún y Cuzco, sorteo organizado por un tercero, pudiendo estar la denunciante dentro de las personas que entraban al sorteo.
- Que posterior a ello la denunciante indica que la llamaron de una agencia de viajes, para invitarla a conocer un club y habría sido una estafa. Al respecto, la administrada indica que es una situación ambigua, toda vez que no cuenta con fecha exacta ni medio de prueba que la sustenten que la administrada remitió los datos.
- Por otro, lado la denunciante habría indicado que posteriormente, un año después, se comunicaron del Club Calango Mala. Sobre ello, la administrada indica que del audio de la conversación no se tiene claro la fecha. Asimismo, indica que el mismo Club le habría entregado el volante para el sorteo en las instalaciones de la administrada.
- Entonces la administrada indica que se le entregó un boleto para ingresar a un sorteo. Es decir, se trata de documentos distintos, posiblemente en fecha distinta y que el boleto no era para visitar el Club.

II. Competencia

¹⁰ Folios 70 a 84

¹¹ Folios 85 a 88

¹² Folio 91

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

13. De conformidad con el artículo 74 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N°013-2017-JUS, la DPDP es la unidad orgánica competente para resolver en primera instancia, los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la DFI.

14. En tal sentido, la autoridad que debe conocer el presente procedimiento sancionador, a fin de emitir resolución en primera instancia, es la directora de Protección de Datos Personales.

III. Normas concernientes a la responsabilidad de la administrada

15. Acerca de la responsabilidad de la administrada, se deberá tener en cuenta que el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la "LPAG"), establece como una causal eximente de la responsabilidad por infracciones, la subsanación voluntaria del hecho imputado como infractor, si es realizada de forma previa a la notificación de imputación de cargos¹³.

16. Asimismo, se debe atender a lo dispuesto en el artículo 126 del Reglamento de la LPDP, que considera como atenuantes la colaboración con las acciones de la autoridad y el reconocimiento espontáneo de las infracciones juntamente con la adopción de medidas de enmienda; dichas atenuantes, de acuerdo con la oportunidad del reconocimiento y las fórmulas de enmienda, pueden permitir la reducción motivada de la sanción por debajo del rango previsto en la LPDP¹⁴.

17. Dicho artículo debe leerse juntamente con lo previsto en el numeral 2 del artículo 257 de la LPAG¹⁵, que establece como condición atenuante el reconocimiento de la responsabilidad por parte del infractor de forma expresa y por escrito, debiendo reducir la multa a imponérsele hasta no menos de la mitad del monto de su importe; y, por otro lado, las que se contemplen como atenuantes en las normas especiales.

¹³ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS**

"Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del responsable 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 255."

¹⁴ **Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS**

"Artículo 126.- Atenuantes.

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 Ley"

¹⁵ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS**

"Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

(...)

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b) Otros que se establezcan por norma especial."

"Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el artículo 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"

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

IV. Primera cuestión previa: el marco normativo de la fiscalización realizada y la solicitud de nulidad planteada por la administrada

18. El artículo 33 de la LPDP ha previsto entre las funciones de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales el iniciar fiscalizaciones de oficio o por denuncia de parte por presuntos actos contrarios a lo establecido en la Ley y su reglamento, aplicando las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las medidas cautelares o correctivas que establezca el reglamento.

19. Por su parte, el artículo 240¹⁶ de la LPAG dispone que la Administración Pública, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, está facultada para realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda. Asimismo, interrogar a las personas materia de fiscalización o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones.

20. Para mayor abundamiento, el artículo 241¹⁷ de la LPAG dispone que la Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda.

21. El artículo 108¹⁸ del Reglamento de la LPDP dispone que el personal que lleve a cabo las visitas de fiscalización deberá estar provisto de orden escrita motivada con

¹⁶ **Artículo 240.- Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización**

(..)

240.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

(...)

2. Interrogar a las personas materia de fiscalización o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones.

La citación o la comparecencia personal a la sede de las entidades administrativas se regulan por los artículos 69 y 70

3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.

(...)

¹⁷ **Artículo 241.- Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización**

241.1 La Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados, en caso corresponda.

241.2 Las autoridades competentes tienen, entre otras, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:

1. Previamente a las acciones y diligencias de fiscalización, realizar la revisión y/o evaluación de la documentación que contenga información relacionada con el caso concreto objeto de fiscalización.

2. Identificarse a requerimiento de los administrados, presentando la credencial otorgada por su entidad, así como su documento nacional de identidad.

3. Citar la base legal que sustente su competencia de fiscalización, sus facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite.

4. Entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.

5. Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.

6. Deber de imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto.

¹⁸ **Artículo 108.- Visitas de fiscalización.**

El personal que lleve a cabo las visitas de fiscalización deberá estar provisto de orden escrita motivada con firma autógrafa del funcionario, de la que dejará copia, con cargo, a la persona que atendió la visita.

"Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el artículo 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"

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

firma autógrafa del funcionario, de la que dejará copia, con cargo, a la persona que atendió la visita. En la orden deberá precisarse el lugar o los lugares en donde se encuentra la entidad pública o privada o la persona natural que se fiscalizará, o donde se encuentren los bancos de datos personales objeto de fiscalización, el objeto genérico de la visita y las disposiciones legales que lo fundamenten.

22. Cabe señalar que, el artículo 101 del Reglamento de la LPDP dispone que, en el ejercicio de las funciones de fiscalización, el personal de la Dirección de Supervisión y Control (a la fecha, DFI) está dotado de fe pública para constatar la veracidad de los hechos en relación con los trámites a su cargo.

23. Ahora bien, la administrada refiere que existen vicios de nulidad que se han presentado durante el procedimiento de fiscalización, a efectos de que estos sean considerados al momento de la valoración de pruebas.

24. En primer lugar, la administrada cuestiona que el Informe Técnico N°268-2019-DFI-ORQR no contendría firma, sin embargo, de la revisión a dicho informe observa que cuenta con firma del Analista de Fiscalización en Seguridad de la Información.

25. Al respecto, conforme el artículo 9 de la LPAG todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

26. En relación a las causales de nulidad, el artículo 10 de la LPAG establece:

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.*
- 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.*
- 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.*

27. Señalado esto, debe tenerse presente que, conforme al artículo 11¹⁹ de la LPAG, las solicitudes de nulidad son planteadas mediante los recursos administrativos y son conocidas y resueltas por la autoridad superior de quien dictó el acto.

En la orden deberá precisarse el lugar o los lugares en donde se encuentra la entidad pública o privada o la persona natural que se fiscalizará, o donde se encuentren los bancos de datos personales objeto de fiscalización, el objeto genérico de la visita y las disposiciones legales que lo fundamenten.

¹⁹ Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

11.2 La nulidad de oficio será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

La nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo.

"Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el artículo 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"

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

28. Siendo así, la administrada tiene a salvo su derecho a argumentar lo correspondiente en un eventual recurso administrativo, a fin de que sea el órgano superior, esto es, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, la que resuelva lo concerniente a una eventual la solicitud de nulidad.

V. Segunda cuestión previa: Sobre la vinculación entre el Informe de Instrucción y el pronunciamiento de esta Dirección

29. El artículo 254 de la LPAG establece como carácter fundamental del procedimiento administrativo sancionador, la separación entre la autoridad instructora y la autoridad sancionadora o resolutora:

“Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador

254.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.

(...)”

30. Por su parte, el artículo 255 de la LPAG, establece lo siguiente:

“Artículo 255.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.”

31. De los artículos transcritos, se desprende que la separación de las dos autoridades, así como la previsión de ejercicio de actuaciones por parte de la autoridad sancionadora o resolutora implican la autonomía de criterios de ambas, siendo que la autoridad sancionadora o resolutora puede hacer suyos todos los argumentos, conclusiones y recomendaciones expuestos por la autoridad instructora en su informe final de instrucción, así como, en sentido distinto, puede efectuar una distinta evaluación de los hechos comprobados o inclusive, cuestionar estos hechos o evaluar situaciones que si bien fueron tomadas en cuenta al momento de efectuar la imputación, no fueron evaluadas al finalizar la instrucción.

11.3 La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el artículo 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”

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

32. Por tal motivo, la resolución que emita una autoridad sancionadora o resolutora, puede apartarse de las recomendaciones del informe final de instrucción o incluso cuestionar los hechos expuestos y su valoración, haciendo una evaluación diferente, considerando su naturaleza no vinculante, y sin que ello implique una vulneración de la predictibilidad o de la expectativa legítima del administrado, la cual no encuentra asidero en la normativa referida al procedimiento administrativo.

33. Por supuesto, la divergencia de criterios mencionada no puede implicar vulneraciones al debido procedimiento, como el impedir el derecho de defensa de los administrados, ni ampliar o variar los hechos imputados y su valoración como presuntas infracciones.

VI. Cuestiones en discusión

34. Para emitir pronunciamiento en el presente caso, se debe determinar si la administrada es responsable por los siguientes hechos infractores:

- La administrada habría transferido a la empresa Calango Country Club S.A.C. los datos personales de la denunciante para fines publicitarios y/o promocionales, sin obtener válidamente el consentimiento. Obligación establecida en el artículo 13º, numeral 13.5 de la LPDP y el artículo 12º del RLPDP; incurriendo en infracción grave tipificada en el literal b, numeral 2 del artículo 132º del RLPDP: *"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"*.

35. En el supuesto de resultar responsable, si debe aplicarse la exención de responsabilidad por la subsanación de la infracción, prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 de la LPAG, o las atenuantes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 126 del reglamento de la LPDP.

36. Determinar en cada caso, la multa que corresponde imponer, tomando en consideración los criterios de graduación contemplados en el numeral 3 del artículo 248 de la LPAG.

VII. Análisis de las cuestiones en discusión

Sobre el presunto tratamiento de datos personales sin haber obtenido válidamente el consentimiento para ello

37. El principio de consentimiento se tiene previsto en el artículo 5 de la LPDP:

"Artículo 5. Principio de consentimiento

Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular"

38. Según lo dispone el inciso 13.5 del artículo 13 de la LPDP, los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento mediando el consentimiento del titular de los mismos, el cual deberá ser otorgado de manera previa, informada, expresa e inequívoca:

"Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el artículo 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"

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

“Artículo 13. Alcances sobre el tratamiento de datos personales

(...)

13.5 Los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco.”

39. El numeral citado define entonces requisitos constitutivos del consentimiento, vale decir, los elementos sin los cuales no existe un consentimiento válidamente otorgado, juntamente con lo recogido en los artículos 11 y 12²⁰ del Reglamento de la LPDP, siendo tales requisitos de ser otorgado de forma previa, libre, expresa e inequívoca, y de manera informada.

²⁰ Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS

“Artículo 11.- Disposiciones generales sobre el consentimiento para el tratamiento de datos personales.

“El titular del banco de datos personales o quien resulte como responsable del tratamiento, deberá **obtener el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, de conformidad con lo establecido en la Ley y en el presente reglamento [...]**

La solicitud del consentimiento deberá estar referida a un tratamiento o serie de tratamientos determinados, con expresa identificación de la finalidad o finalidades para las que se recaban los datos; **así como las demás condiciones que concurran en el tratamiento o tratamientos [...]**.

Cuando se solicite el consentimiento para una forma de tratamiento que incluya o pueda incluir la transferencia nacional o internacional de los datos, el titular de los mismos deberá ser informado de forma que 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.”

(El resaltado es nuestro)

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, sí 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 recopilaban.

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 recopilaban 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”, “clickear” 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 formato 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 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 indubitablemente, 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.”

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el artículo 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”

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

40. En ese sentido, por medio del correo del 03 de febrero de 2020²¹, la denunciante indica lo siguiente:

“El día 08 de abril 2019, se celebró con mi familia mi onomástico en el Corralito cuya dirección es Jr. Alfonso Riquelme 200 (Cdra. 37 y 38 Av. Brasil), en el cual se adquirió los servicios de comida del restaurant, al finalizar me dieron un boleto para escribir mis datos personales, para ingresar a un sorteo el cual adjunto fotografía del sorteo.

Después de un tiempo, me llamaron de una agencia de viajes para una reunión ya que podría ganar un viaje a cualquier parte del Perú, el cual asistí y fue una estafa como también se emitió en la televisión, lo dejé pasar, sin embargo, el día 8 de enero 2020 a horas 10:05 am se comunicaron del Club Calango en Mala (Dirección: Km 12, Cañete, San Antonio), la Srta. [REDACTED], la cual me indica que me invita para conocer el club, y que por medio del Corralito tienen mis datos.”

41. Mediante la RD de Inicio, la DFI imputó a la administrada que habría transferido a la empresa Calango Country Club S.A.C. los datos personales de la denunciante para fines publicitarios y/o promocionales, sin obtener válidamente el consentimiento (al carecer de las características de ser libre, expreso, previo, inequívoco e informado).

42. Posteriormente, mediante Informe N°076-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 21 de junio de 2021, la DFI indica que la administrada habría realizado tratamiento de datos personales para fines de publicidad y prospección comercial sin consentimiento.

43. Mediante escrito ingresado el 02 de julio de 2021, la administrada presentó descargos alegando principalmente lo siguiente:

- Que, la denunciante indica “Al finalizar me dieron un boleto para escribir mis datos personales para ingresar a un sorteo, el cual adjunto fotografías del sorteo”. Al respecto, indica que se encontraba ofreciendo viajes a Cancún y Cuzco, sorteo organizado por un tercero, pudiendo estar la denunciante dentro de las personas que entraban al sorteo.
- Que posterior a ello la denunciante indica que la llamaron de una agencia de viajes, para invitarla a conocer un club y habría sido una estafa. Al respecto, la administrada indica que es una situación ambigua, toda vez que no cuenta con fecha exacta ni medio de prueba que la sustenten que la administrada remitió los datos.
- Por otro, lado la denunciante habría indicado que posteriormente, un año después, se comunicaron del Club Calango Mala. Sobre ello, la administrada indica que del audio de la conversación no se tiene claro la fecha. Asimismo, indica que el mismo Club le habría entregado el volante para el sorteo en las instalaciones de la administrada.
- Entonces la administrada indica que se le entregó un boleto para ingresar a un sorteo. Es decir, se trata de documentos distintos, posiblemente en fecha distinta y que el boleto no era para visitar el Club.

44. Ahora bien, conforme a los antecedentes y medios de prueba antes citados corresponde a la DPDP emitir pronunciamiento.

²¹ Folios 04 a108

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

45. La DPDP, de oficio ingresó, a la cuenta de la red social Facebook la administrada, verificando en dicha cuenta existen diversas imágenes fotográficas de personas, sin embargo, de la revisión de los medios de prueba (folio 5), se verifica que la denunciante aparece en una fotografía grupal, tomada en la celebración de cumpleaños de la denunciante.

46. En ese sentido, es pertinente señalar que dentro de las actuaciones de fiscalización la DFI, mediante Oficio N° 214-2020-JUS/DGTAIPD-DFI, solicitó a la administrada precisar que datos de la denunciante manejan y si cuentan con el consentimiento para realizar publicidad sobre los datos de la denunciante.

47. Es preciso mencionar que, la imputación se refiere a la supuesta transferencia de datos a Calango Country Club S.A.C y no al uso de la imagen de la fotografía, por lo que no se realizará el análisis sobre el uso de la imagen de la denunciante.

48. Con relación a la transferencia de datos de la denunciante a CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C., se tiene que como medio de prueba un audio presentado por la denunciante.

49. Asimismo, CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C. entre sus argumentos precisa que entre diversas conversaciones por whatsapp y correos electrónicos con la administrada habrían pactado que se les ofrecería por llamadas telefónica a los clientes de El Corralito S.A.C. que hubieran llenado el cupón de sorteo para un descuento y un *full day* en las instalaciones de CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C. y acceso a una membresía.

50. Por otro lado, la administrada en su escrito de descargos²² indica que el audio presentado señala que CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C. habría entregado el volante en el restaurante, es decir en las instalaciones de la administrada.

51. La administrada precisa que no existieron conversaciones ni por whatsapp ni correo electrónico por parte de CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C. y la administrada para la transferencia de datos, por lo que dicha afirmación es falsa.

52. Ahora bien, corresponde a la DPDP emitir pronunciamiento conforme a lo medios de prueba que obran en el expediente administrativo.

53. De la revisión al expediente administrativo y el análisis efectuado al audio, efectivamente la representante de CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C. precisa que el cupon habría sido entregado a la denunciante en el restaurante, es decir en instalaciones de la administrada, lo que no implica que la administrada haya entregado el cupón de sorteo a la denunciante.

54. Es decir, del audio no se tiene claro quien habria entregado el cupon de sorteo a la denunciante, a fin de determinar el responsable del tratamiento sobre los datos de la denunciante.

55. Por otro lado, los argumentos de CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C., al decir que existe correos y conversaciones por whatsapp y no presentar en adjunto los

²² Folios 93 al 103

Resolución Directoral N° 3640 -2021-JUS/DGTAIPD-DPDP

medios de prueba que acrediten tal afirmación no acredita que ello sea así, toda vez que, de haberse realizado debió presentar los medios de prueba que así lo acreditan.

56. Es decir, de los documentos obrantes en expediente administrativo no existe medio de prueba fehaciente que de certeza que la administrada habría transferido los datos personales a CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C. para fines de publicidad u otra finalidad.

57. En ese sentido, la DPDP considera declarar infundado el presente hecho materia de imputación y retornar el expediente administrativo a la DFI a fin de que evalúe la pertinencia de realizar acciones de fiscalización respecto al tratamiento de datos personales de la denunciante por parte de CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto por la LPDP y su reglamento, la LPAG, y el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1353 que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses aprobado por Decreto Supremo N° 019-2017-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundada la infracción imputada a **EL CORRALITO E.I.R.L.**, por presuntamente transferir los datos de la denunciada a CALANGO COUNTRY CLUB S.A.C. para fines publicitarios y/o promocionales, sin solicitar el consentimiento; conducta prevista como infracción grave tipificada en el literal b) del numeral 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP: *"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 esta Ley n.º 29733 y su Reglamento"*.

Artículo 2.- Remitir copia de la presente Resolución a la Dirección de Fiscalización a fin de que evalúe realizar acciones de fiscalización A CALANCO COUNTRY CLUB S.A.C respecto al tratamiento de datos de la denunciante.

Artículo 3.- Notificar a **EL CORRALITO E.I.R.L.** la presente Resolución Directoral.



Firmado digitalmente por
GONZALEZ LUNA Maria
Alejandra FAU 20131371617
soft
Fecha: 2021.12.27 11:48:38
-05'00'

María Alejandra González Luna
Directora(e) 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 artículo 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"