



Resolución Directoral Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

Lima, 16 de diciembre de 2021

EXPEDIENTE Nro. : 050-2018-PAS
ADMINISTRADA : AMÉRICA MOVIL S.A.C.
MATERIAS : Nulidad de parte, responsabilidad
objetiva, plazo en actividad fiscalizadora

VISTOS: El documento con registro Nro. 11128, el cual contiene el recurso de apelación contra la Resolución Directoral Nro. 3254-2019- JUS/DGTAIPD – DPDP de 7 de noviembre de 2019; y, los demás actuados en el Expediente Nro. 050-2018/DGTAIPD-PS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Orden de Visita de Fiscalización Nro. 053-2018-JUS/DGTAIPD-DFI, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, la **DFI**) dispuso la realización de visitas de fiscalización a América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, la **administrada**) verificándose lo siguiente:
 - (i) La administrada recopila datos personales de sus clientes a través del «Acuerdo de Prestación del Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS) Postpago Masivo — Claro Max».
 - (ii) El uso del sistema «SisAct» en las computadoras asignadas a los asesores de ventas, verificándose en una de ellas que el asesor maneja un archivo .txt con datos personales de sus clientes (número telefónico y plan comercializado) y negándose la administrada a que se verifique el uso de un archivo similar por parte de otros asesores de ventas.
 - (iii) Se recabó un ejemplar del «Acuerdo de Prestación del Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS) Postpago Masivo — Claro Max», también se recopiló el documento «Protección de Datos Personales».
 - (iv) Se verificó el tratamiento a través de la aplicación móvil «Mi Claro».

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

- (v) Se comprobó que con apenas se ingresa el número de celular al sistema «SisAct», se tiene acceso a los datos personales del titular de la línea telefónica, validación que se hace también al momento de emitir el ticket de atención, según declaró el personal de la administrada.
2. El 29 de diciembre de 2017, personal de la DFI tomó conocimiento en la página web de la administrada (www.claro.com.pe) de la «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento — D.S. 003-2013-JUS», este texto se incorporó en el Informe Nro. 64-DFI-ORQR, al cual también se adjuntaron las impresiones de las siguientes opciones de la página web de la administrada:
- «Crear una cuenta»
 - «Prepago TUN»
 - «Portabilidad Móvil Postpago»
 - «Portabilidad Móvil Prepago»
 - «Portabilidad Móvil Negocios»
 - «Portabilidad Fija»
 - «Portabilidad Fija Negocios»
 - «Internet 8 Mbps»
 - «Telefonía 100»
 - «HDTV Básico»
 - «Conocer para engreírte»
 - «Recargas Online»
3. Asimismo, se verificó que la página web de la administrada tiene el servidor de datos ubicado en los Estados Unidos de América.
4. Por Proveído Nro. 1 de 13 de marzo de 2018, la DFI dispuso la ampliación de la fiscalización por 45 días hábiles.
5. Mediante Informe Nro. 82-2018-JUS/DGTAIPD-DFI-RCCDL del 10 de mayo de 2018, se puso en conocimiento de la DFI los resultados de la fiscalización adjuntando las actas de fiscalización, así como los demás anexos y documentos que conforman el respectivo expediente administrativo.
6. El 21 de junio de 2018, la administrada (Hoja de Trámite Nro. 39243-2018) brindó información sobre las acciones de cumplimiento referidas a los hallazgos de la fiscalización y adjunta una nueva versión de la «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento - D.S. 003-2013-JUS» y del documento «Protección de Datos Personales».
7. El 26 de septiembre de 2018, personal de la DFI accedió a la «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales — Ley 29733 y su reglamento — D.S. 003-2013-JUS» desde el enlace «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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

8. En el Informe Técnico Nro. 324-2018-DFI-VARS, detalla la verificación de los formularios enlistados en el considerando 2 de la presente resolución directoral, señalando que los siguientes no se encuentran enlazados a ningún informativo:
- «Prepago TUN»
 - «Portabilidad Móvil Postpago»
 - «Portabilidad Móvil Prepago»
 - «Portabilidad Móvil Negocios»
 - «Portabilidad Fija»
 - «Portabilidad Fija Negocios»
 - «Telefonía 100»
 - «HDTV Básico»
9. El 8 de febrero de 2019, personal de la DFI accedió a la página web de la administrada verificando la visualización de «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales — Ley 29733 y su reglamento D.S. 003-2013- JUS», así como la calidad de inactivo del enlace <http://c14.ro/datos>; también se comprobó la existencia de los formularios «Libro de Reclamaciones», «Carrito de Compras», «Max Internacional CHIP 189.90», «Max International CHIP 149.90» y «Max Internacional CHIP 99.90».
10. Mediante la Resolución Directoral Nro. 022-2019-JUS/DGTAIPD-DFI del 8 de febrero de 2019, la DFI resolvió iniciar procedimiento administrativo sancionador a la administrada, por presunta comisión de las siguientes infracciones:
- (i) Utilizar los datos personales recopilados a través de los formularios «Crear una Cuenta», «Prepago TUN», «Portabilidad móvil Postpago», «Portabilidad móvil Prepago», «Portabilidad móvil Negocios», «Portabilidad Fija», «Portabilidad Fija Negocios», «Internet 8 Mbps», «Telefonía 100», «HDTV Básico», «Conocerte para engreírte» y «Recargas Online» de su página web; y del «Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max» y «Protección de Datos Personales», sin obtener el consentimiento libre, previo, expreso e inequívoco, ni informado, en incumplimiento del inciso 13.5 del artículo 13 de la Ley Nro. 29733, así como del artículo 12 del Reglamento de la LPDP lo que configuraría la infracción grave tipificada en el literal b) del inciso 2 del artículo 132 de dicho reglamento.
 - (ii) Recopilar datos personales a través de los formularios «Crear una Cuenta», «Prepago TUN», «Portabilidad móvil Postpago», «Portabilidad móvil prepago», «Portabilidad negocios», «Portabilidad fija», «Portabilidad fija Negocios», «Internet 8 Mbps», «Telefonía 100», «HDTV Básico», «Conocerte para engreírte», «Recargas Online», «Libro de Reclamaciones», «Carrito de Compras», «Max Internacional CHIP 189.90», «Max International CHIP 149.90» y «Max Internacional CHIP 99.90»; del «Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max» y «Protección de Datos

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

Personales»; y del sistema «SisAct», sin proporcionarles la información requerida en el artículo 18 de la LPDP; lo que configuraría la infracción grave tipificada en el literal a) del numeral 2 del artículo 132 del reglamento de la LPDP.

11. El 13 de marzo de 2019 (Hoja de Trámite Nro. 18178-2019) la administrada presentó sus descargos adjuntando un ejemplar del «Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max», también remitió un ejemplar del documento «Protección de Datos Personales», que conserva el texto del considerando 6 de esta resolución directoral y una versión de la «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento - D.S. 003-2013-JUS».
12. Por Resolución Directoral Nro. 72-2019-JUS/DGTAIPD-DFI del 3 de mayo de 2019, la DFI, siguiendo el artículo 122 del Reglamento de la LPDP, cerró la etapa instructiva del presente procedimiento administrativo sancionador.
13. Mediante Informe Nro. 049-2019-JUS/DGTAIPD-DFI, la DFI emitió el Informe Final de Instrucción y remitió a la DPDP el expediente del presente caso, recomendando lo siguiente:
 - (i) Imponer una multa ascendente a 13 UIT por la infracción grave tipificada en el literal b) del numeral 2 del artículo 132 del reglamento de la LPDP.
 - (ii) Imponer una multa ascendente a 13 UIT por la infracción grave tipificada en el literal a) del numeral 2 del artículo 132 del reglamento.
14. El 19 de julio de 2019 (Hoja de Trámite Nro. 51980-2019) la administrada presenta nuevas versiones de los documentos «Protección de Datos Personales» y del documento de la página web denominado «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento - D.S. 003-2013-JUS».
15. Por Resolución Directoral Nro. 3254-2019-JUS-DGTAIPD-DPDP del 7 de noviembre de 2019, la Dirección de Protección de Datos Personales (en adelante, la **DPDP**) resolvió sancionar a la administrada:
 - **Multa 12 UIT** por utilizar los datos personales recopilados a través de los formularios «Crear una Cuenta», «Prepago TUN», «Portabilidad móvil Postpago», «Portabilidad móvil Prepago», «Portabilidad Móvil Negocios», «Portabilidad Fija», «Portabilidad Fija Negocios», «Internet 8 Mbps», «Telefonía 100», «HDTV Básico», «Conocerte para engreírte» y «Recargas Online» de su página web, así como de los documentos impresos «Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max» y «Protección de Datos Personales», sin obtener el consentimiento válido de sus clientes, infracción tipificada como grave en el literal b) del numeral 2 del artículo 132 del reglamento 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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

- **Multa 11 UIT** por haber recopilado datos personales de sus clientes a través de formularios «Crear una Cuenta», «Prepago TUN», «Portabilidad móvil Postpago», «Portabilidad móvil prepago», «Portabilidad negocios», «Portabilidad fija», «Portabilidad fija Negocios», «Internet 8 Mbps», «Telefonía 100», «HDTV Básico», «Conocerte para engreírte», «Recargas Online», «Libro de Reclamaciones», «Carrito de Compras», «Max Internacional CHIP 189.90», «Max International CHIP 149.90» y «Max Internacional CHIP 99.90» de su página web; de los documentos impresos «Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max» y «Protección de Datos Personales»; y del sistema «SisAct», sin informar sobre todos los factores requeridos en el artículo 18 de la LPDP, infracción tipificada como grave en el literal a) del numeral 2 del artículo 132 del reglamento de la LPDP.

Asimismo, se resolvió dictar las medidas correctivas siguientes:

- (i) Indicar en los textos informativos de su página web que contengan previsiones respecto del tratamiento de los datos personales de sus clientes («Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento - D.S. 003-2013-JUS», «Términos y condiciones» y «Políticas de Privacidad») acerca de la transferencia de tal información personal hacia el servidor de la página web, ubicado en los Estados Unidos de América, así como la identidad de las «empresas vinculadas» a las que se hace mención en tales textos.
 - (ii) Implementar en todos los formularios con los cuales se efectúe recopilación de datos personales a través de su página web, el enlace a la «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento - D.S. 003-2013-JUS» o a cualquier otro informativo en el que se brinde a los titulares de dichos datos la información requerida por el artículo 18 de la LPDP y, de ser el caso, solicitar el consentimiento válido para el tratamiento de tales datos personales, de acuerdo con el numeral 13.5 del artículo 13 de la LPDP y el artículo 12 de su reglamento.
16. El 12 de diciembre de 2019 (Hoja de Trámite 87750) la administrada presentó recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral Nro. 3254-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP, alegando, con respecto a la nueva prueba, que había actualizado los procedimientos a través de la página web adjuntando 2 capturas de pantalla en las que se señala que la actualización se realizó el 5 de diciembre de 2019. Además, se añadió impresiones de su página web. Se señaló que debe considerarse que la nueva prueba que se adjunta al recurso pone en evidencia la mejora en los procesos de la administrada.
17. Mediante Resolución Directoral Nro. 325-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP del 23 de enero de 2020, la DPDP declaró improcedente la reconsideración presentada por la administrada debido a que los medios probatorios presentados no pueden ser admitidos al no constituir nueva prueba.

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

18. El 18 de febrero de 2020, América Móvil S.A.C. presentó recurso de apelación solicitando la nulidad de la Resolución Directoral Nro. 3254-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP y la Resolución Directoral Nro. 325-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP¹, sosteniendo los siguientes argumentos:
- (i) Reitera los argumentos vertidos en su recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral impugnada.
 - (ii) La ampliación del plazo de fiscalización (Proveído Nro. 1 del 13 de marzo de 2018) debió fundamentarse en la complejidad del caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105 del reglamento de la LPDP.
 - (iii) La resolución recurrida es contradictoria, toda vez que el artículo 1 impone una sanción por infringir el literal b) del inciso 2 del artículo 132 del reglamento de la LPDP y en el artículo 2 impone otra sanción por infringir el literal a) del inciso 2 del artículo 132 del reglamento de la LPDP, cuando en el fundamento 56 había considerado concurso de infracciones y correspondía sancionar solo la conducta más grave.
 - (iv) El análisis se debió enfocar en el documento «Protección de Datos Personales» (adjunto del Acuerdo de Prestación de Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS) Postpago Masivo – Claro Max donde el cliente contrata el servicio. Este documento cumple con recabar el consentimiento libre, previo, expreso, inequívoco e informado.
 - (v) En relación con los formularios «Acuerdos de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max» y «Protección de Datos Personales» se debe tener presente que el artículo 12 del reglamento de la LPDP no dispone que las finalidades por las que se recopilan los datos personales deban separarse en las que requieren consentimiento y las que no. Asimismo, tampoco establece que el consentimiento para el tratamiento de datos deba recabarse individualmente para cada finalidad. En ese sentido, imponer obligaciones adicionales a las que no están contempladas en la norma constituiría vulneración al principio de tipicidad.
 - (vi) En relación a la infracción grave prevista en el inciso a) del inciso 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP, el uso del sistema «SisAct» presupone que previamente se haya contratado con el usuario y, por ende, se haya suscrito el documento «Protección de Datos Personales», el cual cumple con informar lo previsto por el artículo 18 de la LPDP.
 - (vii) En relación con los formularios «Creas una cuenta», «Prepago TUN», «Portabilidad móvil Postpago», entre otros de la página web, mediante el documento «Protección de Datos Personales» con el que se cumple con informar lo previsto por el artículo 18 de la LPDP.

¹ Obrante de folios 511 al 559.

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

- (viii) Tomando en consideración la Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 01873-2009-PA/TC, los comentarios de Morón Urbina a la Sentencia Nro. 2868-2004-AA/TC y el artículo 248 de la LPAG, la acción sancionadora de la administración debe ser imputada a título de culpa o dolo (existencia de culpabilidad subjetiva del agente).
- (ix) La administrada en todo momento proporcionó alternativas a los titulares de los datos personales para brindar su consentimiento ya sea a través de su página web o cuando estos se acercaban al Centro de Atención al Cliente más cercano para firmar el documento «Protección de Datos Personales» lo que evidencia que el daño al interés público es mínimo. Además, enmendó las deficiencias detectadas, adjuntando una presentación de la optimización de sus procedimientos y la constante intención de mejorar, por ello, debe analizarse que no hubo intención de infringir las normas sobre protección de datos. Por lo cual, se solicita una reducción significativa de la multa impuesta.

II. COMPETENCIA

- 19. Según lo establecido en el inciso 20 artículo 33 de la LPDP, La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales es la encargada de iniciar fiscalizaciones de oficio o por denuncia por presuntos actos contrarios a lo establecido en la Ley y en su reglamento, y de aplicar las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las medidas cautelares o correctivas que establezca el reglamento.
- 20. Conforme lo dispuesto en el artículo 70 del reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo Nro. 013-2017-JUS, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales ejerce la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.
- 21. Asimismo, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales es el órgano encargado de resolver en segunda y última instancia administrativa los procedimientos iniciados por la Dirección de Protección de Datos Personales, conforme con lo establecido por el literal I) del artículo 71 del ROF del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

III. ADMISIBILIDAD

- 22. El recurso de apelación ha sido interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles de notificada la Resolución Directoral Nro. 1944-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP de 12 de noviembre de 2020 y cumple con los requisitos previstos en los artículos

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

218² y 220³ del Texto Único Ordenando de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que es admitido a trámite.

IV. CUESTIÓN PREVIA: Si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral Nro. 3254-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP del 23 de enero de 2020

23. El numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **TUO de la LPAG**), establece la obligación de las autoridades administrativas de sujetar su actuación a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas, y de acuerdo con los fines que le fueron conferidos.
24. La actuación que tiene la Administración en todo procedimiento administrativo, de velar no solo por el interés del administrado sino también por el interés colectivo, permite a la autoridad ante una circunstancia que vicie el acto administrativo que emitió en razón a sus facultades, desplegar su potestad invalidatoria⁴.
25. En este sentido, la normativa ha establecido dos vías mediante las cuales se puede declarar la nulidad de un acto administrativo: por instancia de parte (a

² **Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS**

(...)

“Artículo 218. Recursos administrativos

218.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración

b) Recurso de apelación

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

(Texto según el artículo 207 de la Ley N° 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)”

³ **Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS**

(...)

“Artículo 220.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

(Texto según el artículo 209 de la Ley N° 27444)”

⁴ Morón Urbina lo define: “Al poder jurídico por el cual la Administración Pública puede eliminar sus actos viciados en su propia vía, y aun invocando como causales sus propias deficiencias, se le denomina potestad de invalidación.”

MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444. Tomo II. Decimosegunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 2017, p. 153.

Resolución Directoral Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

través de los recursos impugnatorios) o de oficio, por parte de la autoridad competente, con la finalidad de restituir la legalidad del acto administrativo.

26. En efecto, el numeral 11.1 del artículo 11⁵ del TUO de la LPAG, faculta a los administrados a plantear la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos en la LPAG.
27. Por tanto, la administrada, el 12 de diciembre de 2019, la administrada presentó recurso de reconsideración solicitando la declaración de nulidad de la Resolución Directoral Nro. 3254-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP⁶ del 7 de noviembre de 2019 solicitando que se declare que no corresponde imponer sanción alguna por las infracciones imputadas.
28. En su recurso de reconsideración, la administrada señaló haber actualizado sus procedimientos a través de la página web y presentó, como nueva prueba, la copia de la presentación que evidencia la actualización de estos en la web.
29. Mediante Resolución Directoral Nro. 325-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP del 23 de enero de 2020⁷ la DPDP declaró improcedente el recurso de reconsideración, señalando que de la revisión de los documentos que adjuntó la administrada (folios 475 a 503) se advirtió que son impresiones de la página web que contienen notas con comentarios que señalan fechas del 3 y 5 de diciembre de 2019, lo que significaría que hacen alusión a hechos posteriores a lo resuelto por la DPDP (7 de noviembre de 2019) que no se relacionan con la materia de evaluación y, por tanto, no pueden ser admitidos en el procedimiento. La resolución precitada fue notificada el 29 de enero de 2020⁸.
30. Considerando el recurso de apelación presentado en el que la administrada reitera los argumentos vertidos en su recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral Nro. 325-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP del 23 de enero de 2020, corresponde que este Despacho revise la Resolución Directoral Nro. 325-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP a efectos de determinar si resultaba correcto declarar la improcedencia del recurso de reconsideración presentado⁹.

⁵ **Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS**
(...)

“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.”

⁶ Obrante de folios 430 al 503.

⁷ Obrante de folios 504 al 507.

⁸ Obrante en el folio 509.

⁹ La decisión del recurso debe comprender todos los asuntos sometidos a su consideración dentro del ámbito de su competencia o aquellos que surjan con motivo de su sustanciación, aunque no hayan sido alegados por los administrados o motivado su impugnación. MORÓN URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, 11 edición, Agosto 2015, p. 656.

Resolución Directoral Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

31. Conforme al artículo 219 del TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración es aquel que se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.
32. Por lo tanto, para que el recurso de reconsideración sea declarado procedente por parte de la propia autoridad que dictó el acto, es necesario, en caso de que la resolución impugnada no se haya emitido por una única instancia, que el administrado acredite la existencia de una nueva prueba que justifique la reevaluación de lo previamente resuelto.
33. El concepto de nueva prueba supone, en primer lugar, que esta debe materializar hechos o fuentes de prueba que no han sido conocidos o percibidos antes por el juzgador; y, en segundo lugar, debe encontrarse contenido en un documento o medio de prueba que tenga carácter fehaciente.
34. El requerimiento de la nueva prueba se refiere a *“la presentación de un nuevo probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos materia de controversia. Justamente lo que la norma pretende es que sobre un punto controvertido ya analizado se presente un nuevo medio probatorio, pues solo así se justifica que la misma autoridad administrativa tenga que revisar su propio análisis¹⁰”*.
35. En el presente caso, junto con su recurso de reconsideración, la administrada presentó los siguientes documentos:
 - Documento denominado “Protección de Datos Personales”.
 - Documento “Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales – Ley 29733 y su Reglamento D.S. N.º 003-2013-JUS obtenido de la página web”.
 - Copia de presentación que evidencia la actuación de los procedimientos en la vía web.
36. De los documentos adjuntados, la administrada señala como prueba nueva “la copia de presentación que evidencia la actualización de los procedimientos web” (obrante de folios 475 al 502) indicando que ello demostraría la mejora de sus procedimientos en web y que existirían circunstancias que operarían a su favor.
37. Al revisar la documentación obrante en el expediente, este Despacho advierte que las copias que evidenciarían la actualización de los procedimientos web contienen notas con comentarios, tales como: “El servicio ya no está vigente. Se dio de baja a la página (03/12/2019)”; “se actualizó el checkbox de tratamiento de datos personales (05/12/2019), “Se actualizó el checkbox de tratamiento de datos personales” (05/12/2019); “Se actualizó el checkbox de tratamiento de datos personales (05/12/2019), entre otros comentarios.

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, 11 edición, Agosto 2015, p. 665.

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

38. De este modo, los documentos presentados por la administrada como “prueba nueva” consignan “3 de diciembre de 2019” y “5 de diciembre de 2019”, lo que permitiría inferir que esas serían las fechas en que se habrían realizado las actualizaciones en los procedimientos en la página web de la administrada.
39. En ese sentido, a criterio de este Despacho, las copias precitadas no pueden constituir nueva prueba a efectos del trámite del recurso de reconsideración puesto que, al incluir fechas posteriores a la emisión de la resolución de primera instancia no resultan idóneas para justificar un nuevo examen del caso por parte de la DPDP como instancia que emitió el acto impugnado.
40. Cabe recordar que el fundamento de la presentación de un nuevo medio probatorio radica en justificar la revisión del análisis previamente efectuado por parte de la autoridad administrativa (DPDP) sobre alguno de los puntos materia de controversia en el procedimiento administrativo sancionador, de modo tal que, siendo que las actualizaciones alegadas por la administrada ocurrieron después de la emisión de la resolución de primera instancia no dan mérito para un reexamen de la declaración administrativa formulada por la DPDP.
41. Por tal motivo, este Despacho estima que la administrada no cumplió con adjuntar nueva prueba, razón por la cual resultó correcto que la DPDP declare improcedente el recurso de reconsideración presentado, siendo que no corresponde se declare la nulidad de Resolución Directoral Nro. 3254-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP¹¹ del 7 de noviembre de 2019.
42. Por tales motivos, **no corresponde amparar** dicho extremo de la apelación presentada por la administrada.

V. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

43. De acuerdo con los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde determinar lo siguiente:
 - (i) Si la DFI fundamentó adecuadamente la ampliación de plazo de la actividad fiscalizadora.
 - (ii) Sobre la existencia de una contradicción en la resolución impugnada debido a que no se habría atendido al concurso de infracciones.
 - (iii) Sobre si la DPDP analizó el documento aportado por la administrada denominado “PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES”.
 - (iv) Sobre si se ha vulnerado el principio de tipicidad al establecer como responsabilidad administrativa que las finalidades por las que se

¹¹ Obrante de folios 430 al 503.

Resolución Directoral Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

recopilan datos personales deban separarse de las que requieren consentimiento y las que no.

VI. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

VI.1. Sobre la ampliación del plazo de la actividad fiscalizadora

44. En su apelación, la administrada afirma que la ampliación del plazo de fiscalización (Proveído Nro. 1 de 13 de marzo de 2018) no debió fundamentarse en el principio de verdad material o la insuficiencia probatoria del personal, porque estas no son razones para extender plazos que la ley entiende como máximos.
45. Asimismo, agrega que el sustento de tal ampliación solo podría darse en atención a la complejidad del caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105 del Reglamento de la LPDP. Además, la administración debió justificar tal decisión atendiendo en los propios hechos que originan la supuesta infracción.
46. Al respecto, se debe tener en cuenta que son muchas las razones que pueden considerarse válidas para que un determinado caso se considere complejo, entre estas puede encontrarse, por ejemplo, que por la existencia de varias presuntas infracciones surja la necesidad de realizar una investigación más profunda y acuciosa a través de las acciones de fiscalización dirigidas a obtener la verdad material, con el fin de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones¹²; justamente por ello el reglamento de la LPDP prevé la ampliación del plazo de fiscalización, conforme se establece en su artículo 105.
47. En atención a ello, este Despacho coincide con la DPDP en que, dado que la DFI ha fundamentado la necesidad de ampliación del plazo de fiscalización con la finalidad de determinar si existen o no indicios de infracción que den lugar al procedimiento sancionador, se configuró un supuesto de complejidad del caso, al ser necesario realizar actos que permitan arribar a la verdad material, habilitándose la aplicación del artículo 105 del Reglamento de la LPDP.
48. Asimismo, resulta correcto señalar que la ampliación de este plazo no creó ningún estado de indefensión a la administrada, sino que fue dispuesto con el objeto de dilucidar, con suficiente convicción, el estado de sus operaciones a efectos de determinar correctamente la responsabilidad administrativa.
49. Por tales motivos, **no corresponde amparar** dicho extremo de la apelación presentada por la administrada.

¹² Artículo IV, numeral 1.11., del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

VI.2. Sobre la existencia de una contradicción en la resolución impugnada debido a que no se habría atendido al concurso de infracciones

50. En su apelación, la administrada señala que la resolución recurrida es contradictoria, toda vez que el artículo 1 impone una sanción por infringir el literal b) del inciso 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP y en el artículo 2 impone otra sanción por infringir el literal a) del inciso 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP, cuando en el fundamento 56 había considerado concurso de infracciones y correspondía sancionar solo la conducta más grave.
51. Es pertinente advertir que el concurso de infracciones que se configura en este caso concreto, está referido a aquella conducta infractora que puede subsumirse tanto como un incumplimiento del deber de informar y como un incumplimiento del deber de obtención del consentimiento del titular del dato, al ser este también obligatorio para el titular del banco de datos o responsable de su tratamiento.
52. En estos casos, la DPDP advierte que de verificarse el incumplimiento de validez de la obtención informada del consentimiento para el tratamiento de los datos personales recopilados por medio de los formularios virtuales y físicos utilizados, tal hecho no será tomado en cuenta al momento de aplicar la sanción correspondiente a la infracción tipificada en el literal b) del numeral 2 del artículo 132 del mencionado reglamento, ni para la aplicación de medidas correctivas, en caso corresponda, pues se configuraría un concurso de infracciones, al considerar de mayor gravedad el incumplimiento del deber de informar sobre el de no recabar el consentimiento del titular.
53. Sin embargo, en el presente caso, como bien lo señala la resolución de primera instancia, existen también determinados tratamientos que se encuentran exonerados del deber de recabar el consentimiento del titular del dato personal.
54. Cabe advertir que el hecho de que nos encontremos dentro de una de las excepciones al consentimiento en el tratamiento de los datos personales no exime al titular del banco de datos o responsable del tratamiento de cumplir con el derecho-deber de informar al titular de estos sobre su tratamiento en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, tal y como lo establece el artículo 18 de la LPDP.
55. Por este motivo, es posible que, de verificarse el incumplimiento de este deber informar, cuando sea solo esta conducta la que debe cumplir la administrada, se configure la infracción contemplada en el literal a) del numeral 2 del artículo 132 del reglamento de la LPDP.
56. Por ello, vista la resolución materia de impugnación, no existe contradicción en su parte resolutive dado que es jurídicamente posible que se configuren ambas infracciones la del literal b) del numeral 2 y la del literal a) del numeral 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP.
57. Por tales motivos, **no corresponde amparar** dicho extremo de la apelación presentada por la administrada.

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

VI.3. Sobre el cuestionamiento al análisis realizado por la DPDP debido a no habría revisado el documento «PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES»

58. En su apelación, la administrada señala que el análisis de la DPDP se debió enfocar en el documento «Protección de Datos Personales» (adjunto del Acuerdo de Prestación de Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS) Postpago Masivo – Claro Max donde el cliente contrata el servicio. Este documento cumple con recabar el consentimiento libre, previo, expreso, inequívoco e informado.
59. Con respecto a la imputación de tratamiento de datos personales sin consentimiento previo, libre, informado, expreso e inequívoco de sus titulares de los datos personales recopilados a través de los formularios «Crear una Cuenta», «Prepago TUN», «Portabilidad móvil Postpago», «Portabilidad móvil Prepago», «Portabilidad Móvil Negocios», «Portabilidad Fija», «Portabilidad Fija Negocios», «Internet 8 Mbps», «Telefonía 100», «HDTV Básico», «Conocerte para engreírte» y «Recargas Online» de su página web, se aprecia que la DPDP ha verificado que tales formularios se encuentran enlazados al documento «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento - D.S. 003-2013-JUS», el cual no cumplía con los requisitos de obtención válida del consentimiento.
60. Además, si bien en sus descargos, la administrada señaló que obtenía el consentimiento válido para el tratamiento de los datos personales recopilados a través de la página web por medio del formato impreso «Protección de Datos Personales», adjunto al «Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max», la DPDP apreció que al efectuar la transacción por medio de la página web de la administrada, esta no necesariamente tiene cómo acceder al documento «Protección de Datos Personales», sino hasta que se apersona al Centro de Atención para firmar los contratos y formatos, por lo que el consentimiento no se realiza de forma previa, en el caso de efectuarse a través de dicho documento.
61. Por ello, este Despacho coincide con la DPDP en que lo que procedía era el análisis del documento «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento - D.S. 003-2013-JUS»; y, de verificar incumplimientos, correspondía, como se decidió en la resolución de primera instancia, la aplicación de la sanción.
62. Con respecto a los *Formularios* «Crear una Cuenta», «Portabilidad negocios»; «Portabilidad fija Negocios»; «Internet 8 Mbps»; «Conocerte para engreírte», «Recargas Online», «Libro de Reclamaciones»; «Carrito de Compras», «Max Internacional CHIP 189.90»; «Max Internacional CHIP 149.90» y «Max Internacional CHIP 99.90» de la página web la resolución materia de cuestionamiento, deja en claro que, dado que se trata de servicios que se brindan a través un formato electrónico, lo que se necesita es un documento informativo que contenga los factores previstos en el artículo 18 de la LPDP que sea visible en internet, a través de un enlace o link al que se pueda acceder.

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

63. Lo que aparece en la página de la administrada es la «Declaración Formal de Compromiso al Cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 y su reglamento - D.S. 003-2013-JUS» y por esto es este documento y los enlaces «Términos y Condiciones» y «Políticas de Privacidad» que se vinculan con el formulario «Crear cuenta» los que fueron materia de análisis, posición que comparte esta Dirección General.
64. Cabe aclarar que en la resolución impugnada también se advierte que determinados formularios *on line* no contaban, en la fecha de verificación, 4 de noviembre de 2019, con información de ningún tipo sobre el tratamiento de datos personales siendo estos los siguientes: «Prepago TUN», «Portabilidad móvil Postpago»; «Portabilidad móvil prepago»; «Portabilidad fija»; «Telefonía 100»; «HDTV Básico».
65. Con respecto a los documentos impresos o formularios físicos «Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max» y «Protección de Datos Personales», dado que estos se utilizan previa información al cliente –provista por medio del documento «Protección de Datos Personales»– la resolución materia de cuestionamiento ha tenido en cuenta, para evaluar el tratamiento de datos de estos, el referido documento «Protección de Datos Personales», así como las acciones de mejora que sobre él realizó la administrada.
66. Por tales motivos, **no corresponde amparar** dicho extremo de la apelación presentada por la administrada.

VI.4. Sobre si existe obligación legal para establecer que las finalidades por las que se recopilan datos personales deban separarse de las que requieren consentimiento y las que no

67. En su apelación, con relación a los formularios «Acuerdos de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max» y «Protección de Datos Personales» la administrada alega que se debe tener presente que el artículo 12 del Reglamento de la LPDP no dispone que las finalidades por las que se recopilan los datos personales deban separarse en las que requieren consentimiento y las que no.
68. Dicha disposición tampoco establecería que el consentimiento para el tratamiento de datos deba recabarse individualmente para cada finalidad. En ese sentido, desde la perspectiva de la administrada, imponer obligaciones adicionales a las que no están contempladas en la norma constituiría una vulneración al principio de tipicidad.
69. En esta línea de ideas, respecto al principio de tipicidad, cabe resaltar que este se encuentra previsto en el numeral 4 del artículo 248¹³ del TUO de la LPAG, el

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

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

mismo que señala que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

70. De esta forma, en cuanto al principio de tipicidad, Morón Urbina¹⁴ indica:

“La determinación de si una norma sancionadora describe con cierto grado de certeza la conducta sancionable, es un asunto que debe ser resuelto de manera casuística, puesto que el mandato de tipificación que se deriva de este principio no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en el tipo legal de la infracción”.

71. Asimismo, el mismo autor¹⁵ prescribe los siguientes alcances:

“(…) las conductas sancionables administrativamente únicamente pueden ser las infracciones previstas expresamente mediante la identificación cierta de aquello que se considera ilícito para los fines públicos de cada sector estatal. En este sentido, la norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado sancionable de modo que tanto el administrado

(…)

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(…)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

(…)”.

¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 11ª Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 769.

¹⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana. Artículo publicado en Advocatus Nro. 13, 2005, pp. 237-238 y también en Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Coord. Víctor Hernández Mendible Vol. 3, Caracas, 2007.

Resolución Directoral Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

como la administración prevean con suficiente grado de certeza (lex certa) lo que constituye el ilícito sancionable.”

72. De este modo, es pertinente advertir que el principio de tipicidad supone el cumplimiento de tres supuestos concurrentes: en primer lugar, la existencia de una norma legal que establezca la conducta material cuyo desconocimiento pueda traer como consecuencia el incumplimiento normativo, en segundo lugar, el reconocimiento normativo del incumplimiento de esa conducta debida como una infracción y, en tercero, la tipificación expresa frente a esa conducta infractora de la sanción.
73. En el caso materia de análisis las normas sustantivas son el artículo 6 de la LPDP que regula el principio de finalidad y el artículo 18 de la LPDP en donde se establece claramente el deber de informar por parte del titular del banco de datos o responsable del tratamiento, el mismo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 11 del reglamento de la LPDP que establece que la solicitud de 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.
74. La norma infractora se encuentra regulada en los literales a) y b) del inciso 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP que califican como infracciones graves: el no atender, impedir u obstaculizar el ejercicio de los derechos del titular de datos personales de acuerdo a lo establecido en el Título III de la LPDP y su reglamento; y, el 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 LPDP y su reglamento, respectivamente.
75. Por su parte, la norma sancionadora se encuentra regulada en el artículo 39 de la LPDP que indica que las infracciones graves son sancionadas con multa desde más de 5 unidades impositivas tributarias (UIT) hasta 50 unidades impositivas tributarias (UIT).
76. Al ser la LPDP y su reglamento normas generales corresponde a cada titular de base de datos personales o responsables del tratamiento analizar en cada uno de sus tratamientos cuándo se encuentran frente a un supuesto de solicitud de consentimiento y, además, de cumplimiento del deber de informar al titular de los datos personales y cuándo se encuentran únicamente frente al deber de informar; y, en virtud de ese análisis, adecuar sus protocolos de actuación a esta diferencia para no incurrir en infracción a la LPDP y ser pasibles de una sanción. En consecuencia, no existe vulneración del principio de tipicidad.
77. Por tales motivos, **no corresponde amparar** dicho extremo de la apelación presentada por la administrada.

VI.5. Otros argumentos de la administrada

78. En su apelación, en relación a la graduación de la sanción, la administrada afirma que la Autoridad Nacional de Protección de Datos debió tener en cuenta los

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248 de la LPAG, a fin de que esta finalidad sea proporcional al incumplimiento calificado como infracción.

79. Al respecto, la administrada considera que se debe tomar en consideración la sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 01873-2009-PA/TC y los comentarios de Juan Carlos Morón Urbina a la Sentencia Nro. 2868-2004-AA/TC, pues estos señalan que la acción sancionadora de la administración debe ser imputada a título de culpa o dolo, es decir, frente a la existencia de culpabilidad subjetiva.
80. Al respecto, el inciso 10 del artículo 248 del TUO de la LPAG señala que la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo en los casos que por ley o decreto legislativo se disponga que la responsabilidad es objetiva. De esta forma, en materia de protección de datos personales, el artículo 38 de la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales establece que los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones.
81. Por lo tanto, frente a la existencia de responsabilidad administrativa en materia de protección de datos personales, la responsabilidad será objetiva; sin embargo, los aspectos de intencionalidad son valorados como criterios para reducir proporcionalmente el cálculo de las multas a imponer.
82. De esta forma se advierte, que se impuso a la administrada una multa ascendente a doce unidades impositivas tributarias (**12 UIT**), por utilizar los datos personales recopilados a través de los formularios "Crear una Cuenta", "Prepago TUN", "Portabilidad móvil Postpago", "Portabilidad móvil Prepago", "Portabilidad Móvil Negocios", "Portabilidad Fija", "Portabilidad Fija Negocios", "Internet 8 Mbps", "Telefonía 100", "HDTV Básico", "Conocerte para engreírte" y "Recargas Online" de su página web, así como de los documentos impresos "Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max" y "Protección de Datos Personales", sin obtener el consentimiento válido de sus clientes»; y, una multa ascendente a once unidades impositivas tributarias (**11 UIT**), por haber recopilado datos personales de sus clientes a través de formularios "Crear una Cuenta", "Prepago TUN", "Portabilidad móvil Postpago", "Portabilidad móvil prepago", "Portabilidad negocios", "Portabilidad fija", "Portabilidad fija Negocios", "Internet 8 Mbps", "Telefonía 100", "HDTV Básico", "Conocerte para engreírte", "Recargas Online", "Libro de Reclamaciones", "Carrito de Compras", "Max Internacional CHIP 189.90", "Max Internacional CHIP 149.90" y "Max Internacional CHIP 99.90" de su página web; de los documentos impresos "Acuerdo de prestación de servicio público de comunicaciones personales (PCS) Postpago Masivo - Claro Max" y "Protección de Datos Personales"; y del sistema "SisAct", sin informar sobre todos los factores requeridos en el artículo 18 de la LPDP».
83. En cuanto a los criterios del principio de razonabilidad, este Despacho advierte que del análisis de la resolución impugnada, es posible apreciar que la DPDP evaluó cada uno de los criterios establecidos en el inciso 3 del artículo 248¹⁶ del

¹⁶ **Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS**

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

TUO de la LPAG referidos a la graduación de la sanción; a saber: (i) el beneficio ilícito resultante por la comisión de las infracciones (beneficio ilícito que no se ha evidenciado), (ii) la probabilidad de detección de las infracciones (posibilidad de detección alta ya que la verificación se realizó a través de los formularios web), (iii) la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido (incumplimiento de la LPDP y su Reglamento, así como la afectación de los principios rectores de la protección de datos personales); (iv) el perjuicio económico causado (no se evidencia); (v) la reincidencia en la comisión de las infracciones (no se evidencia); (vi) las circunstancias de la comisión de la infracción (se tomaron en cuenta las acciones de enmienda referidas a la obtención del consentimiento en cuanto a la característica de ser libre, sin embargo aún persistían deficiencias en los formatos web en cuanto a la manifestación expresa e inequívoca de voluntad. Respecto a la obligación de informar conforme el artículo 18 de la LPDP, se valoró la enmienda referida a los formularios físicos, situación que no se replicó en los formularios web); y, (vii) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor (la DPDP verificó la intencionalidad de las conductas infractoras y sus acciones de enmiendas, situaciones que permitieron reducir las multas por debajo del rango medio de las sanciones, considerando que se trata de multas graves que van de más de 5 UIT hasta 50 UIT.

84. En este sentido, la DPDP valoró cada uno de los criterios legales establecidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, a través de un análisis conciso sobre los fundamentos que motivaron su decisión. Por tanto, no se establece contravención al principio de razonabilidad.
85. Por tales motivos, **no corresponde amparar** dicho extremo de la apelación presentada por la administrada.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto por la Ley Nro. 29733, Ley de Protección de Datos Personales, su reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nro. 003-2013-JUS, el Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444,

(...)

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad. - *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:*

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;*
- b) La probabilidad de detección de la infracción;*
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
- d) El perjuicio económico causado;*
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.*
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y*
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”*

«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 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 Nro. 93-2021-JUS/DGTAIPD

Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS, el artículo 71, literal I), del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo Nro. 013-2017-JUS, y el Reglamento del Decreto Legislativo Nro. 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 Nro. 019-2017-JUS;

SE RESUELVE:

- PRIMERO.** Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por América Móvil Perú S.A.C; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución Directoral Nro. 325-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP del 23 de enero de 2020 y la Resolución N° 3254-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP de fecha 7 de noviembre de 2019, en todos sus extremos.
- SEGUNDO.** Notificar a los interesados la presente resolución, la cual agota la vía administrativa.
- TERCERO.** Disponer la devolución del expediente administrativo a la Dirección de Protección de Datos Personales para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

Eduardo Luna Cervantes

Director General

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 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».