

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Informe Jurídico sobre la Resolución Directoral 009-  
2023-JUS/DGTAIPD: La Observancia de los Principios  
del Derecho Administrativo

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título  
de Abogado que presenta:

Alonso Armando Moreno Alvarez

ASESORA:  
Wendy Rocío Ledesma Orbegozo

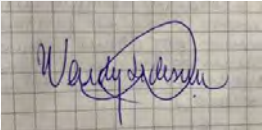
Lima, 2025

## Informe de Similitud

Yo, WENDY ROCIO LEDESMA ORBEGOZO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD: La Observancia de los Principios del Derecho Administrativo", del autor(a) ALONSO ARMANDO MORENO ALVAREZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2024

<u>WENDY ROCIO LEDESMA ORBEGOZO</u>	
DNI: 10803344	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-5290-8868">https://orcid.org/0000-0002-5290-8868</a>	

## **Resumen**

Mediante el presente informe, se abordará la aplicación de principios tanto del Derecho Administrativo General como del procedimiento administrativo sancionador en la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD, por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (ANPDP) sanciona a Oncosalud SAC por realizar prospección comercial por call centers sin consentimiento de potenciales clientes. Para ello, se evaluarán cinco puntos: 1) si se observó el principio de legalidad tras una interpretación conforme a la normativa de datos sobre las categorías de responsable y encargo del tratamiento a la luz de los artículos 2.14 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales y del artículo 2.8 de la Ley de Protección de Datos Personales; 2) si por principio de causalidad correspondía atribuir responsabilidad a Oncosalud SAC por infracciones incurridas por los call centers subcontratados en virtud del deber de supervisión sobre sus actividades de prospección; 3) si la discrecionalidad administrativa en la aplicación del interés comercial como concepto no previsto normativamente para determinar responsabilidad sobre el tratamiento atenta contra el principio de legalidad; 4) si la ANPDP observó el principio de predictibilidad y confianza legítima a través del apartamiento motivado de la Resolución Directoral 378-JUS/DGTAIPD-DPDP sobre la atribución de responsabilidad del tratamiento a las empresas subcontratantes de call centers; y 5) si a ANPDP aplicó el principio de razonabilidad en la graduación de la sanción, así como en virtud de dicho principio se evaluará si el bloqueo del número del denunciante realizado por Oncosalud SAC configura como eximente por subsanación voluntaria.

## **Palabras clave**

Legalidad, causalidad, discrecionalidad, predictibilidad, razonabilidad

## **Abstract**

Through this report, we will intend to undertake the application of principles from both General Administrative Law and the administrative sanctioning procedure in relation to Directorial Resolution 009-2023-JUS/DGTAIPD, in which the National Authority for the Protection of Personal Data (ANPDP) sanctions Oncosalud SAC for conducting commercial prospecting via call centers without the consent of potential clients. For this purpose, five key points will be evaluated: 1) whether the principle of legality was observed through an interpretation in accordance with data protection regulations regarding the categories of data controller and data processor, according to article 2.14 of the Regulation of the Personal Data Protection Law and article 2.8 of the Personal Data Protection Law; 2) whether, based on the principle of causality, responsibility should be attributed to Oncosalud SAC for violations committed by subcontracted call centers, due to its

duty to supervise their prospecting activities; 3) whether administrative discretion in applying the notion of "commercial interest"—a concept not legally regulated—to determine liability for data processing infringes upon the principle of legality; 4) whether the ANPDP observed the principles of predictability and legitimate trust by departing, with justification, from Directorial Resolution 378-JUS/DGTAIPD-DPDP regarding the attribution of liability to companies that subcontract call centers; and 5) whether the ANPDP applied the principle of proportionality in determining the severity of the sanction, besides of analyzing the blocking of the complainant's phone number by Oncosalud SAC as voluntary remediation.

### **Keywords**

Legality, causality, discretion, predictability, proportionality



# Índice

I.	INTRODUCCIÓN .....	4
I.1.	Justificación de la elección de la resolución.....	4
I.2.	Presentación del caso.....	5
II.	IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES .....	7
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS .....	10
III.1.	Problema principal.....	10
III.2.	Problemas secundarios .....	10
IV.	POSICIÓN DEL CANDIDATO/A.....	11
IV.1.	Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios .....	11
IV.2.	Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	12
V.	ANÁLISIS DEL CASO.....	13
V.1.	La observancia del principio de legalidad en la interpretación sobre la responsabilidad de las empresas subcontratantes .....	13
V.1.1.	Sobre el principio de legalidad .....	14
V.1.2.	Determinación de Oncosalud SAC como responsable a la luz de la normativa de protección de datos personales .....	16
V.1.3.	El encargo a GSP Servicios Comerciales SAC en virtud de la normativa de datos personales.....	20
V.2.	La atribución de responsabilidad a Oncosalud SAC en virtud del principio de causalidad.....	23
V.2.1.	Sobre el principio de causalidad .....	24
V.2.2.	La obligación de Oncosalud SAC como responsable de supervisión sobre el tratamiento realizado por empresas encargadas o subcontratadas .....	26
V.3.	La aplicación discrecional del interés comercial como criterio no establecido en la normativa para configuración de responsabilidad administrativa .....	31
V.3.1.	La discrecionalidad de la Administración.....	32
V.3.2.	La vulneración de la legalidad y del derecho a una motivación fundada en derecho .....	34
V.4.	El apartamiento sobre la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP a la luz del principio de predictibilidad .....	40
V.4.1.	Sobre el principio de predictibilidad .....	41
V.4.2.	La motivación de la ANPDP en el apartamiento de Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP .....	43
V.5.	El principio de razonabilidad en la graduación de multas y de la subsanación voluntaria .....	47
V.5.1.	Sobre el principio de razonabilidad.....	49
V.5.2.	La observancia del principio en la graduación de la multa impuesta a Oncosalud SAC .....	51

V.5.3. Sobre la decisión de no considerar subsanación voluntaria en favor de Oncosalud SAC .....	55
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	60
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	63

### Cuadro de datos principales del caso

<b>No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso</b>	158-2020-JUS/DGTAIPD-PAS
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Protección de datos personales, procedimiento administrativo sancionador
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Resolución Directoral 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP, Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD y Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP
Demandante / Denunciante	-
Demandado / Denunciado	Oncosalud SAC
Instancia administrativa o jurisdiccional	Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales
Terceros	GSP Servicios Comerciales SAC y Biznes SAC
Otros	-

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1. Justificación de la elección de la resolución

La razón por la que elegí la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD como aquella materia de análisis para el informe jurídico es por la relevancia que tiene para la aplicación de la legislación nacional de protección de datos personales en el caso de las subcontrataciones para el tratamiento de dichos datos. Pese a que tanto en la Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP) como en el Reglamento de la LPDP se conciben disposiciones al respecto, el caso de Oncosalud SAC se discuten ciertos aspectos que complejizan la atribución de responsabilidad a dicha empresa por las infracciones en las que incurran los call centers que contrató para fines promocionales, en este caso la de tratar sin consentimiento los números telefónicos de clientes que habían expresado previamente su denegatoria.

La dificultad de la presente controversia estriba en posiciones contradictorias sobre la interpretación de la ley. Por un lado, Oncosalud SAC alegaba, en virtud del artículo 2.14 del Reglamento LPDP, que solo es responsable quien cuenta con datos almacenados en un banco, lo que no ocurrió en el caso; así como señaló que, por el artículo 2.8 de la LPDP, solo podía haber encargo si es que se producía previamente una entrega de datos a los terceros subcontratados, lo que tampoco ocurrió. Sin embargo, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (en adelante, ANPDP) discrepa con dichos planteamientos, pues por el artículo 2.14 se interpretó que podía el responsable ejercer control sobre los datos sin contar con un banco de datos, lo que se presentó en el caso por el hecho de que Oncosalud SAC brindaba instrucciones a los call centers para la recopilación de datos. Además, tampoco consideró necesario que exista una entrega de datos, sino que el encargo también puede materializarse en la realización de una actividad que apunte a que el responsable obtenga potencialmente datos de los prospectos, lo que se iba a dar en caso aceptaran inscribirse al programa de aseguramiento brindado por Oncosalud SAC.

Adicionalmente, considero que dicha resolución aborda discusiones relevantes sobre la aplicación de los principios propios del procedimiento administrativo sancionador contemplados en el TUO de la LPAG. Por ejemplo, si era acorde al principio de causalidad que Oncosalud SAC asumiera responsabilidad por hechos generados por los call centers subcontratados. Otra discusión se relaciona con una presunta vulneración al principio de legalidad, en tanto se halla aplicado discrecionalmente el criterio de “interés comercial” para determinar responsabilidad, pese a no hallarse previsto en la normativa vigente. Por ello, se debe determinar si se vulneró el principio o si se establecieron dichos criterios por discrecionalidad de la ANPDP. Además, se discute también si hubo vulneración del principio de predictibilidad, en tanto la decisión adoptada en la resolución comentada no era la misma que la de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, aquella que resolvió una controversia similar. Por último, está la controversia sobre la observancia del principio de razonabilidad tanto en la evaluación de aspectos de graduación de multa y en la no aplicación de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, de forma tal que se determine si la ANPDP adoptó dichas decisiones de manera motivada.

## **I.2. Presentación del caso**

El caso en cuestión se trata de un supuesto de tratamiento de datos personales sin consentimiento en el que incurrieron call centers subcontratados por Oncosalud SAC. Dicho caso comienza con la celebración del contrato entre Oncosalud SAC con GSP Servicios Comerciales SAC, aquella empresa que se comprometió a brindar el servicio de call centers mediante la subcontratación de terceros, dentro de los que está la empresa Biznes SAC. A partir de la una denuncia realizada por un prospecto de cliente, se reportó que desde esta última empresa lo

contactaron dos veces, a pesar de que en la primera llamada la persona en cuestión haya expresado su negativa a recibir promociones de Oncosalud y de haber solicitado la eliminación de sus datos del banco de datos de dicha empresa. En dichas circunstancias la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD responsabiliza a Oncosalud por infracción cometida por los terceros subcontratados, pues contaba con el deber de supervisar que estos últimos realicen un adecuado tratamiento.

En esta resolución, se discuten temas relevantes no solo en materia de protección de datos personales, sino además en relación a principios generales del Derecho Administrativo, así como aquellos pertenecientes al procedimiento administrativo sancionador. Por ello, se estableció como problema principal delimitar si la resolución a analizar se ciñe o no a los principios del procedimiento administrativo sancionador. Ahora bien, dado que el problema principal se cierne sobre el cumplimiento de los principios, se establecen problemas secundarios en virtud al cumplimiento o no de los mismos en base a alegaciones de las partes. Dentro de ellos, está el principio de legalidad, pues Oncosalud alega que la interpretación de la autoridad sobre la LPDP y del Reglamento es errónea, pues es requisito que el responsable no cuente con base datos, así como considera que iría en contra de la literalidad de la norma concebir un encargo sin entrega. Sin embargo, la ANPDP no considera necesaria ninguna de esas dos condiciones.

Otros principios cuya aplicación se aborda en la resolución son el de causalidad, debido procedimiento y predictibilidad. En cuanto a la causalidad, se configura el segundo problema secundario, puesto que mientras Oncosalud considera que el único responsable es Biznes por haber cometido la acción que desencadenó la infracción, la ANPDP considera que Oncosalud es responsable también de lo sucedido por el hecho de que el tratamiento material del encargado o subcontratado se realiza por cuenta del responsable (fundamento 41). Sobre el tercer problema, Oncosalud sostiene que el uso de criterios como "interés comercial" excede a la definición de responsable establecida en el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP, cuando la ANPDP resalta que dichos términos se emplean a partir de la discrecionalidad de la entidad. Y en cuanto al cuarto problema, la empresa sancionada considera que la ANPDP afecta la predictibilidad al apartarse de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, a lo que la autoridad estima pertinente no tomar en cuenta dicha resolución, pues la naturaleza de un procedimiento trilateral (como el de la resolución invocada) es distinta al de un sancionador.

Asimismo, existen dos últimos problemas secundarios sobre principios que, si bien su aplicación no fue cuestionada directamente en la resolución a comentar, son importantes para comprender la observancia con los principios. Uno de ellos es el de razonabilidad, a partir del que se enmarca el quinto problema secundario. Sobre este problema, debe evaluarse se observó dicho principio al evaluar los factores de graduación de la multa. Finalmente, en virtud también del principio de razonabilidad, queda determinar si correspondía o no que la ANPDP adopte la decisión de

inaplicar el eximente por subsanación voluntaria antes de la notificación de imputación de cargos a la luz de los hechos del caso.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES**

En fecha 02 de enero de 2013, Oncosalud SAC y GSP Servicios Comerciales SAC celebraron contrato de locación de servicios de asesoría, promoción y venta de programas y de productos específicos. En dicho contrato, se especifica que dicho servicio podía ser brindado directamente o por subcontratación de terceros. El presente contrato se modificaría posteriormente con tres adendas celebradas en fechas 28 de diciembre de 2015, 28 de diciembre de 2016 y 02 de enero de 2017. Las dos primeras, para el cambio del monto de retribución, y la tercera, para señalar que los servicios se brindarían también en la ciudad de Cusco.

En fecha 14 de diciembre de 2017, Oncosalud SAC y GSP Servicios Comerciales SAC celebraron un nuevo contrato de locación de servicios bajo términos similares que el contrato precedente. Sin embargo, este nuevo contrato contaría con la cláusula 5.7, aquella que abordaría la protección de datos personales en la ejecución de la relación contractual. Dentro de sus disposiciones, estipuló que Oncosalud SAC, como comitente, decidirá sobre la finalidad, contenido y uso de tratamiento de los datos, mientras que GSP Servicios Comerciales SAC se limitará a acatar el encargo. Asimismo, los datos obtenidos por prospección serán de titularidad de Oncosalud SAC.

En fecha 01 de noviembre de 2018, GSP Servicios Comerciales SAC y Biznes SAC celebraron contrato de prestación de servicios de venta y promoción por call centers. A partir de dicho contrato, se declaró a Biznes SAC como responsable del banco de datos de prospectos de clientes. Además, dentro de los anexos del contrato, estaban los “términos y condiciones de la prestación del servicio”, en el que se estipuló que Biznes SAC contaba con el consentimiento de los prospectos de clientes para el tratamiento de sus datos personales; así como el discurso de venta asignado para promocionar programas de Oncosalud SAC.

En fecha 03 de marzo de 2020, mediante correo electrónico, un prospecto de cliente contactado por call centers de Oncosalud SAC formuló denuncia ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos haber recibido llamadas telefónicas en las que se le ofrecían promociones en Oncosalud SAC, sin que previamente se le haya solicitado consentimiento para ser contactado a partir de su número telefónico.

En fecha 19 de agosto de 2020, por medio de Oficio 739-2020-JUS/DGTAIPD-DFI, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) trasladó la denuncia formulada a Oncosalud SAC.

En fecha 25 de agosto de 2020, al tomar conocimiento de la denuncia formulada, decidió incluir al número telefónico del denunciado en la Lista Robinson, aquella en la que los call centers ya no tendrán acceso a sus datos personales y el

bloqueo de las llamadas al usuario. El bloqueo de los datos fue confirmado por Biznes SAC mediante correo del 15 de octubre de 2020.

En fecha 04 de septiembre de 2020, a través de escrito con registro 2020MSC-033826, Oncosalud SAC contestó la denuncia al alegar que las empresas subcontratadas trabajan con sus propias bases de datos y que aquellas serían las únicas responsables del cumplimiento de las obligaciones legales en materia de datos personales.

En fecha 14 de septiembre de 2020, la DFI emitió el Informe de Fiscalización 181-2020-JUS/DGTAIPD-DFI-AARM. Por medio de dicho informe, se verificó que el denunciante había recibido varias llamadas por parte de call centers subcontratados por Oncosalud SAC, a pesar de haber manifestado su negativa de ser contactado y de requerir la eliminación del número telefónico de su banco de datos.

En fecha 30 de diciembre de 2020, a través de la Resolución Directoral 204-2020-JUS/DGTAIPD-DFI, la DFI inició un procedimiento administrativo sancionador contra Oncosalud SAC por el presunto tratamiento de los datos personales del denunciante para fines comerciales sin haber obtenido su consentimiento, incumpliendo con el artículo 13.5 de la LPDP.

En fecha 05 de enero de 2021, a partir del Oficio 03-2021-JUS/DGTAIPD-DFI, se le remitió a Oncosalud SAC la Resolución Directoral 204-2020-JUS/DGTAIPD-DFI para la formulación de descargos.

En fecha 02 de febrero de 2021, mediante el escrito con registro 118150-2021MSC, Oncosalud SAC presentó sus descargos en relación a la Resolución Directoral 204-2020-JUS/DGTAIPD-DFI.

En fecha 23 de marzo de 2021, por medio de Carta 104-2021-JUS/DGTAIPD-DFI, se solicitó a Oncosalud SAC que indique la cantidad de productos y programas que vendieron a través de los call centers desde el 2017. Dicho pedido fue absuelto mediante escrito del 30 de marzo de 2021, registrado con código 59470.

En fecha 31 de mayo de 2021, la DFI emitió el Informe 069-2021-JUS/DGTAIPD-DFI. A través de dicho informe, se recomendó imponer sanción administrativa de multa ascendente a 31.5 UIT por no cumplir con recopilar datos personales a partir del consentimiento libre, expreso, previo e inequívoco. En esa misma fecha, se dio fin a la etapa de instrucción vía Resolución Directoral 100-2021-JUS/DGTAIPD-DFI.

En fecha 02 de junio de 2021, vía Carta 430-2021-JUS/DGTAIPD-DFI, la DFI notificó a Oncosalud con el Informe 069-2021-JUS/DGTAIPD-DFI.

En fecha 07 de diciembre de 2021, a partir de la Resolución Directoral 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP, la Dirección de Protección de Datos Personales (en adelante, DPDP) resolvió con sancionar a Oncosalud SAC con una multa de 28.13 UIT por no solicitar consentimiento para tratamiento de datos personales,

infracción tipificada en el literal b), numeral 2 del artículo 132 del Reglamento. Como medida correctiva, se le impuso la inclusión de medidas en las que se refuerce el control sobre las actividades que componen los encargos de tratamiento de datos personales, así como aquellas encaminadas a reforzar el marco de comunicación entre encargados y terceros subcontratados respecto a los procesos de denegatoria de datos personales.

En esa misma fecha, vía Carta 2700-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP, la DPDP notificó a Oncosalud SAC sobre el contenido de la resolución de sanción de primera instancia, con tal que la empresa se halle facultada para impugnar.

En fecha 04 de enero de 2022, mediante escrito con registro 126958, Oncosalud SAC apeló la Resolución Directoral 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP en virtud de los presentes alegatos:

1. La interpretación de conceptos como responsable o encargado de la protección de datos no se interpretan de manera acorde a la LPDP, pues según el artículo 2.14 se entiende por responsable al titular del banco (era Biznes SAC, no Oncosalud SAC), así como el artículo 2.8 solo hay encargo con entrega de datos personales, lo que no se ha presentado en el caso.
2. Por principio de causalidad, solo quien comete directamente la acción reprochable debe responder, en este caso fue Biznes SAC, no Oncosalud SAC.
3. Hay contravención al principio de legalidad al determinar responsabilidad por conceptos no contemplados en el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP, como interés comercial o beneficio económico.
4. Se vulnera el principio de predictibilidad, pues la decisión fue distinta a la de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, pese a que se tratara de un caso similar.
5. Se debe aplicar la eximente de responsabilidad, pues cabía subsanación por la inclusión del número del denunciante en la Lista Robinson

En fecha 08 de marzo de 2023, por medio de la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (en adelante, ANPDP) confirmó en segunda instancia el fallo sobre Oncosalud SAC, puesto que determinó:

1. La interpretación de los conceptos es correcta, pues por el artículo 2.14 del Reglamento puede haber un responsable sin contar con banco de datos, así como puede haber encargo según el artículo 2.8 LPDP sin entrega, en tanto se trate de la ejecución de una actividad que busque potencialmente que Oncosalud SAC obtenga datos de sus subcontratados.
2. No es contrario al principio de causalidad atribuir responsabilidad a Oncosalud SAC, pues el tratamiento que realice el subcontratado se realiza por cuenta del responsable.
3. La utilización de criterios no establecidos en el artículo 2.14 del Reglamento no afecta la legalidad al tratarse del ejercicio de la facultad interpretativa discrecional de la autoridad.

4. No se afecta la predictibilidad, pues Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP proviene de un procedimiento trilateral, de naturaleza distinta del sancionador.
5. No se debe aplicar eximente por subsanación voluntaria, ya que la infracción se consumó con la segunda llamada.

En esta resolución, se modificó la multa a 24.75 UIT, en consideración de factores atenuantes como la colaboración con la autoridad, así como agravantes como el daño hacia una persona y la intencionalidad de la empresa infractora.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

#### III.1. Problema principal

¿La Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD se ajusta a los principios del Derecho Administrativo y del procedimiento administrativo sancionador conforme al TUO de la LPAG?

#### III.2. Problemas secundarios

**Problema secundario I:** ¿La interpretación sobre la responsabilidad de las empresas subcontratantes realizada por la ANPDP se ciñe al principio de legalidad al ser acorde con las disposiciones de la LPDP?

**Problema secundario II:** ¿Se le puede atribuir responsabilidad a Oncosalud SAC por el tratamiento de datos personales de terceros, en este caso de los call centers, en virtud del principio de causalidad?

**Problema secundario III:** ¿La aplicación discrecional del interés comercial como criterio no previsto en la normativa afecta a la legalidad y al debido procedimiento?

**Problema secundario IV:** ¿Implica una contravención al principio de predictibilidad el hecho de que la decisión de la ANPDP se haya apartado de la adoptada en la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP?

**Problema secundario V:** ¿Se cumplió con el principio de razonabilidad al evaluar los factores de graduación de la multa a imponer, así como al momento de descartar la aplicación de la eximente por subsanación voluntaria?

## **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A**

### **IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

En respuesta al problema principal, considero que la interpretación de la responsabilidad de Oncosalud SAC por el tratamiento de datos personales realizado por los call centers subcontratados se realiza en conformidad con lo establecido en la LPDP, así como no se evidencia vulneración alguna sobre principios como causalidad y tipicidad al momento de analizar la infracción cometida por la empresa denunciada. Sin embargo, se observa en el caso que no se observó el principio de predictibilidad en el apartamiento de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP. Además, no se recurrió al principio de razonabilidad al evaluar los factores de graduación de la multa ni al momento de optar por no aplicar la eximente por subsanación voluntaria. Por otro lado, las medidas correctivas no cumplen con todos los requisitos establecidos en el artículo 251 del TUO de la LPAG.

1. Sí se observa el principio de legalidad contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG en la interpretación realizada por la ANPDP sobre la responsabilidad de las empresas subcontratantes de call centers: se ajusta a los parámetros de la LPDP y del Reglamento, toda vez que se contempla que el responsable puede ejercer control sobre el tratamiento de terceros sin contar con un banco (artículo 2.14 del Reglamento), así como la entrega no solo puede basarse en la de un banco de datos, sino además en la de la facultad de realizar tratamiento a datos con los que todavía no cuenta el responsable (artículo 2.8 de la LPDP).
2. No se vulnera el principio de causalidad: si bien se exige que el responsable sea el causante directo de la infracción, ello no impide que terceros puedan responsabilizarse por habilitación del ordenamiento jurídico. En este caso, el artículo 28 de la LPDP establece como obligación del responsable velar porque el tratamiento se ciña al principio de consentimiento. Además, el artículo 37 del Reglamento de la LPDP prevé que el tratamiento de los subcontratados se realiza por cuenta del responsable.
3. La aplicación discrecional del interés comercial como criterio para determinar que Oncosalud SAC es responsable del tratamiento afecta el principio de legalidad, pues la discrecionalidad en el procedimiento administrativo sancionador no debe llevar al extremo de determinar responsabilidades administrativas por criterios no previstos en las normas vigentes al momento en el que se resolvió el caso. Asimismo, también vulnera garantías del debido procedimiento, tales como debida motivación por el hecho de que se haya empleado un criterio que no contaba con base normativa.
4. Se evidencia contravención al principio de predictibilidad en el apartamiento de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP: se explicita por escrito que la razón es la diferencia de procedimientos, pero ello no configura motivación suficiente, pues pese a

que Oncosalud SAC tampoco era titular de algún banco de datos, se pudo determinar no solo en un procedimiento sancionador, sino también en un trilateral que controlaba el tratamiento de terceros y, en virtud de ello, exigir medidas correctivas de supervisión para asegurar que los call centers subcontratados retiren los datos personales del reclamante.

5. No se observa el principio de razonabilidad en la graduación de la multa ni en la decisión de la ANPDP de descartar la aplicación de eximente por subsanación voluntaria: este principio implica ante todo una valoración de circunstancias del caso. Ello precisamente no se observó al momento de graduar la sanción, pues se aplicó la agravante de intencionalidad, cuando no se llegó a probar que la empresa sancionada conocía sobre la responsabilidad por tratamiento de sus subcontratados.

Sin embargo, en relación a la aplicación de la eximente de subsanación, cabe descartar que la inclusión del número del denunciante en la lista Robinson configure el cese de la infracción, pues incluso con el bloqueo de los datos persiste el tratamiento sobre información no consentida a partir de la conservación de la misma, así como tampoco se evita el riesgo de que el denunciante vuelva a ser contactado si es que no existe control de accesos sobre los números bloqueados.

#### **IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Mi posición respecto al caso es de conformidad con la decisión adoptada de atribuir responsabilidad a Oncosalud SAC por el tratamiento de datos personales sin consentimiento realizado por los call centers. Ello principalmente, dado que la normativa en materia de protección de datos personales reconoce que el responsable no requiere de un banco de datos para controlar el tratamiento de terceros subcontratistas y porque el tratamiento que ellos realicen es por cuenta del responsable, en este caso la empresa sancionada. Además, al responsabilizar a Oncosalud SAC, se garantizará que los responsables no evadan responsabilidad por falta de supervisión a los call centers en relación al tratamiento que ellos empleen de la información sobre los prospectos de clientes.

Ahora bien, en la resolución a comentar se discute si se cumplen principios del procedimiento administrativo sancionador. Al respecto considero que se ciñe al principio de legalidad, pues la interpretación sobre la legalidad no contraviene los estándares de la normativa de protección de datos personales en relación al concepto de responsable y encargo del tratamiento. Asimismo, la resolución tampoco vulnera el principio de causalidad, en tanto se tipifica en el reglamento la responsabilidad del subcontratante del tratamiento que realicen terceros, pues al ser el único que tiene la facultad para decidir sobre el tratamiento, también le corresponde el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar la vulneración a la normativa de protección de datos personales.

Sin embargo, critico que la sentencia que apliquen en el análisis de responsabilidad un criterio no establecido en la normativa de datos personales como es el "interés comercial", lo que vulnera el principio de legalidad, así como los de debida motivación fundada en Derecho.

Asimismo, cuestiono que no respete el principio de predictibilidad, pues la razón para el apartamiento de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP no ha sido la adecuada. Asimismo, no se aplicó el criterio de razonabilidad, puesto que, por el lado de la graduación de la multa, se imputó erróneamente agravante por intencionalidad cuando no se pudo probar que la empresa sancionada actuara dolosamente. Sin embargo, en virtud de dicho principio, no se puede alegar subsanación voluntaria, ya que la inclusión en la lista Robinson solo genera un bloqueo, más no evita el riesgo de que el usuario vuelva a ser contactado por el hecho de que los datos todavía no sean eliminados o suprimidos.

## **V. ANÁLISIS DEL CASO**

El análisis del caso girará en torno a la aplicación de los principios previstos en el TUO de la LPAG. Por ello, el problema principal a abordar en el presente trabajo es determinar si la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD se ajusta a los principios del Derecho Administrativo y del procedimiento administrativo sancionador establecidos en la norma previamente señalada. A manera de responder al problema formulado, es relevante absolver los problemas secundarios y complementarios, dado que en cada uno de ellos se desarrollarán principios previstos en el procedimiento administrativo general y sancionador. A continuación, se procederá a desarrollar cada uno de ellos.

### **V.1. La observancia del principio de legalidad en la interpretación sobre la responsabilidad de las empresas subcontratantes**

Uno de los puntos controvertidos del caso en cuestión se trata de determinar si la interpretación realizada por la ANPDP del responsable y del encargado del tratamiento se ajusta a los parámetros de la LPDP y de su reglamento. Al respecto, Oncosalud SAC, empresa sancionada, señaló en su escrito de apelación frente a la Resolución Directoral 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP que la interpretación del término de responsable por parte de la autoridad era erróneo, pues interpretaba que la empresa no podría ser considerada responsable en virtud del artículo 2.14 del Reglamento, en tanto los call centers realizan las llamadas que se encuentren en su propia base de datos y no en una que haya sido proporcionada por Oncosalud SAC. Asimismo, consideran como contraria al principio de legalidad interpretar que exista un encargo de acuerdo al artículo 2.8 de la LPDP, pues se requiere la existencia de una entrega desde el titular responsable hacia quién fungirá como encargado, supuesto que no se produjo entre Oncosalud SAC con GSP Servicios Comerciales SAC, ni con la empresa subcontratada Biznes SAC.

Por el contrario, la ANPDP desestimó que el análisis realizado en la Resolución Directoral 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP vulnera el principio de legalidad en lo referido a la interpretación de ambas categorías. Por un lado, consideraba que el responsable es quien controla el tratamiento de datos personales (fundamento 46). Es más, para la ANPDP, debe

considerarse que, conforme al artículo 2.14 del reglamento, prima el criterio de control sobre la titularidad del banco de datos personales. En ese sentido, Oncosalud S.A.C., aun sin ser formalmente titular del banco de datos de prospectos de clientes, ejercía control sobre la recopilación al impartir instrucciones a empresas de call center —como Biznes S.A.C.— para que, a través de los guiones utilizados en las llamadas, se proceda a la afiliación de dichos prospectos Y por otro, respecto a la discusión sobre si hubo o no encargo, se establece que este no implica necesariamente una entrega, sino que también puede tener como objeto una actividad de tratamiento cuya finalidad sea incorporar potencialmente los datos obtenidos al banco del responsable, tal como pretendía con la información de los prospectos de clientes si se afiliaban (fundamento 63).

Como se observa, existe una discusión en relación a cuál es la interpretación de categorías, tales como el responsable o encargado de tratamiento de datos, que más se ajuste a la normativa vigente de datos personales. En este sentido, se constatará a continuación si es que la interpretación de ambas categorías realizadas por la Resolución Directoral 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP se ajusta al principio de legalidad.

#### **V.1.1. Sobre el principio de legalidad**

El principio de legalidad, en el ámbito del Derecho Administrativo, está consagrado en nuestro ordenamiento en el artículo IV del Título Preliminar, numeral 1.1. Mediante dicha disposición, se establece lo siguiente:

##### ***“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo***

**1.** *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho:*

**1.1.** ***Principio de legalidad:*** *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas.”*

En relación a dicho principio, se resalta particularmente que la Administración Pública debe ceñirse al ordenamiento jurídico. Cabe señalar que, a diferencia del precepto constitucional del artículo 2.24a de nuestra Carta Magna (nadie puede estar obligado a lo que la ley no prohíbe), la libertad no se entiende mediante un sentido negativo, sino más bien mediante uno positivo. Ello en virtud de que, mientras los sujetos del Derecho Privado solo pueden hacer todo lo que no está prohibido, la Administración solo puede hacer lo que la ley expresamente les faculta (Napurí 2013, p.35). En este sentido, las autoridades no pueden ejercer sus competencias sin observar de manera previa la legislación vigente.

Este principio en cuestión suele generar determinadas vertientes, pues en un sentido restringido se entiende que la Administración restringe su

obediencia a aquellas normas con rango de ley formal; así como una más amplia, aquella que abarca a otras normas jurídicas que incluso no cuentan con rango legal (Beladíes 2000, p.317). En el caso del artículo previamente citado, se constata que la Administración debe obedecer no solo las leyes, sino todas las demás que conforman el ordenamiento jurídico. Por ello, debe cumplir y hacer cumplir, no solo las leyes emitidas por el Congreso de la República y los gobiernos locales, sino también al resto de normas, a fin de garantizar el respeto a los derechos de los ciudadanos y en general, al sistema jurídico (Rojas 2015, p.204).

En esta misma línea, Morón Urbina señala que, a pesar del hecho que la denominación tradicional de “legalidad” se emplee para aludir al principio de obediencia a la ley, debe reconocerse que la sujeción de la Administración es al Derecho y no solo a una de sus fuentes, en lo que algunos autores prefieren denominar juridicidad (2023, p.76). Al respecto, Ricardo Ortega y Víctor Granda Aguilar consideran que la juridicidad implica el “condicionamiento del actuar administrativo por normas y principios” (2017, pág. 147). Otros autores como Espinosa-Saldaña consideran que el principio de legalidad, actualmente entendido, implica un sometimiento actual a los parámetros establecidos no solo en las leyes expedidas por el Congreso, sino además por otras autoridades competentes para regular materias dentro del ejercicio de sus funciones (2011, p.5). De esta forma, se reconoce que la Administración no solo se somete a la ley, sino además a las demás normas conformantes del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en relación con el caso en cuestión, se verifica que no solo existen cuestionamientos en virtud de la interpretación de una ley como la LPDP, sino además de otras normas como el Reglamento de la LPDP, aquel aprobado mediante Decreto Supremo. Debe considerarse la importancia de evaluar no solo la interpretación a la ley, sino también a otras normas vinculadas con la protección de datos personales, más aún si se considera que el reglamento en cuestión es de alcance general y se dictan precisamente para complementarlas al detallar lo necesario para asegurar su aplicación y cumplimiento, haciéndolas operativas (Napurí 2013, p.83). Por ello, se requiere que la ANPDP no solo observe la ley, sino además el reglamento que la complementa. Cabe señalar que, en este apartado, se considerará la interpretación del reglamento expedido por el Decreto Supremo 003-2013-JUS, pues era el reglamento vigente al momento en el que transcurren los hechos del caso.

Asimismo, es importante señalar que, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, tal como sucede en el caso, el precepto de legalidad toma mayor fuerza, pues todas las decisiones administrativas deben tener un respaldo legal específico, de tal forma que la restricción o intervención en los derechos individuales debe estar respaldada por la ley (Silva-Conde et al. 2024, p.332). Dicha acepción es relevante para el caso en cuestión. Oncosalud SAC, en virtud del derecho a la libertad de

empresa, encargó a terceros el tratamiento de datos personales. Por ello, se procederá a evaluar a continuación si, a partir de dicho encargo, Oncosalud SAC puede calificar o no como responsable de conformidad con la LPDP y su reglamento. Asimismo, se determinará si la figura del encargado y del tercero subcontratado a partir de dicha normativa.

#### **V.1.2. Determinación de Oncosalud SAC como responsable a la luz de la normativa de protección de datos personales**

Sobre la presente resolución, se cuestiona si Oncosalud SAC puede ser calificado como responsable en virtud a la normativa de datos personales. Para determinar ello, es necesaria la remisión al artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP, aquel en el que se establece la siguiente definición:

##### ***“Artículo 2.-Definiciones***

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

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

En relación a dicho artículo, la ANPDP resalta en el fundamento 46 de la presente resolución que todo responsable debe controlar el tratamiento de datos personales. Al respecto, se desprende del artículo en cuestión que el responsable del tratamiento como el sujeto que cuenta con el poder de decisión sobre el tratamiento de los datos personales. Dicha característica lo distingue del encargado del tratamiento, pues el encargado solo se restringe a actuar bajo las condiciones establecidas en la relación que lo vincula. Asimismo, también se advierte del texto legal que el tercero subcontratado tampoco detenta control sobre el tratamiento, en tanto el tratamiento que realicen estos últimos se sustenta por la previa autorización del responsable.

Esta posición se respalda con lo señalado en la Opinión Consultiva 034-2021-JUS/DGTAIPD. En dicha opinión, se señala que el encargado de tratamiento no decide sobre la finalidad para la que se van a usar los datos personales que le remite el titular del banco de datos, sino que solo debe utilizarlos para las finalidades materia del encargo (DGTAIPD 2021, fundamento 10). En este sentido, dado que el encargado no puede controlar el tratamiento, tampoco podrá el tercero, puesto que solo es subcontratado por el encargado para el tratamiento de datos para la finalidad que determine el responsable.

En la doctrina, se ha considerado que existen tres elementos en la definición del responsable. El primero de ellos es el subjetivo, entendiéndose que se trata de aquella persona, sea persona natural o

jurídica de Derecho Público o Privado. El segundo, el objetivo, implica que el objeto de control del responsable es el tratamiento de datos personales, ya sea por sí mismo o por terceros. Y el último es justamente el más relevante, el funcional, aquel que se refleja en la capacidad de “decidir” o “controlar” el tratamiento de los datos personales (Durán 2016, p.185). Este último elemento se observa en la definición del artículo 2.14 del Reglamento, pues se resalta expresamente que el responsable es aquel que “decide” sobre el tratamiento.

Ahora bien, respecto puntualmente a la capacidad de decisión, se reconoce que el responsable ejerce un poder de control sobre el tratamiento. Al respecto, se entiende que el poder de control puede ser determinado a partir de dos formas: 1) control emanado por disposiciones legales y 2) control emanado por capacidad de influencia de hecho. Por un lado, existe el primer control cuando el legislador ha designado como responsable del tratamiento al ente con verdadera capacidad para ejercer el control. Y por otro, se ejerce el segundo control cuando se ejerce en virtud de actividades concretas del tratamiento de datos del responsable frente al encargado (Comité Europeo de Protección de Datos 2021, p.12). Por ello, a partir de ese último criterio, se debe evaluar no solo si se le ha encargado a un tercero realizar algún tratamiento, sino además determinar si ha ejercido algún acto concreto de control.

En esta línea, la ANPDP determinó para el caso en concreto que la elaboración y la entrega del discurso de venta develan que Oncosalud SAC ejercía un poder de control sobre los procesos de contactabilidad de potenciales clientes y, por ende, una facultad de decisión sobre el tratamiento de datos personales (fundamento 58). Dicho análisis es acertado, pues tal como señala la ANPDP, se le saludaba al cliente señalándole que se le llama por encargo de Oncosalud SAC. Ello demuestra que, de no ser por el encargo de Oncosalud SAC, el call center no estaría recopilando sus datos personales vía telefónica, lo que configura como un tratamiento de datos no autónomo, sino subordinado por parte de los call centers que contactan a los prospectos de clientes.

Asimismo, se observa en el caso que, desde el contrato celebrado entre Oncosalud SAC y GSP Servicio Comerciales SAC el año 2017, se observa que Oncosalud SAC y no GSP era la empresa que determinaba el tratamiento de datos personales. Si para el contrato celebrado entre ambas empresas del año 2013 ya estipulaba en su segunda cláusula que GSP SAC estaba obligado a promocionar los productos de Oncosalud SAC, lo que se realizó en el contrato del 2017 de locación de servicios era estipular en la cláusula 5.7 que el tratamiento solo se limitará a la ejecución de dichos servicios. De esta forma, Oncosalud SAC determinó contractualmente cuál era la finalidad y el uso del tratamiento de datos personales. Asimismo, a partir de dicho contrato, se habían estipulado a detalle a qué usos se restringe el tratamiento de los datos a realizar por GSP SAC o las empresas de call center: utilizar los datos para fines

promocionales, custodiarlos de accesos de terceros o la posterior devolución de los datos a Oncosalud SAC.

Posteriormente, las disposiciones establecidas en el contrato entre Oncosalud SAC y GSP Servicios Comerciales SAC influyeron en el contrato celebrado entre GSP SAC con Biznes SAC del año 2018 para la subcontratación de esta última empresa. En la cláusula séptima, referida a la protección de datos, se señala que la empresa subcontratada se limitará a realizar el tratamiento de los afiliados de Oncosalud SAC para fines que no contemplen a campañas publicitarias en relación a los servicios previstos en el Anexo 2 de dicho contrato. Al respecto, debe tomarse en cuenta que los servicios previstos en dichos Anexo no están determinados por GSP SAC, sino más bien por Oncosalud SAC, puesto que tal como se señala en el mismo artículo 7, las campañas publicitarias están dirigidas a futuros clientes que Oncosalud SAC, bajo la finalidad captar nuevos afiliados. En este sentido GSP SAC no establece condiciones de manera autónoma, sino en virtud de las directrices brindadas por Oncosalud SAC para determinar qué servicios se promocionan y cuáles no.

Adicionalmente, habría que señalar en relación a los discursos de venta que el control ejercido por Oncosalud SAC radica en que el tratamiento está encaminado a las finalidades determinadas en los contratos previamente revisados, tales como la promoción de los servicios de salud y la afiliación posterior de prospectos de clientes. Como se observa en el discurso, el objetivo es brindar campañas publicitarias sobre el tratamiento médico contra el cáncer, servicio médico contemplado en el Anexo 2 previamente señalado en la sección “Contrato de Salud Prepagado en el Programa Oncológico-Condiciones Particulares”, precisamente en el artículo 1.1.b sobre prestaciones ambulatorias. Cabe señalar que, en dicho discurso, aparte de brindar información sobre los programas de tratamiento, se delimita en la forma en la que se recopilarán datos personales de los prospectos de clientes para el tratamiento contra el cáncer como “¿Usted fuma?”, “¿Tiene o ha tenido cáncer alguna vez?”, “¿Tiene, ha tenido o está siendo estudiado por enfermedades a la sangre o ganglios?”. Por tanto, Oncosalud SAC, mediante dichas instrucciones controlaba no solo los datos a recopilar de los prospectos, sino además cómo recopilarlos.

Finalmente, sobre las acciones concretas de decisión sobre el tratamiento de datos por parte de Oncosalud SAC, habría que destacar que la ANPDP en la resolución a analizar ha considerado al bloqueo de los números de aquellas personas que no dieron consentimiento es un ejemplo del ejercicio del control de Oncosalud SAC como responsable (fundamento 60). Dicha conclusión es correcta, puesto que la decisión de incluir a los números en la lista Robinson fue adoptada unilateralmente por Oncosalud SAC el 25 de agosto de 2020, decisión que efectivamente influye en el tratamiento al determinarse cuáles números deben ser bloqueados.

Además, mediante correos enviados el 15 de octubre, Oncosalud SAC no solo había ordenado a las empresas de call center, entre ellas Biznes SAC, a bloquear los datos incluidos en la lista, sino que incluso llegó a solicitar evidencia de ello. En este sentido, queda claro que en el bloqueo de los números Oncosalud SAC actuó como responsable del tratamiento.

Ahora bien, aparte del ejercicio material del control sobre el tratamiento, queda determinar si el responsable necesita contar con su propia base de datos. Al respecto, sobre la figura de la responsable contemplada en el artículo 2.14, es importante señalar que puede que no cuente con un banco de datos a partir del que ejerza control sobre el tratamiento de datos personales. Dicho aspecto debe interpretarse de manera sistemática con el artículo 2.17 de la LPDP, ya que en dicho artículo se señala de manera expresa que el titular del banco de datos personales “determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad”. A partir de la interpretación conjunta de ambas disposiciones, se determina que el titular de un banco es responsable del tratamiento de los datos ubicados en dicho banco, lo que no excluye que puedan también existir responsables que controlen el tratamiento que no se realicen en sus propios bancos, sino en el de los encargados.

Asimismo, a partir de un análisis teleológico, se constata que la finalidad de prever en ley la existencia de un responsable que decida sobre el tratamiento en bases de datos ajenas es principalmente para reconocer que se puede ejercer control sobre el tratamiento sin ser el sujeto que efectivamente realiza el tratamiento. De esta forma, ante el supuesto de que los datos puedan ser tratados en banco de datos de terceros, se considera como prioridad que se pueda asignar responsabilidad al sujeto que decide de facto sobre el tratamiento (Durán 2016, p.215). Así, se permite que los responsables controlen el tratamiento de datos que se realice en bases de datos de los encargados, de forma tal que se cercioren que se cumpla el objetivo del encargo.

En la misma línea, el Tribunal Supremo Español de lo Contencioso Administrativo, a partir de la Resolución 3896/2004, confirmó la Resolución 1936/2003 de la Autoridad Española de Protección de Datos Personales (en adelante, AEPD). Se trataba de un caso de una empresa que había encargado a otra para el envío de publicidad, para lo que la encargada optó por alquilar los datos a otra empresa. Al respecto, la AEPD consideró declarar como responsable a la empresa que había encomendado el encargo, pues pese a que quien contaba con la base de datos de sus clientes era la empresa encargada, sí era quien dirigía la campaña publicitaria (Resolución 1936/2003, fundamento 3). Por ello la Audiencia Nacional consideró que el responsable era el sujeto al que caben imputar decisiones sobre una concreta actividad de tratamiento de datos, por lo que, pese a no realizar la actividad material de tratamiento, sí cuenta con poder de dirección (Resolución 3896/2004, fundamento 4).

Cabe señalar que el caso reseñado se asemeja al caso de la resolución comentada, pues Oncosalud SAC encargó a GSP Servicios Comerciales SAC para realizar actividades de promoción de sus servicios. En este caso, Oncosalud SAC, pese a no realizar la actividad material del tratamiento, sí contaba con el poder de decisión sobre el tratamiento realizado por GSP SAC como por terceros subcontratados. A pesar de que los datos de prospectos de clientes se recopilaban en bancos de datos de las empresas subcontratadas de call center, debe considerarse, como se había determinado previamente en la parte de actos concretos de control, que Oncosalud SAC determinaba en el contrato de encargo a GSP SAC cuáles eran las finalidades para las que se iba a realizar las operaciones de prospección de clientes, así como establecía por medio de instrucciones qué información y cómo recopilarla de los potenciales clientes para la promoción del tratamiento médico contra el cáncer.

Por estas razones, no cabe más que adherirse a la postura sostenida en el fundamento 44 que el responsable es quien define la forma del tratamiento de los datos personales, aunque fuera sobre datos cuyo tratamiento se realice en bases de datos de terceros. De esta forma, queda claro que, para determinar responsabilidad de Oncosalud SAC, más que considerar si el tratamiento se realiza o no en sus bancos de datos, debe evaluarse si es que se ejerce o no un poder de decisión sobre el tratamiento realizado por terceros.

### **V.1.3. El encargo a GSP Servicios Comerciales SAC en virtud de la normativa de datos personales**

La segunda discusión en materia de interpretación de la ley es determinar si es que el encargo por la ANPDP en la resolución se ciñe a los parámetros establecidos por la LPDP. En el artículo 2.8 de la LPDP, se halla definido dicho precepto de la siguiente forma:

#### ***“Artículo 2.-Definiciones***

*Para todos los efectos de la ley, se entiende por:*

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

Ahora bien, respecto a la presente definición, habría tres aspectos a delimitar y a relacionarlos con el caso en cuestión: 1) entrega, 2) el encargo provino de un titular del banco de datos personales y 3) relación jurídica que vincula con el encargado. Al respecto, la ANPDP considera en relación a cada uno de los puntos lo siguiente: 1) no implica el encargo necesariamente la entrega de un banco de información del titular al responsable, siempre que exista la potencialidad de que los datos sean

incorporados al banco de datos del que realiza el encargo (fundamento 43), 2) Oncosalud SAC debe ser considerado como titular una vez que la tercera empresa subcontratada concreta la incorporación de nuevos afiliados, su información pasa de inmediato a formar parte su banco (fundamento 65) y 3) sí existe relación jurídica que lo vincule con el encargado (fundamento 64).

En primer lugar, se observa que la literalidad de la ley indica que debe existir una “entrega”. Por el término, alude a la acción de dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo (RAE 2025). Sin embargo, no se señala qué es lo que se entrega o sobre qué la entrega del titular al encargado recae. Por ello, una interpretación meramente gramatical de la norma no es suficiente para determinar de qué se trata la entrega, lo que nos llevaría a la discusión de si dicha entrega se limita a la acción concreta y material de trasladar datos del responsable al encargado o si puede involucrar además el encargo de alguna actividad de obtención de información a terceros de datos que potencialmente serán incorporados a las bases de datos de quien ordenó el encargo.

Ahora bien, desde una perspectiva finalista de la norma, hay que establecer para qué se realiza el encargo o cómo contribuye la entrega para dichos propósitos. De hecho, la existencia de un encargo se da en virtud de que el responsable del tratamiento decida delegar todas o una parte de las actividades de tratamiento en una organización externa, entendida como una persona distinta o independiente del responsable (Grupo de Trabajo del Artículo 29 2010, p.27). En este sentido, se demuestra que, más que una entrega concreta de datos personales, el encargo está pensado para la delegación de actividades. Ello se vincula con el caso en cuestión, puesto que se observa de los contratos de locación de servicios entre Oncosalud SAC y GSP Servicios Comerciales SAC que se delegaba la actividad de realizar tratamiento de datos de prospectos de clientes mediante la recopilación de información personal de los mismos a través de llamadas telefónicas. Por ello, se otorgó a GSP SAC la facultad de tratamiento de datos con los que aún no contaba el titular, aquella que fue transferida a terceros mediante subcontratación, entre ellos Biznes SAC.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que, en las actividades de prospección o captación de nuevos clientes, resulta habitual que las empresas que busquen atraer a nuevos clientes encarguen a terceros obtener información con la que ellos todavía no cuentan, pero que les será transferida una vez que se logre la afiliación de nuevos clientes (Madera 2015, p.107). En este sentido, sí cabría admitir que, pese a no haber entrega previa de datos personales, se hable de un encargo en el tratamiento de datos la obtención de datos por parte de encargados que aún no se encuentren, siempre y cuando dicha tarea se realice por cuenta del responsable. Ello se cumple en el caso, puesto que al final el tratamiento que realicen tanto GSP SAC como las empresas de call

centers subcontratadas de datos beneficiará a Oncosalud SAC, en tanto los datos pueden acabar potencialmente en el banco de este solo respecto a aquellos prospectos de clientes que hayan dado su consentimiento de afiliación a los programas que dicha empresa ofrece.

En segundo lugar, respecto a la titularidad del banco de datos, la ANPDP considera en la resolución comentada que el hecho que la empresa Biznes SAC cuente con su propio banco de datos personales no descarta que Oncosalud SAC cuente como titular del banco de datos. Al respecto, considero que, si bien Oncosalud SAC no cuenta con la titularidad de los bancos en los que inicialmente se recopilan los datos, dado que estos pertenecen a las empresas subcontratadas como Biznes SAC, se constata que toda la información obtenida por las empresas de call center será trasladada a los bancos de Oncosalud SAC.

Además, debe considerarse que, en virtud al artículo 2.17 de la LPDP, se concibe que el titular del banco determina el tratamiento de dichos bancos. Ello interpretado de manera conjunta con el artículo 2.8 de la LPDP, se entiende que el titular puede controlar el tratamiento que se realice no solo en su propio banco de datos, sino también en el banco de los encargados del tratamiento, siempre y cuando se determine que los datos que sean tratados en dichos bancos serán incluidos posteriormente en el banco de los titulares. Ello se estipula en la cláusula 5.7 del contrato de locación de servicios, referido al apartado de protección de datos personales, en tanto se especifique que los datos recopilados en actividades de prospección serán finalmente devueltos a Oncosalud SAC sin conservar copia alguna.

Por último, está delimitar si la relación jurídica que vincule a Oncosalud SAC con GSP Servicios Comerciales SAC como encargado del tratamiento en virtud del concepto de encargo acogido en el artículo 2.8 de la LPDP. Para ello, debe tomarse en cuenta que dicha relación jurídica se expresa mediante la celebración de un contrato, aquel que debe contar con diversas condiciones: 1) el objeto, 2) la duración, 3) la naturaleza, 4) la finalidad del tratamiento, 5) las obligaciones y derechos del responsable (Piñar 2019, p.165). Al respecto, considero que sí existe una relación jurídica que vincule Oncosalud SAC a GSP Servicios Comerciales SAC, pues el contrato de encargo celebrado entre ambas cumple con estipular dichas condiciones por lo siguiente:

- Se determina en la cláusula 2 que el objeto del contrato es la prestación del servicio de asesoría, venta y promoción de los programas y productos que Oncosalud SAC ofrece en el mercado
- Se establece como duración en la cláusula 3 de un año, con posibilidad de renovación automática por periodos similares
- Se prevé en la cláusula 5.1 que, para las actividades de promoción y venta, puede emplear su propio personal o subcontratar a otras empresas para realizar dicha labor

- Se señala en la cláusula 5.7 que la finalidad del tratamiento es la ejecución de los servicios materia de contrato, en este caso los de asesoría, venta y promoción de programas
- Se estipulan en la cláusula 5.7 también diversos derechos en favor del responsable, entre ellos la facultad de decisión sobre la finalidad del tratamiento y de realizar auditorías para supervisar la actividad de los encargados; así como obligaciones como la de mantener la confidencialidad y secreto de los datos que pudo conocer en la ejecución del contrato

Adicionalmente, debe considerarse lo señalado en la Opinión Consultiva 01-2022-DGTAIPD si bien la relación jurídica vincula al responsable con el encargado, los terceros subcontratados pueden asumir la posición de los encargados del tratamiento de acuerdo al artículo 37 del Reglamento de la LPDP, en tanto se admita que el tratamiento pueda ser realizado por un tercero, a través de un convenio o contrato entre estos dos, siempre y cuando conste de manera previa una autorización por escrito (DGTAIPD 2022, p.11). Dicha autorización sí se da en el caso, pues, como se señaló anteriormente, la cláusula 5.1 autoriza la subcontratación de empresas.

Ahora bien, para que el tercero subcontratante asuma la posición del encargado, es relevante que el contrato de la subcontratación establezca diversas condiciones como cuáles son los servicios prestados por el subcontratado, así como la descripción de finalidades y categorías de datos objeto de tratamiento (Guasch y Soler 2014, p.263). En este caso, GSP Servicios Comerciales SAC y Biznes SAC cumplen con establecer estas condiciones en el contrato de prestación de servicios, en tanto se especifica en su cláusula 2 que realizará servicios de promoción a programas establecidos en el Anexo 2 del contrato, aquellos brindados por el responsable Oncosalud SAC; así como estipula expresamente que los datos que tratará son de prospectos de clientes del responsable y que solo se tratados para finalidades de venta los programas que este último brinde.

## **V.2. La atribución de responsabilidad a Oncosalud SAC en virtud del principio de causalidad**

Aparte del principio de legalidad, también existe una controversia en torno al principio de causalidad. En el escrito de apelación de Oncosalud SAC a la resolución de primera instancia, cuestionó que la atribución de responsabilidad realizada por la ANPDP vulneraba el principio de causalidad al determinar que dicha empresa era la responsable de las infracciones cometidas por las empresas de call centers subcontratadas, cuando en realidad las únicas responsables de la infracción de realizar tratamiento de datos sin consentimiento son las empresas de call center, en tanto eran ellas quienes realizan efectivamente el tratamiento de datos personales y quienes llamaron al denunciante sin el consentimiento del mismo. Por ello, considera

que quien debe ser responsable es la persona que comete la conducta activa u omisiva, en este caso Biznes SAC.

Al respecto, la ANPDP considera que la vulneración al principio de causalidad no se produce, pues el responsable del tratamiento es quien debe asegurarse de que se cumple con los requisitos que exige la LPDP y su Reglamento en todo el ciclo del tratamiento, es decir, la debida diligencia del cumplimiento de la normativa de protección de datos se mantiene en la cadena de contratación del tratamiento de datos personales (fundamento 49). En este sentido, sostiene que, dentro de las obligaciones a las que tuvo que haberse ceñido Oncosalud SAC en calidad de responsable son las de adoptar medidas que garanticen la seguridad del tratamiento, pero principal y primordialmente, asegurarse que el encargado aplique todas las medidas necesarias para cumplir con la normativa de protección de datos personales (fundamento 50).

De los alegatos señalados, se desprende que la controversia radica en si a partir del principio de causalidad se le puede atribuir responsabilidad al administrado por hechos realizados por terceros. Por ello, se evaluarán los alcances de las obligaciones del responsable previstas en la normativa sobre la materia y si es que, a partir de ellas, se debe determinar si Oncosalud SAC debe ser hallado responsable por la infracción de realizar tratamiento de datos sin consentimiento por parte de las empresas subcontratadas de call center.

### **V.2.1. Sobre el principio de causalidad**

El principio de causalidad se encuentra en el artículo 248 del TUO de la LPAG, numeral 8, en el capítulo referido al procedimiento administrativo sancionador. Dicho principio se halla regulado de la siguiente manera:

***“Artículo 248. Principios de la potestad sancionadora administrativa***  
*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales*

***8. Causalidad: La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.”***

Del principio enunciado, se entiende que los administrados se hallarán responsables de una infracción, siempre y cuando la infracción haya sido generada por acción u omisión de los mismos. De esta forma, se debe demostrar si la acción u omisión están vinculadas a la infracción a partir de una relación de causalidad, en tanto la sanción administrativa deba recaer necesariamente sobre quien haya vulnerado efectivamente el ordenamiento, tanto de manera activa como omisiva (Vergaray y Gómez 2009, p.428).

Dentro del principio de causalidad contemplado en la norma, resalta el criterio de personalidad de las sanciones, lo que significa que la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley y, por tanto, no podrá ser sancionado por hechos ajenos o cometidos por terceros, tales como la responsabilidad por un subordinado o por un integrante de un cuerpo colectivo que votó o salvó su voto (Morón 2023, p.459). Por ello, la legislación contempla únicamente sanción por acciones propias o ejecutadas directamente por el administrado.

Ahora bien, en el principio de causalidad se restringe por regla general la sanción a la persona que cometió la acción que haya ocasionado la infracción, por lo que no se puede trasladar la responsabilidad a una persona ajena a la que cometió la infracción. Sin embargo, podría caber responsabilidad por hechos que involucren a terceros, siempre y cuando se constate que se ha producido el quebrantamiento de una norma que da lugar a la exigencia de responsabilidad administrativa (Recorder 2008, p.144). Ello funciona cuando el administrado, pese a no ser el causante directo de la infracción, ha quebrantado el deber de evitar que un tercero incurra en la infracción imputada. Y dado que la Administración se ciñe al principio de legalidad, dicho deber debe hallarse previsto en la legislación vigente.

En esa misma línea, se reconoce la existencia de un deber de garante por parte del infractor sobre hechos de terceros. De hecho, el garante, al considerarse como aquella persona que cuenta con poderes de dirección sobre terceros, no es autor de la infracción de la persona en estado de dependencia o vinculación. Sin embargo, sí es autor de la infracción por no adoptar medidas para evitar la comisión de la infracción (Laguna de Paz 2020, p.48). Cabe señalar que este deber de garante se relaciona con el caso en cuestión pues Oncosalud SAC, puesto que detentaba el control del tratamiento realizado por las empresas de call center subcontratadas, debía además ejercer su rol de garante del cumplimiento de la normativa mediante la supervisión de call centers.

Aparte del criterio de personalidad, también resulta crucial evaluar si la conducta humana sea idónea para producir lesión. En este sentido, se constata que se aplica el criterio no de causa próxima, sino adecuada: no se evalúa la acción u omisión para determinar si es que sin ella se hubiera producido o no la lesión, sino más bien si es que el accionar del administrado cuenta con la aptitud suficiente para producir la lesión que cataloga como una vulneración al ordenamiento (Vergaray y Gómez 2009, p.429). De esta forma, el nexo causal entre una acción y un resultado lesivo se sustenta en la idoneidad de dicha acción para generarlo.

Asimismo, la idoneidad del accionar del administrado para producir la infracción varía dependiendo si se trata de una actuación activa u omisiva.

En el primer caso, basta con hacer una reconstrucción de los hechos y analizar si es que la acción era capaz de desencadenar el hecho típico. No obstante, la dificultad está en evaluar si la omisión satisface la exigencia de causalidad. Para ello, habría que determinar si, de realizarse la acción omitida, no se hubiera realizado el estado de cosas perjudiciales (Morón 2023, p.460). En el presente caso, Oncosalud SAC, más que un accionar ilícito, habría cometido la omisión de adoptar las medidas para evitar que los call centers realicen tratamiento sin consentimiento. A continuación, se evaluará no solo si es que Oncosalud SAC se hallaba legalmente obligado a evitar dicho escenario, sino además si de haber implementado acciones al respecto se habría evitado el resultado.

### **V.2.2. La obligación de Oncosalud SAC como responsable de supervisión sobre el tratamiento realizado por empresas encargadas o subcontratadas**

En la resolución materia de análisis, se sostiene que Oncosalud SAC era responsable de asegurarse la debida diligencia en el cumplimiento normativo durante toda la relación contractual (fundamento 49). Al respecto, sostengo efectivamente que Oncosalud SAC debe velar no solo con tratar los datos personales de conformidad con la normativa vigente, sino además garantizar que terceros que se encuentren a su cargo se ciñan a los parámetros establecidos tanto en la ley como en el reglamento de datos personales. Para abordar dicho punto, debe observarse la relación entre el responsable y las empresas subcontratadas.

Al respecto, el artículo 12 de la LPDP prevé que no solo los titulares como los encargados del tratamiento de datos personales se someten a los principios establecidos en la normativa, sino además cualquier otra persona vinculada al tratamiento de datos personales. Ello es importante señalar, puesto que el principio vulnerado en el caso fue el de consentimiento, previsto en el artículo 5 de la LPDP, en tanto los call centers subcontratados, entre ellos Biznes SAC hayan realizado llamadas sin contar con el consentimiento del denunciante para emplear su número telefónico. Y tal como se señala en el artículo citado, no solo el responsable y el encargado deben ceñirse a los principios, sino incluso los call centers subcontratados, pues se trata de un sujeto que interviene respecto al tratamiento de datos personales de prospectos de clientes de Oncosalud SAC.

En esta misma línea, se establece como obligación en el artículo 28.1 de la LPDP que tanto el titular como el encargado se comprometen a efectuar el tratamiento de datos personales bajo el consentimiento del titular. En el marco de la subcontratación, dicho artículo debe interpretarse conjuntamente con el artículo 38 del Reglamento de la LPDP, dado que se estipula que el tercero subcontratado asume las obligaciones del encargado en la ley. De esta forma, las empresas de call center como Biznes SAC estaban obligadas a obtener el consentimiento previo del

tratamiento de datos de prospectos de clientes, razón por la que incurrieron en infracción dichas empresas al llamar al denunciante más de una vez, incluso cuando mediante dichas llamadas había manifestado su negativa a ser contactado, aquella establecida en el artículo 132, numeral 2 del Reglamento de la LPDP.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que, pese al hecho de que quien comete la acción que generó directamente el perjuicio al denunciante (en este caso, las llamadas telefónicas no consentidas) no fue Oncosalud SAC, sino las empresas subcontratadas, lo cierto es que Oncosalud SAC también deviene en responsable por contar con el deber de asegurarse el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales. En este caso, se contempla que sí existe una previsión legal de dicho deber, pues el artículo 28 señala que el titular del banco tiene la obligación de velar por el tratamiento bajo previo consentimiento, lo que aplica para Oncosalud SAC al ser titular del banco al que serían destinados los datos de los potenciales clientes luego de que acepten afiliarse a los programas que dicha empresa brindaba.

Además, el artículo 28 de la LPDP debe entenderse de manera sistemática con el artículo 37 del Reglamento de la LPDP, aquel en el que se explicita que “el tratamiento que haga el subcontratista se realizará en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento”. A partir de ello, se entiende que la responsabilidad de cumplimiento de la obligación de obtener consentimiento previo, así como de otras obligaciones contempladas en la LPDP, en actividades de tratamiento de datos realizadas por call centers subcontratados no recae en ellos, sino más bien en Oncosalud SAC, dado que dicha empresa configura como responsable. Por ello, existe una previsión normativa sobre la atribución de responsabilidad por actos de terceros, aquella que en este caso recae en la empresa sancionada.

De manera adicional, debe resaltarse lo señalado en la Opinión Consultiva 01-2022-DGTAIPD. En dicha opinión, se reconoce que “el responsable del tratamiento debe ejercer diligentemente el control sobre empresas que las llevan a cabo actividades de prospección, para que conserven tal compatibilidad y no provoquen un daño ilícito o riesgo contra los derechos de las personas” (DGTAIPD 2022, p.12). De esta forma, en el contexto de las actividades de prospección comercial, se concibe que el responsable adopta un rol de garante del cumplimiento normativo de terceros, por lo que debe supervisar que el tratamiento que ellos realicen sea no solo compatible con la legislación vigente, sino que también no incurra en un daño contra derechos de los prospectos de clientes, tal como el derecho de la privacidad, aquel que se ve vulnerado a partir de las llamadas constantes no consentidas a potenciales clientes.

Cabe señalar que, en el fundamento 49 de la resolución, se resalta que el deber del responsable de promover el cumplimiento de la normativa a

terceros tiene que manifestarse durante toda la relación contractual. Por un lado, el responsable celebra un contrato con el encargado, en el que se establecen las finalidades, condiciones, usos y obligaciones que este último debe acatar para el cumplimiento de la normativa vigente (Durán 2016, p.256). Y por otro, está el hecho de que las garantías suficientes de cumplimiento de normativa no solo deben estar establecidas en el contrato, sino que además el responsable tiene que supervisar que estas se cumplan una vez se ejecute el contrato (Piñar 2019, p. 165). Por tanto, el responsable no debe limitarse a celebrar un contrato con el encargado, sino además monitorear las actividades de este último mientras dure el vínculo contractual.

Por otro lado, en el fundamento 50 de la resolución, aquella en la que se estipula que el responsable debe no solo adoptar las medidas que garanticen la seguridad del tratamiento de los datos personales, sino además asegurarse que el encargado aplique todas aquellas medidas técnicas y organizativas necesarias para cumplir con la normativa. Resulta acertada dicha posición, en tanto se vincula con diversos principios de la protección de datos personales. Uno de ellos es el de seguridad, establecido en el artículo 9 de la LPDP, aquel que implica la adopción de medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas organizativas se relacionan con la distribución de roles o la adecuación de las actividades de negocio a la normativa de protección de datos, las jurídicas se vinculan con la elaboración de contratos sobre el tratamiento de datos personales, mientras que las técnicas consisten en herramientas tecnológicas que impiden el acceso o tratamiento no autorizado (Alvarado 2016, p.38).

Asimismo, está el principio de responsabilidad proactiva. Dicho principio consiste en que las medidas de seguridad no se deben implementar solo como una respuesta ante una denuncia o una fiscalización, sino que además “exige a quien realiza el tratamiento que priorice la prevención, así como el ejercicio permanente del control de la licitud en todas las operaciones de tratamiento” (Vásquez 2022, p.29). De esta forma, el responsable debe asegurarse que el encargado implemente todas las medidas necesarias, de forma tal que pueda demostrar que pudo anticiparse a riesgos o vulneraciones a la normativa vigente a partir de un efectivo monitoreo de terceros que realicen tratamiento bajo sus instrucciones. Cabe destacar que dicho principio todavía no se encuentra previsto en la LPDP. Sin embargo, puede aplicarse para el caso, pues como se señala en su artículo 12 la lista de principios no es taxativa, sino enunciativa.

En el caso concreto, se adoptaron medidas de seguridad para evitar el tratamiento de datos sin consentimiento. Por un lado, Oncosalud SAC estableció en el contrato de encargo celebrado con GSP Servicios Comerciales SAC del año 2017 condiciones para el tratamiento de datos personales, pues figura en su cláusula 5.7 como obligación tanto para el

encargado como para los terceros que vaya a subcontratar de cumplir con la normativa de protección de datos personales, lo que implica que el tratamiento deba ceñirse a los parámetros establecidos en ella, dentro de ellos el principio de consentimiento. Dicho compromiso también figura en el contrato entre GSP Servicios Comerciales SAC y las empresas subcontratadas en la cláusula 7.1. Por otro lado, en los discursos de venta facilitados por Oncosalud SAC a empresas subcontratadas, se ha indicado que los call centers preguntarán a los potenciales clientes si desean recibir información sobre las promociones antes de brindarlas, lo que es acorde al consentimiento libre y previo. Asimismo, en dichos discursos, se estipula que los call centers informarán sobre las condiciones del tratamiento de datos, así como requerir el “sí acepto” del potencial cliente por llamada, instrucciones que satisfacen los requisitos de consentimiento informado y expreso.

Sin embargo, el problema con estas medidas de seguridad es que solo se aplican en la etapa de la celebración de contratos de encargo y subcontratación de terceros, pero no en la de ejecución contractual. Es decir, a partir de los contratos y de los discursos de venta, solo se establecieron condiciones del tratamiento, pero no se puede demostrar a partir de ellos se adoptaron medidas de supervisión por parte de Oncosalud SAC sobre las actividades de los call centers subcontratados para asegurar que dichos terceros cumplan con las condiciones acordadas contractualmente. De hecho, como se señala en el fundamento 104 de la resolución de primera instancia, en la respuesta de Oncosalud SAC a la Carta 2043-2021-JUS/DGTAIPD, informó que no cuenta con grabaciones ni con el registro de las fechas en las que se realizaron las llamadas a los prospectos de clientes por parte de las empresas subcontratadas y que no contaba con acceso a dichos documentos.

Respecto al hecho de no requerir a las empresas subcontratadas las grabaciones o un registro de las fechas exactas, debe considerarse dicho proceder como una omisión en la actividad de control idónea para desencadenar la infracción incurrida por la empresa de call center que contactó al denunciante. Es más, de haberse requerido acceso a las grabaciones telefónicas, hubiera resultado posible identificar si es que las empresas subcontratadas cumplían cabalmente con solicitar el consentimiento previo, razón por la que se podía haber evitado que dichos terceros contacten a sus potenciales clientes sin previo consentimiento de los mismos. Dicho panorama lleva evidentemente a que Oncosalud SAC desconozca sobre si la actividad de los call centers se ejercía en observancia de la normativa de protección de datos personales, por lo que no garantizó el cumplimiento de la misma.

Además, tampoco cumplió realizar una gestión de comunicaciones eficiente con los subcontratados. De acuerdo a la Opinión Consultiva 01-2022-DGTAIPD, “el responsable debe mantener un contacto regular y permanente con las empresas que efectúan las comunicaciones de

prospección, a fin de que estas puedan comunicar de forma inmediata al responsable acerca de la denegatoria o falta de consentimiento por parte de determinados receptores de comunicaciones” (DGTAIPD 2022, p.12). En este caso, Oncosalud SAC, dado el hecho de que cuenta no solo con una empresa, sino varias empresas subcontratadas, tuvo que emplear un sistema de reportes, de forma tal que, si una de las empresas le reporta el número a partir del que se manifestó la denegatoria, Oncosalud SAC puede comunicar a las demás que dejen de contactar a dicho número.

Ello ocurrió precisamente en el caso concerniente. En el correo de Biznes SAC de fecha 18 de agosto de 2020, la empresa reconoció que solo la segunda llamada que recibió el denunciante era del call center, mientras que la primera provenía de otra empresa subcontratada. En este sentido, tal como se señala en el fundamento 108 de la resolución de primera instancia, Biznes SAC contactó a un prospecto de cliente sin conocer que en una llamada anterior había manifestado su denegatoria a recibir promociones de Oncosalud SAC. De esta forma, la omisión de Oncosalud de no establecer un sistema de reportes con las empresas subcontratadas es otro factor causante de la infracción, pues de adoptarse dicha medida, Biznes SAC no hubiera realizado la segunda llamada al denunciante, aquella por la que configuró la infracción de tratamiento sin consentimiento.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración que la responsabilidad en el ámbito de la protección de datos personales es objetiva. Conforme al artículo 38 de la LPDP, “los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas de protección de datos personales”. Y precisamente la responsabilidad objetiva en el tratamiento de datos personales se vincula con el principio de causalidad, pues por dicha responsabilidad no se requiere probar la intención del administrado o su negligencia para imputar responsabilidad, sino que basta con probar que el imputado haya incurrido en infracción, sea por acción u omisión y que como consecuencia se genere el daño (Baca 2010, p.8). Así, el régimen objetivo de responsabilidad se limita a determinar si existe nexo causal entre la conducta activa u omisiva y la infracción generada.

En el caso en cuestión y en observancia de la responsabilidad objetiva en materia de datos personales, sí correspondería atribuir responsabilidad a Oncosalud SAC por el accionar omisivo consistente en no implementar medidas de seguridad. Efectivamente la falta de implementación de mecanismos tendientes a evitar futuras infracciones, a diferencia de lo que ocurre en el régimen subjetivo de responsabilidad, no se evaluará como falta de negligencia, sino más bien como parte de la actividad generadora del daño (Riaño 2023, p.18). Como se ha señalado, Oncosalud SAC no cumplió con solicitar reportes ni mucho menos grabaciones en las que se manifieste la denegatoria de consentimiento de los prospectos de clientes que se rehúsen a recibir promociones sobre los programas que esta

ofrece. Dicha omisión se relaciona con la actividad generadora del daño, en este caso, el segundo contacto al denunciante, pues de haberse requerido el respectivo reporte sobre su denegatoria, Oncosalud SAC se habría comunicado previamente con Biznes SAC para evitar que dicha empresa efectúe la segunda llamada promocional.

Sin perjuicio de lo previamente señalado, cabría exoneración de responsabilidad en el régimen objetivo en caso el evento dañoso no le era imputable al presunto infractor o que cabe su atribución a un tercero (Woolcot-Oyague 2020, p.65). Ello se relaciona con la discusión de si es que corresponde declarar responsabilidad de Oncosalud SAC pese al hecho de que no haya ocasionado directamente el evento dañoso. Efectivamente, el contacto telefónico no consentido para promoción de programas de salud de Oncosalud no lo efectuó dicha empresa, sino más bien un tercero, en este caso Biznes SAC. No obstante, la infracción de tratamiento de datos sin consentimiento sí le es imputable a Oncosalud, ya que si bien la infracción no se hubiera concretado sin la llamada de Biznes, debe tomarse en cuenta que, como ya se indicó en el presente apartado, dicha llamada no hubiera ocurrido si es que Oncosalud cumplía con controlar el tratamiento realizado por sus call centers e impedir que ellos utilicen datos de los potenciales clientes contactados sin previo consentimiento de los mismos.

A partir de todo lo ya desarrollado, se puede concluir que la presente resolución, al confirmar la responsabilidad de Oncosalud SAC por infracciones cometidas por call centers subcontratados, no vulnera el principio de causalidad. Ello en virtud de que, tal como se señaló previamente, existe una obligación legal de supervisar actividades de terceros, así como se configura la omisión de no adoptar medidas adecuadas para velar por el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales por parte de dichos terceros.

### **V.3. La aplicación discrecional del interés comercial como criterio no establecido en la normativa para configuración de responsabilidad administrativa**

En la resolución de primera instancia, se establece como criterio dirimente para atribuir responsabilidad a Oncosalud SAC el “interés comercial” de dicha empresa en el tratamiento de datos personales para actividades de prospección de clientes. Ello se evidencia, dado que en el fundamento 71 se señala que la empresa en cuestión tenía dicho interés, puesto que con la ejecución de las llamadas de televenta de los call centers, la empresa tenía la expectativa de obtener ingresos económicos con la afiliación de nuevos clientes. Al respecto, Oncosalud SAC alegó en el escrito de apelación que no existe base legal para aplicar dicho criterio en la determinación de responsabilidad. Es más, sostuvo que, por principio de legalidad, la delimitación del responsable debe limitarse a lo establecido en el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP. De esta forma, considera que la inclusión de

dicho término en el análisis de la responsabilidad es arbitraria al no estar previsto en la normativa de la materia, por lo que se trata de una interpretación extensiva de la ley.

En contraposición a la postura de Oncosalud SAC, la ANPDP reconoce que el criterio de interés comercial no está expresamente previsto en la normativa de la materia. No obstante, en línea con los fundamentos 76 y 77 de la resolución de segunda instancia, señala dicha entidad que, a pesar de la necesidad de que las decisiones de la autoridad sancionadora se ajusten a parámetros objetivos, resulta innegable el contenido o la naturaleza discrecionalidad de la potestad sancionadora, por lo que no se invalida la interpretación por términos no previstos taxativamente, siempre y cuando esta parta de una adecuada valoración de los elementos del expediente y de los hechos del caso en concreto.

Como se evidencia, se discute la posible vulneración al principio de legalidad por la adopción de criterios no establecidos en la normativa. Por ello, se procederá a desarrollar sobre la discrecionalidad administrativa en la potestad sancionadora y su relación con el principio de legalidad. Adicionalmente, se evaluará si la incorporación del interés comercial en el análisis de responsabilidad afecta a la debida motivación, ante el riesgo de que por inclusión de criterios extralegales la motivación no se halle fundada en derecho.

### **V.3.1. La discrecionalidad de la Administración**

La ANPDP sostiene que puede emplear criterios no establecidos explícitamente en la normativa en virtud de la discrecionalidad de la potestad sancionadora. Sobre el concepto de discrecionalidad, se trata de una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, aunque fundadas en criterios extrajurídicos no incluidos en la ley y sometidos al juicio subjetivo de la administración (García de Enterría et al. 1977, p.57). En este sentido, se reconoce que la autoridad cuenta con libertad de decisión o de valoración de casos concretos en caso su actuación no esté completamente determinada por el ordenamiento (Mora 2012, p.97). De esta forma, se busca que la Administración actúe en virtud del interés general, pese a la indeterminación normativa.

En esta misma línea, Cassagne resalta la imposibilidad de que las normas predeterminen totalmente la conducta a acatar por los órganos del Estado ni establecer todos los presupuestos jurídicos que deriven en la aplicación de la norma (2009, p.84). Ante dicha incertidumbre, se otorga cierto margen de libertad para que la Administración elija entre diversas opciones para subsumir la norma, pero siempre que pueda motivar o justificar adecuadamente la elección de dichos criterios (Ramón Fernández 1999, p.168). Por ello, se entiende que la discrecionalidad administrativa no recae en arbitrariedad.

Asimismo, se advierte que la discrecionalidad contribuye no solo a regular imprecisiones normativas, sino además para garantizar que las decisiones de la Administración sean dúctiles y puedan adaptarse a la rapidez de los cambios tecnológicos, económicos y sociales. En este sentido, para Sánchez Morón, el Derecho Administrativo debe moverse dentro de un margen cada vez más amplio de decisión no para la desviación del poder, sino más bien para que la Administración se encuentre dotada de la capacidad para emplear pluralidad de variantes extrajurídicas de todo tipo, sea políticas, económicas o técnicas (2011, p.263). Por ello, se entiende que la ANPDP en el caso en cuestión haya empleado como criterio el “interés comercial”, en tanto que a partir de dicho término extrajurídico se buscaba explicar que Oncosalud SAC encargaba a call centers el tratamiento de datos de sus potenciales clientes para obtener ingresos económicos a partir de nuevos afiliados.

Por otro lado, debe existir una atribución expresa en favor de la Administración para ejercer la discrecionalidad. El Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, concibe que “los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo” (Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 8). Al respecto, Baca Oneto, al interpretar dicho fragmento, considera que la discrecionalidad no significa ausencia de ley, sino más bien debe existir una atribución expresa para ejercer la discrecionalidad (2012, p.185). Así, la Administración solo podrá acudir a dicha discrecionalidad si se cuenta con competencia para ello. De esta forma, la libertad de decisión de toda autoridad debe sustentarse en una habilitación legal previa. Un ejemplo claro es el del artículo 123 del TUO de la LPAG, en tanto se faculta a la Administración a atender o no peticiones de gracia a partir de su discrecionalidad.

Ahora bien, en cuanto al tema de la discrecionalidad, se tiende a asumir una división entre potestades regladas y discrecionales. Mientras las potestades regladas son concebidas como aquellas para las que la Administración se limita a aplicar el contenido normativo para ejercerlas, las discrecionales apelan a la libre toma de decisión de la Administración (Ivanegra 2008, p.110). Sin embargo, considero que no necesariamente debe hablarse de potestades regladas o discrecionales per sé, dado que pueden contar tanto con elementos reglados como discrecionales (Napurí 2013, p.181). Tal como en el caso descrito de las peticiones de gracia, si bien el elemento discrecional reside en los criterios de la Administración para atenderla, también se puede considerar que la previsión legal de dicha potestad es un elemento reglado.

En el caso en cuestión, nos encontramos en un procedimiento administrativo sancionador. Respecto a la potestad sancionadora, pese a que se le tienda a concebir como una potestad exclusivamente reglada, también se reconoce la existencia de ciertos elementos discrecionales,

tales como la decisión no iniciar un procedimiento sancionador por tratarse de una infracción de ínfima gravedad o la elección de aplicar medidas alternativas en lugar de sanciones; así como elementos reglados, tales como el contenido de las infracciones, las sanciones a imponer, incluso la atribución de responsabilidad, aquella que debe estar establecida por ley (Gómez 2020). Considero en relación a ello que no se debe omitir la aplicación de los elementos reglados en la potestad sancionadora del Estado, pues dicha potestad reviste de un carácter represivo o desfavorable frente a los administrados. Asimismo, en tanto deba la Administración ceñirse a los parámetros establecidos por el legislador para el ejercicio de dicha potestad, se halla en la obligación de observar el principio de legalidad, así como el deber de dictar una sentencia fundada en Derecho.

### **V.3.2. La vulneración de la legalidad y del derecho a una motivación fundada en derecho**

Respecto a la relación de la discrecionalidad de la Administración con el principio de legalidad, debe entenderse a dicho principio como un límite para la potestad sancionadora del Estado. Precisamente, la finalidad del principio de legalidad es la de restringir la arbitrariedad estatal en el ejercicio de sus potestades. Ello se entiende en virtud de la discrecionalidad que se encuentra sometida al principio de legalidad, pues la calidad interpretativa del ente administrativo responde también a los límites normativos intrínsecos a su función (Rubio 2006, p.144). De esta forma, se entiende que la discrecional administrativa en materia sancionadora debe ejercerse conforme a Derecho y dentro de los márgenes establecidos en la legislación.

En cuanto a los márgenes legales para ejercer la discrecionalidad, es relevante señalar que la autoridad debe hallarse habilitada por ley para ejercer dicha discrecionalidad. En este caso, la Administración tiene que contar con la competencia legal para ejercer dicha discrecionalidad, en tanto se reconozca normativamente que cuenta con determinado margen de arbitrio, a partir del que estará facultado para escoger una solución dentro de un cúmulo de opciones (Escala 2023). En materia sancionatoria en protección de datos personales, se reconoce en el artículo 39 de la LPDP que la ANPDP sí cuenta con un margen de discrecionalidad para establecer la cuantía de las multas. Si bien no se señala exactamente cuál es la multa a aplicar para una infracción leve, pero sí establece un margen a partir del que la autoridad pueda escoger la multa a imponer dentro de un determinado rango, por ejemplo, de 0,5 UIT a 5 UIT para leves.

Ahora bien, respecto al caso en cuestión, la ANPDP alega que puede interpretar las categorías de sujetos infractores establecidos en la ley por el contenido discrecional de su potestad sancionadora. Como se observa, sí se reconoce un espacio de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la ANPDP. No obstante, dicha habilitación legal

solo se limita al cálculo y a la de las multas a imponer, pero no abarca aspectos como la determinación de los sujetos infractores. En el apartado de definiciones, el artículo 2 tanto de la LPDP como del su reglamento, se conceptualizan con precisión quiénes son los sujetos involucrados en el tratamiento de datos personales, dentro de los que se encuentra el responsable del tratamiento.

Como se observa en el caso en cuestión, se señaló en el fundamento 72 de la resolución de primera instancia, se establece que el interés comercial es el elemento que determina la responsabilidad de Oncosalud SAC. Sin embargo, debe tomarse en consideración que la aplicación de criterios no previstos en la normativa de protección de datos para identificar al responsable puede repercutir también en la determinación del sujeto infractor, en tanto el artículo 37 establece que el tratamiento realizado por los terceros subcontratados se realiza por cuenta del responsable. Efectivamente, el artículo 2.14 solo define al responsable como aquel que controla el tratamiento de datos personales, más no como aquel que tiene un interés respecto a dicho tratamiento. Y, al aplicar el interés comercial como criterio para calificar a Oncosalud SAC como responsable, se determinó además que debía recaer en dicha empresa la sanción por el tratamiento sin consentimiento de datos de potenciales clientes de las empresas de call centers subcontratadas.

En esta misma línea, debe entenderse que la determinación del sujeto responsable por parte de la Administración se trata de un ámbito estrictamente reglado de la potestad sancionadora. En el ámbito de imposición de penas o multas, prima la expresión literal de la norma por delante de la libre apreciación de la autoridad (Rodríguez Toubes-Muñiz 2019, p.71). De esta forma, se entiende que no cabe la interpretación extensiva de las leyes para incluir criterios que se escapan del contenido original de las mismas. En este caso, se observa que el “interés” que pueda tener Oncosalud SAC como responsable del tratamiento de datos no es un criterio incluido en la definición de responsable contemplada en el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP. Por esta razón, se afectó el principio de legalidad, en tanto la aplicación de dicho criterio para la aplicación de responsable del tratamiento no está contemplado en la normativa vigente al momento en el que se expidió la resolución de sanción.

Por otro lado, aparte de la vulneración al principio de legalidad, también habría que constatar si es que la aplicación de criterios no establecidos por ley afecta a la motivación del acto administrativo. Cabe señalar que la exigencia de motivación parte del derecho de todo administrado a conocer anticipadamente y mediante una clara y motivada descripción, los hechos analizados por la Administración Pública y la fundamentación jurídica llevada a cabo para dicho análisis (León 2015, p.317). En este sentido, se parte del hecho de que la motivación no solo se basa en un análisis de hechos, sino además debe existir fundamentación jurídica, aquella que

debe sustentarse en el ordenamiento jurídico vigente de acuerdo al artículo 3 del TUO de la LPAG. De esta forma, la motivación tiene que aplicar los parámetros establecidos en las normas vigentes.

Además, sobre la garantía de motivación del acto administrativo, debe destacarse que la motivación cumple con la finalidad de propiciar que las autoridades se pronuncien con seriedad y el rigor en la formación de la voluntad de la Administración y aseguren su adecuación al ordenamiento jurídico (Morón 2023, p.253). Ello se vincula con el principio de legalidad y de juridicidad comentados en apartados anteriores, puesto que las razones empleadas para la emisión de la decisión administrativa tienen que estar reconocidos en la normativa vigente. Por ello, la calidad de culpable de un administrado debe determinarse o sustentarse en virtud de factores establecidos normativamente en lugar de criterios meramente subjetivos. Todo ello abarca el derecho del administrado a una motivación fundada en Derecho.

Cabe señalar que, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, la Administración debe valorar los hechos del caso para adoptar una decisión en el caso en concreto. En el caso de dicho tipo de procedimientos, se puede contemplar que la autoridad competente cuente con discrecionalidad para regular aspectos como el inicio o no inicio, la determinación de la cuantía y los factores agravantes y atenuantes en la aplicación de la multa. Sin embargo, en términos de García de Enterría, alude que, aunque se sustente la decisión discrecional, la motivación no estará fundada en Derecho si es que se emplea la libre apreciación para elementos reglados del acto administrativo (2004, p.38). En este sentido, no corresponde sustentar la determinación de sujetos infractores a partir de criterios no establecidos por ley introducidos por la autoridad en la resolución de sanción.

Ahora bien, en relación a la motivación, debe tomarse en cuenta que una deficiente motivación puede acarrear en la nulidad del acto administrativo en virtud del artículo 10.2 del TUO de la LPAG. En dicho artículo, se estipula que la omisión de requisitos de validez corresponde una causal de nulidad del acto. Y precisamente, dentro de las omisiones que pueden configurar como vicios está en un contenido del acto que contraría el ordenamiento jurídico. Según Morón, los supuestos que pueden estar incluidos en este mismo supuesto son los siguientes:

- Contenido ilícito (inconstitucional, contrario a reglamentos, a sentencias firmes, y actos constitutivos de delitos)
- Contenido contrario a acto administrativo firme
- Contradicción inmediata entre los objetos perseguidos por el acto administrativo y la norma
- Contenido jurídicamente imposible
- Contenido física o jurídicamente imposible

- **Fundamentarse en un criterio jurídico inexistente, insuficiente, contradictoria o ilícita**
- **Vicio en la motivación jurídica del acto**
- Fundamentarse en una incorrecta interpretación de la norma
- Fundamentarse en una falsa valoración de los hechos
- No fundamentar decisiones
- Desvío de poder (lo resaltado es nuestro) (2023, p.268)

De dichos criterios, el que es aplicable al caso en cuestión es el de fundamentación de un criterio jurídico inexistente. Como se ha señalado previamente, en la normativa de protección de datos no se emplea como criterio para determinar la responsabilidad el interés del responsable, sino solo el control que este realiza sobre el tratamiento. En este sentido, se constata que, al no tratarse de un factor previsto normativamente, no existe base legal para recurrir a dicho concepto para proceder con la identificación del responsable del tratamiento. Por ello, considero que el análisis solo se tuvo que haber limitado al ejercicio de acciones de control por parte de Oncosalud SAC sobre los call centers subcontratados, más no en el interés en las actividades de prospección comercial de dichos call centers.

En esta misma línea, también se observan deficiencias en la motivación jurídica del acto. En lo referido a la resolución de primera instancia, se estipula en el fundamento 42 que, “al atenderse en el proceso comercial el interés del responsable del tratamiento, surge la obligación de garantizar un lícito y adecuado tratamiento de datos personales, a fin de que la satisfacción del interés mantenga compatibilidad con el ordenamiento jurídico”. Al respecto, tal como se ha comentado en apartados previos, la obligación de garantizar el tratamiento lícito surge en virtud del deber legal de garantizar el cumplimiento de los principios de la LPDP, tales como el de consentimiento en el tratamiento de datos personales; así como por el hecho de que el tratamiento de los terceros subcontratados se realice por cuenta de los responsables. En este sentido, el interés comercial no representa un factor relevante para determinar que el responsable cuenta con la obligación legal de velar por la licitud del tratamiento.

Además, en el fundamento 65 de la resolución de primera instancia, se establece que la responsabilidad de la empresa sobre la idoneidad de los productos promocionados sustenta la existencia del interés comercial por parte de Oncosalud SAC, en tanto dicha empresa se presente como proveedora de los productos objeto de prospección. Al respecto, debe tomarse en cuenta que las actividades de prospección están más relacionadas con el deber de informar (artículo 2 del Código de Protección del Consumidor) que con el deber de idoneidad (artículo 9 del Código de Protección del Consumidor). A pesar de ello, pueden ser relacionados, en tanto los consumidores necesitan recibir la información exacta sobre los

productos que adquieren para que sus expectativas no se vean defraudadas (Durand 2023, p.287).

No obstante, no cabe asimilar al proveedor en una relación de consumo con el responsable del tratamiento de datos personales. Al respecto, comparto la postura de dicha empresa. Es más, el rol de proveedor no es el mismo que el responsable. Mientras que el proveedor se responsabiliza sobre los productos que promociona, el responsable vierte su control sobre el tratamiento de datos personales. A la luz de los hechos del caso, el rol de proveedor de Oncosalud SAC se limitaba a garantizar que los call centers subcontratados informen de manera completa y fehaciente sobre los beneficios de los programas de seguros contra el cáncer, mientras que el responsable del tratamiento se encarga de controlar el proceso de recopilación de datos de prospectos de clientes que empleen los call centers. De esta forma, estimo que estaríamos ante una motivación incompleta, puesto que tuvo que precisarse en la resolución de primera instancia las diferencias entre el rol de proveedor y de responsable del tratamiento.

Asimismo, está el hecho de que el fundamento 72 de la resolución de primera instancia señala que el interés comercial es el factor que determinaba la responsabilidad del tratamiento de datos personales. Dicha postura sería respaldada por el fundamento 80 de la resolución de segunda instancia, puesto que, al corroborar la finalidad de Oncosalud SAC para afiliar a nuevos clientes a través de las actividades de terceras empresas subcontratadas, se acreditaba la calidad de responsable de tratamiento por parte de la empresa sancionada. Sobre este punto, considero que el interés comercial no acredita la calidad de responsable, puesto que el interés comercial solo se trata de la finalidad para la que se subcontrata a los call centers, más no se trata de algún indicio de control, tal como podrían ser las cláusulas del contrato que reconocían el control de Oncosalud SAC sobre las actividades de encargados y subcontratados descritas en apartados anteriores. Por ello, la presente motivación es defectuosa.

Ahora bien, una vez determinados los defectos en el contenido o en la motivación que subyacen sobre el tratamiento del término “interés comercial” en la resolución. Sin embargo, considero que dicha resolución no debe considerarse nula solo por la aplicación del criterio de interés comercial para determinar responsabilidad de Oncosalud SAC. De hecho, en virtud del artículo 14 del TUO de la LPAG, dicho vicio se trata de uno no trascendente del acto administrativo. En cuanto a los vicios no trascendentes, debe operar la figura de la conservación del acto administrativo, figura vinculada con la presunción de validez del acto administrativo, en tanto no se deba recurrir a la nulidad si es que el defecto puede ser subsanable o no relevante (Napurí 2013, p.348). En virtud del presente artículo, se establecen como vicios no relevantes: i) contenido impreciso o incongruente, ii) motivación insuficiente o parcial, iii)

incumplimiento de formalidades no esenciales, iv) cuando se determine que, incluso con el defecto, el acto sea igual y v) la omisión de documentos no esenciales.

De todos dichos supuestos, el que corresponde aplicar al caso sería el cuarto supuesto, aquel que implica la inclusión de un vicio que no cambie el sentido de la resolución. En el presente caso, el vicio consiste en aplicar un criterio que no tiene base normativa para calificar a Oncosalud SAC como responsable del tratamiento realizado por las empresas de call centers subcontratados. Sobre el particular, considero que la omisión de dicho criterio no variaría el sentido de la decisión, pues tal como se explicó en el punto 5.1 del presente trabajo, la ANPDP había cumplido con demostrar que Oncosalud SAC ejercía control sobre el tratamiento de datos personales de terceros, supuesto previsto expresamente en el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP. Ello en virtud de la determinación de la finalidad del tratamiento por parte de la empresa en los contratos celebrados con GSP Servicios Comerciales SAC, así como respecto a las instrucciones que la empresa proporcionaba a los call centers. Todos ellos configuran actos de control sobre el tratamiento de terceros.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que la decisión adoptada por la ANPDP tanto en primera como en segunda instancia de sancionar a Oncosalud SAC por la falta de consentimiento en el tratamiento de datos, toda vez que incumplió el deber establecido en los artículos 12 y 28 de la LPDP de velar que el tratamiento de datos, ya sea que realice por cuenta propia o se lo encomiende a terceros, respete el principio de consentimiento. En base a lo explicado en el punto 5.2, puesto que no cumplió con adoptar medidas de seguridad que pudieron haber prevenido el tratamiento sin consentimiento, por ejemplo, no solicitar ni conservar grabaciones sobre las llamadas realizadas por los call centers, registrar las fechas en las que se llevó a cabo el contacto con los prospectos de clientes y, sobre todo, la de realizar una gestión de comunicaciones entre las empresas subcontratadas y Oncosalud SAC. A partir de la omisión en la aplicación de dichas medidas, se demostró que Oncosalud SAC no cumplió con supervisar la actividad de los call centers subcontratados.

Finalmente, en relación a los vicios de motivación advertidos en este apartado en torno al concepto de interés comercial, tal como la sustentación de dicho interés como factor determinante de responsabilidad o la afirmación de que del interés comercial surja alguna obligación legal de tratamiento lícito de datos personales, podrían caer dentro de los vicios no trascendentes del acto, en tanto deriven en motivación insuficiente. De conformidad con el Tribunal Constitucional, la motivación consiste en una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión (Sentencia 0091-2005-PA/TC, fundamento 9). En este caso, se evidencia motivación insuficiente, pues por todo lo ya

señalado, el solo interés comercial no constituye per sé en un criterio para determinar responsabilidad o para atribuir responsabilidades legales solo por el hecho de que quien encomienda el encargo lo tenga.

#### **V.4. El apartamiento sobre la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP a la luz del principio de predictibilidad**

Otro de los temas abordados en la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD es su relación con la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP y la presunta vulneración al principio de predictibilidad. Sobre el particular, Oncosalud SAC considera que se vulnera el principio de predictibilidad por desconocer pronunciamientos previos de la misma autoridad. Según la empresa, en virtud de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP se exoneró a Oncosalud de la responsabilidad que se le asigna al titular o responsable del tratamiento. Es más, resaltó el hecho de que en el apartado 8.13 de dicha resolución reconoció que las empresas de call center eran titulares del banco de datos de prospectos de clientes y, por ello, deben cumplir con obligaciones de responsable. No obstante, sostiene vulneración de dicho principio, pues por dicho fallo contaba con una expectativa de que no sería responsabilizado por el tratamiento de datos personales, cuando en realidad la resolución materia de comentario en el presente trabajo termina sancionándola por infracciones de empresas subcontratadas.

Sin embargo, la ANPDP en la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD discrepa con el planteamiento de la empresa sancionada en relación a dicho principio. En este caso, reconoció que el sentido del fallo era distinto que el de la sentencia referida, así como también el hecho de que las circunstancias o los hechos sobre los que resuelven ambas resoluciones son similares, pues las dos se pronuncian sobre casos en los que usuarios fueron contactados por call centers sin su consentimiento y que recurrieron previamente a la empresa subcontratante para cesar dicho tratamiento. Sin embargo, por medio del fundamento 92, motiva el apartamiento de la Resolución Directoral 378-2017- JUS/DGTAIPD-DPDP, pues la materia de discusión no se circunscribe a una reclamación iniciada por un ciudadano en ejercicio de sus derechos ARCO, sino a un procedimiento administrativo sancionador por presuntos incumplimientos de la normativa de protección de datos.

Como refiere la ANPDP en el fundamento 94, se indica que los criterios no son inalterables o inmutables, sino que pueden ser cambiados siempre y cuando se establezcan las razones suficientes para ello. En el presente apartado, se evaluará si es que la ANPDP ha cumplido con apartarse motivadamente de los parámetros establecidos en la Resolución Directoral 378-2017- JUS/DGTAIPD-DPDP.

#### **V.4.1. Sobre el principio de predictibilidad**

El principio de predictibilidad está reconocido en nuestro ordenamiento en el artículo IV del Título Preliminar, numeral 1.15. Mediante dicha disposición, se establece lo siguiente:

##### ***“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo***

*1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho:*

**1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima:** *La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.*

*Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*

*La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.”*

A partir del principio en cuestión, se entiende que, desde la perspectiva procedimental, el procedimiento debe aplicarse para todos los administrados en virtud de reglas comunes. Ello es importante, pues a la luz del primer párrafo del artículo previamente citado, evita que el administrado pueda recibir de la Administración Pública un resultado distinto del esperado, siempre que cumpla con los parámetros prefijados (Cairampoma 2014, p.499). En este sentido, resulta crucial para la aplicación de dicho principio que la Administración emplee criterios similares para situaciones en las que la Administración se haya pronunciado previamente.

De dicho principio, se desprende de manera intrínseca el concepto de seguridad jurídica. Dicho concepto deriva no solo de la claridad en la que se hallen formuladas las normas jurídicas, sino además de la certeza generada de las resoluciones o decisiones de las autoridades. En base a dicha certeza, se garantiza que las personas puedan conocer el Derecho por parte de las autoridades, razón por la que cada persona debe poder saber con claridad y de antemano qué conductas son permitidas o prohibidas según los fallos de la Administración (Pérez

2000, p.29). Así, el principio se centra en relación a la garantía de que los ciudadanos sean conscientes de los criterios aplicados por los órganos estatales.

Asimismo, se relaciona dicha seguridad jurídica con el principio de confianza legítima. Este principio reconoce que, en virtud de los pronunciamientos de la Administración, el administrado cuenta con la facultad de exigir protección sobre sus expectativas legítimas, aquellas que se deben tutelar siempre y cuando se encuentren sustentadas en razones objetivas para confiar en la estabilidad de la situación jurídica preexistente (Viana 2007, p.162). De esta forma, cabe la posibilidad de invocar el respeto a dicho principio en caso exista una alteración sobre los parámetros con los que se juzga una situación en particular. Por ello, se entiende por qué Oncosalud SAC invoca una resolución previa en virtud de dicho principio, puesto que, en ella, a diferencia de la resolución de sanción, no lo declaró como responsable del tratamiento de datos personales en el contexto de subcontratación de call centers para fines de prospección.

Por otro lado, debe resaltarse el hecho de que las expectativas se generan por los “antecedentes administrativos”. Ello se vincula con el artículo VI del Título Preliminar del TUO de la LPAG, aquellos que se constituyen cuando la Administración de modo expreso establece que el sentido de la resolución debe aplicarse en carácter general, razón por la que es de observancia obligatoria para los órganos decisores (Napurí 2013, p.60). Asimismo, está el hecho de que, aunque no estén establecidos expresamente, los precedentes también se pueden constituir a través de varios fallos constantes y reiterados de los tribunales que orienten a conformar una situación estable (Morón 2023, p.136). A partir de ello, la existencia de varios pronunciamientos en un mismo sentido sobre supuestos similares genera precedente administrativo.

Ahora bien, en este caso, está la particularidad de que la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP no puede considerarse como un precedente. En la presente resolución, se advierte que no se haya establecido de manera expresa que se trate algún criterio contenido en ella como “precedente”. Además, una sola resolución no genera necesariamente precedente, sino que debe haber un cúmulo de ellas que fallen en un sentido similar. Sin perjuicio de ello, cabe también generar expectativa sobre la aplicación de los mismos, en tanto de acuerdo como fuente interpretativa a partir de lo establecido en el artículo V, numeral 3 del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Ello bajo la premisa de que las resoluciones explican la forma en la que se deben entender y aplicar las normas (Morón 2023, p.166).

En este caso, efectivamente la interpretación vertida en dicha resolución generó la expectativa de que Oncosalud SAC no es responsable del

tratamiento de terceros. En la resolución en cuestión, se interpreta el artículo 2.14 de la LPDP al determinar que las empresas de call center eran titulares del banco de datos por el hecho de que cuenta con el banco en el que están almacenados los datos de los prospectos de clientes de la empresa subcontratante (Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, fundamento 8.1.4). Asimismo, señala que, a partir de dicha titularidad, están sujetos a las obligaciones de todo responsable del tratamiento (Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, fundamento 8.1.4). Como se observa, solo se reconoce la responsabilidad de las empresas de call center, más no la responsabilidad de la empresa que los contrató. Además, se señala que, en caso se trate de un incumplimiento al deber de consentimiento del artículo 13 de la LPDP, se podrá responsabilizar a los call centers, sin señalar algún indicio de responsabilidad sobre la empresa subcontratante Resolución Directoral 378-2017- JUS/DGTAIPD-DPDP, fundamento 8.1.5).

Finalmente, debe aplicarse lo dispuesto en el numeral 3 del artículo referido al principio de predictibilidad y confianza legítima. Ello a partir del hecho de que “la autoridad administrativa no puede variar de manera irrazonable o inmotivadamente la interpretación de las normas”. De hecho, la Administración cuenta con flexibilidad respecto a la posición establecida en sus resoluciones, puesto que puede decidir no resolver conforme a ellas o no adoptar sus criterios interpretativos, siempre y cuando cuente con una justificación clara de interés público, la cual debe ser expuesta en la motivación de su actuación (Cairampoma 2013, p. 492). Por esta razón, se procederá a evaluar si es que la motivación de la ANPDP para apartarse de la interpretación de la resolución invocada por Oncosalud SAC en el procedimiento administrativo sancionador.

#### **V.4.2. La motivación de la ANPDP en el apartamiento de Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP**

Para la ANPDP, admite que el caso resuelto en la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP es similar al de la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD, puesto que en ambos casos un potencial cliente denunciaba que había recibido llamadas telefónicas promocionales de call centers subcontratados por una empresa que buscaba promocionar sus programas de salud. Sin embargo, a diferencia de la segunda resolución en la que sí se determinó la responsabilidad de la empresa subcontratante, en el primero se consideró que el responsable del tratamiento era quien realizaba directamente el tratamiento de los datos, en este caso las empresas de call centers. Por ello, las resoluciones difieren en si consideran a las empresas subcontratantes como responsables del tratamiento.

Como se observa, mientras una resolución opta por determinar a Oncosalud SAC como responsable del tratamiento, la otra no incurre en

ello. Para justificar dicho cambio de criterio, la ANPDP señaló en el fundamento 92 de la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD que, a diferencia del caso de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, el caso por el que se pronuncia sobre la misma materia, en tanto no atiende a una reclamación de derechos ARCO, sino a un procedimiento administrativo sancionador por presuntos incumplimientos que pueden derivar infracciones a la norma. Asimismo, sostiene en el fundamento 93 que las decisiones tanto en un trilateral como sancionador tienen diversos efectos, pues en el sancionador corresponde la imputación de sanciones en caso de que el administrado sea hallado responsable, lo que no ocurre en un trilateral. Por ello, la ANPDP considera que se tiene que apartar de la otra resolución en virtud de la diferente naturaleza de los procedimientos.

Respecto a la distinción entre el procedimiento administrativo sancionador y el procedimiento administrativo trilateral, debe tomarse en cuenta que ambos procedimientos parten de diversas potestades administrativas. Por el lado del sancionador, precisamente proviene de la potestad sancionadora de la Administración, aquel poder de signo represivo que se aplica ante cualquier perturbación al bienestar general (Suay 1989, citado en Ivanegra 2008, p.114). En cambio, el procedimiento trilateral parte de la potestad de solución de conflictos de la Administración, en tanto el objetivo de dicho procedimiento consiste en que la entidad competente resuelva litigios entre dos o más partes como un tercero imparcial (Zegarra 2005, citado en Vargas 2019, p.101). En este sentido, se verifica que, mientras que la finalidad de la potestad sancionadora reside en la represión de incumplimientos normativos, la del trilateral reside más en decidir sobre conflictos entre los administrados.

Asimismo, sobre el procedimiento administrativo sancionador, se emplea para determinar si es que la conducta del administrado califica como infracción a las normas del sector correspondiente. Y, en caso de que su conducta se considere ilícita o se subsuma en alguna infracción, corresponde que la Administración reaccione ante dicho incumplimiento a partir de una sanción (Morón 2023, p.408). Por ello, mediante dicho procedimiento, la Administración no solo califica la ilicitud de la conducta del administrado, sino que además decide si corresponde la imposición de un castigo como consecuencia del incumplimiento de la normativa. En el ámbito de la protección de datos personales, la potestad sancionadora se materializa con la imposición de multas a tratamientos proscritos por ley, tales como aquellos realizados sin consentimiento o sin información previa; así como con la exigencia de medidas correctivas establecidas por la ANPDP para evitar nuevas infracciones (Luna 2021, p.262). De esta forma, se constata que la resolución a dictar en dicho procedimiento tiende a pronunciarse sobre la imposición de sanción.

En contraste, el procedimiento administrativo trilateral no se enfoca en la subsunción de conductas de los administrados sobre infracciones y en la

posterior aplicación de sanciones, sino más bien en la solución de conflictos entre los diversos derechos e intereses de los administrados partícipes del procedimiento en cuestión (Vargas 2019, p.117). Como se prevé en materia de protección de datos personales, los titulares de los datos reclaman a los titulares de bancos o a los responsables del tratamiento el ejercicio de derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (los conocidos derechos ARCO) y, en caso estos últimos no atiendan o desestimen la reclamación, los administrados afectados recurren a la ANPDP con la pretensión de que los responsables del tratamiento atiendan al reclamo (Luna 2021, p. 258). Por ello, en un procedimiento trilateral, no se decide si es que le corresponde o no una sanción por el derecho afectado, sino que la Administración se limita a ordenar que el titular del banco o responsable del tratamiento que acate la solicitud del titular de los datos, ya sea, por ejemplo, garantizando el acceso a la base de datos o suprimiendo datos para los que se requirió su cancelación.

A partir de lo señalado de las distinciones entre los procedimientos administrativos sancionadores y administrativos trilaterales, concuerdo con lo señalado por la ANPDP sobre la diferencia de las materias en discusión como en los efectos de la decisión de la autoridad competente. No obstante, queda pendiente la cuestión de determinar si es que dichas diferencias constituyen motivación suficiente para un cambio de criterio respecto a la delimitación del responsable. Es decir, si en lugar de considerar a los call centers como responsables del tratamiento según la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, debe ahora asumirse que la responsabilidad recae más bien en la empresa subcontratante de dichos call centers, en este caso Oncosalud SAC.

De hecho, en la normativa de protección de datos personales, se establece que solo en un procedimiento administrativo sancionador se determina si corresponde o no atribuir al responsable el incumplimiento de obligaciones legales o la comisión de infracciones administrativas, tal como se desprende de los artículos 37 y 38 de la LPDP. Sin embargo, ello no implica necesariamente que en otros tipos de procedimientos no sea relevante delimitar quién es el responsable del tratamiento. Precisamente, de acuerdo a los artículos 73 y 74 del Reglamento de la LPDP, señala que, para recurrir al procedimiento trilateral de tutela, primero se tiene que realizar un reclamo al titular del banco de datos o al responsable del tratamiento, para luego dejar en constancia a la autoridad que dicho titular o responsable no atendió a tu solicitud o que se niega a acatarla. Y ello por el hecho de que es precisamente el titular del banco o el responsable quien puede garantizar el ejercicio de los derechos ARCO al contar con la facultad de decidir sobre el contenido del banco. Por ello, también en los procedimientos trilaterales se debe determinar quién es el responsable.

En esta misma línea, es importante reconocer la calidad de responsable del banco de datos en un procedimiento trilateral de tutela principalmente

por la particularidad del ejercicio de los derechos que se tutelan en este procedimiento. Por ejemplo, si el derecho de acceso implica el derecho a la obtención de información sobre las finalidades del tratamiento (artículo 19 de la LPDP), resulta pertinente que quien determine la finalidad de los datos, en este caso el responsable del tratamiento, sea quien brinde la información. También, en cuanto a los otros derechos de rectificación, cancelación y oposición (artículos 20 y 22 de la LPDP), compete también al responsable atenderla, puesto que tiene poder de decisión sobre los datos recopilados, al punto de seleccionar los datos que deben ser modificados o suprimidos del banco de datos en el que se encuentren, así como determinar sobre cuáles el mismo responsable o terceros a su cargo cesarán tratamiento.

Por tanto, una vez constatado que, en un procedimiento administrativo trilateral, aunque no cabe que la Administración se pronuncie sobre la imposición de una sanción, sí puede determinar que la empresa reclamada es responsable del tratamiento. Por ello, la diferencia de naturaleza entre un procedimiento sancionador y un trilateral no es motivación suficiente para considerar que correspondía reconocer responsabilidad por tratamiento de terceros solo en un procedimiento sancionador como el de la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD y no en un trilateral como el de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP.

Finalmente, queda determinar si en el procedimiento sancionador correspondía apartarse o no de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP. Al respecto, considero que sí correspondía apartarse de dicha resolución, pero no por la diferente naturaleza de los procedimientos como alega la ANPDP, sino más bien por una incorrecta interpretación de la LPDP. En primer lugar, discrepo con la resolución en cuanto a calificar a las empresas de call centers como titulares del banco de datos personales. Como se señala en dicha resolución, los call centers son titulares de los bancos por el hecho de que los datos de potenciales clientes de la empresa subcontratante se encuentren en sus bancos de datos (Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, fundamento 8.1.3). Sin embargo, este criterio resulta cuestionable, pues el concepto de titular del banco de datos del artículo 2.17 de la LPDP implica la facultad del sujeto para no solo recopilar datos, sino además determinar la finalidad del tratamiento de los datos. Y en el caso de la resolución, los call centers se limitaban a acatar la finalidad que la empresa subcontratante estableció en el contrato, más no a determinar que el tratamiento se emplee para la prospección comercial. Por ello, los call centers no son titulares de los bancos de datos de prospectos.

En segundo lugar, está el hecho de que no hayan considerado como titular del banco de datos a la empresa subcontratante. Como se indica en la resolución, dicha empresa no podía ser titular del banco de datos, pues en sus bancos no estaban almacenados los datos de los prospectos de

clientes (Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, fundamento 8.1.3). No obstante, no se analizó en dicha resolución si es que los datos recopilados en los bancos de los call centers podrían potencialmente trasladarse a los bancos de la empresa subcontratante. Ello en razón de, tal como se señaló previamente en la parte del trabajo referida al principio de legalidad, el artículo 2.17 de la LPDP debe interpretarse de manera sistemática con el artículo 2.8 para el caso de los call centers, dado que el titular no solo controla los datos que están en sus bases, sino incluso aquellos que estén en las bases de sus encargados o subcontratados, en cuanto les hayan ordenado a los call centers transferirlos una vez culminada la actividad de prospección.

Por último, en la parte decisoria de la resolución se considere la reclamación del administrado infundada. Ello en virtud de que se señala que, en virtud del hecho de que el tratamiento de datos lo realicen las empresas de call centers, estas son responsables del tratamiento, razón por la que el administrado tuvo que reclamar ante ellas y no ante la empresa subcontratante (Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, fundamento 8.1.4). A partir de lo señalado previamente en el presente trabajo, el tratamiento directo de los datos y el acceso a los mismos no es indicio suficiente para determinar responsabilidad, más aún cuando los call centers no determinaban la finalidad de prospección comercial, sino que solo se limitaban a acatar la obligación contractual de realizar llamadas comerciales bajo las órdenes de la empresa subcontratante. Además, en el caso de la resolución, el administrado reclamante, por su derecho de acceso, solicitaba conocer la forma en la que se recopilaron sus datos y las razones por las que se recopilaron, información que pudo proporcionar la empresa subcontratante, toda vez que ella es quien encomendó el encargo a los call centers y quien determinó la finalidad del tratamiento.

En base a todo lo ya desarrollado, se constata, por un lado, que la ANPDP no brindó motivación pertinente para apartarse de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP en el procedimiento administrativo sancionador, pues la diferencia de los procedimientos no constituye razón suficiente para sustentar el apartamiento. Y, por otro, que la motivación idónea no tuvo que incidir en la distinción entre procedimientos administrativos, sino más bien por el lado de la deficiente interpretación de dicha resolución sobre la normativa de protección de datos personales.

#### **V.5. El principio de razonabilidad en la graduación de multas y de la subsanación voluntaria**

Una última discusión jurídica versa sobre el principio de razonabilidad. Por un lado, está la controversia relacionada a la graduación de multas. De acuerdo al escrito de apelación de Oncosalud SAC, cabía cuestionar la imposición de la multa de 28,13 UIT en la Resolución Directoral 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP, pues en virtud de otros casos la multa que correspondía imponer era

considerablemente más reducida, de 5,01 UIT, aquella impuesta en la Resolución Directoral 04-2020-JUS/ DGTAIPD y la 4074-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP. Asimismo, cuestionaba la apelante que los criterios de graduación de la multa estaban mal aplicados en virtud de las siguientes razones: 1) en cuanto a la gravedad del bien jurídico, no existe un daño más allá de la mera identificación del administrado y 2) en cuanto a factores atenuantes, Oncosalud SAC cumplió con desplegar las conductas necesarias para atender la insatisfacción del cliente

Según la ANPDP en la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD no consideró modificar la cuantía de la multa por el hecho de que en procedimientos administrativos sancionadores la multa era de 5,01 UIT y no de más de 20 UIT, pues como se señala en el fundamento 113, para la entidad la sanción responde a la relevancia de velar por el cumplimiento del principio de consentimiento, considerado como principal garantía del derecho de autodeterminación informativa. Además, debe tomarse en cuenta que sí puede haber agravante por configuración del daño por la afectación a la esfera jurídica del denunciante, ello en virtud del fundamento 120. Por último, en la tabla de graduación de multa (fundamento 125), consideró solo atenuante por reconocimiento de responsabilidad, más no por colaboración o acciones de enmienda; así como se mantuvo agravante por la intencionalidad de la conducta.

Por otro lado, está la controversia sobre la configuración de la eximente de subsanación voluntaria tras la inclusión por parte de Oncosalud SAC en la Lista Robinson. De acuerdo a dicha empresa, sí se había producido la subsanación voluntaria, pues el 25 agosto de 2020, es decir de manera previa al 12 de enero de 2021 (fecha en la que se le notificó sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador en su contra), se cumplió con el bloqueo y cese del tratamiento de datos personales con la inclusión del número telefónico del denunciante en la lista en cuestión. Sin embargo, la ANPDP considera que la infracción de tratamiento de datos sin consentimiento es insubsanable, pues la infracción se consumó con la sola llamada, así como por el hecho de que los efectos del uso no consentido de datos sean irreversibles. De esta forma, la autoridad no considera que deba aplicarse eximente por la adhesión de la información del afectado a la Lista Robinson.

Como se observa, subyace discusión en relación a dos puntos cruciales: 1) la graduación de la multa por la ANPDP en primera instancia y 2) la subsanación voluntaria a través de la inclusión en la Lista Robinson. A continuación, se procederá a delimitar el principio de razonabilidad en virtud del TUO de la LPAG para, en virtud a ello, evaluar la pertinencia de la graduación de la conducta por parte de la autoridad, así como determinar si cabía o no alegar eximente de subsanación voluntaria en virtud del bloqueo del número del denunciante.

### V.5.1. Sobre el principio de razonabilidad

En cuanto al principio de razonabilidad, se encuentra previsto en el artículo IV, numeral 1.4 del Título Preliminar del TUO de la LPAG. A partir de dicha disposición, el principio en cuestión se encuentra regulado de la siguiente manera:

#### ***“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo***

**1.** *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho:*

**1.4.** ***Principio de razonabilidad:*** *Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”*

Como se constata, el principio de razonabilidad consta de tres elementos según dicho artículo. En primer lugar, la aplicación del principio recae en un acto de gravamen de dar, hacer o no hacer, tal como podría tratarse de la imposición de sanción en virtud de las infracciones en las que incurra el administrado. En segundo, las decisiones que pretenda adoptar, en vista de que deben ejercerse dentro de las competencias legales de las entidades. Y, por último, se establece que las decisiones a adoptar por la Administración deben guardar proporción entre los medios y las finalidades públicas a tutelar (Luchetti 2009, p.485). De esta forma, en el ámbito sancionador no debería únicamente limitarse el análisis a determinar si el administrado incurre o no en infracción, sino además evaluar si es necesario sancionar, pues puede ser que la ilegalidad se revierta por otros medios, tales como amonestación o medidas correctivas.

Además, debe tomarse en cuenta que dicho principio vela no solo por dotar a la actuación de la Administración de legitimidad, sino además garantiza la protección de la persona humana frente a decisiones de gravamen. La importancia de dicho principio reside en evitar la posibilidad de emisión de resoluciones arbitrarias o injustas que vulneren derechos fundamentales del administrado (Napurí 2013, p.48). Este riesgo tiende a contemplarse en procedimientos administrativos sancionadores, pues el margen para determinar imposición de sanciones no se puede ejercer de manera contraria a la ley o cuando se opte por sancionar la infracción ante la existencia de causales eximentes de responsabilidad.

De manera sistemática, el principio de razonabilidad del artículo IV del Título Preliminar debe vincularse con el artículo 248.3 del TUO de la LPAG. En dicha disposición, se señala lo siguiente:

### ***“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 (...)*”

Como se desprende del artículo, el principio de razonabilidad implica, por un lado, que la sanción a determinar no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas. De ello parte, por un lado, la infrapunción, aquella que deriva de la aplicación de una punición diminuta o pequeña que implica afectar de manera ridícula al infractor, de modo que la sanción no llegue a ser disuasiva, sino más bien una oportunidad para el infractor de obtener un beneficio ilegítimo de persistir con la comisión de la infracción (Morón 2023, p.422). Por ello, es relevante que las sanciones que decida imponer la Administración disuadan al administrado de incurrir en nuevas infracciones o de continuar con la perpetración de la misma infracción.

Sin embargo, en virtud de ese mismo principio, también se debe evitar el supuesto de exceso de punición. En términos de Marienhoff, existe exceso de punición cuando los administrados “suelen ser sancionados en forma tal que la sanción, sea ello por su gravedad substancial o por su monto económico, resulte excesiva o desproporcionada por no existir correspondencia entre esa gravedad y el monto y los hechos que concretan la conducta” (1989, p.963). De esta forma, cabe como exigencia del principio de razonabilidad que la sanción a imponer o el monto de la misma se ajusten a la gravedad de la ilicitud incurrida o en virtud de las circunstancias del caso.

Asimismo, se constata que el principio de razonabilidad se relaciona con la graduación de sanciones. Como establece el Tribunal Constitucional, “la Administración no se debe limitar a un razonamiento mecánico de aplicación de normas (subsunción de hechos en el tipo legal de infracción), sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiera cometido” (Sentencia 4393-2004-AA/TC, fundamento 6). Ello es importante señalar, pues las entidades no solo deben limitarse a señalar si es que la conducta del administrado cabe subsumirla en infracción, sino que además se requiere que se apliquen de manera rigurosa los criterios establecidos en la normativa para evaluar las circunstancias de la infracción, aquellos establecidos en el listado del artículo 248 del TUO de la LPAG. A partir de dichos criterios, se limita la discrecionalidad de la Administración para establecer la multa que corresponda por la comisión de la infracción.

Asimismo, existen algunos supuestos en los que se debe tener en cuenta el principio de razonabilidad en la graduación de multas. Por un lado, debe evaluarse si existen causas agravantes (reincidencia, reducida posibilidad de detección, existencia de beneficio ilegalmente obtenido) que justifican un mayor gravamen para el administrado o si, más bien, existen circunstancias atenuantes (colaboración con la autoridad o enmienda) a partir de las que la infracción se pueda aproximar a su mínima cuantía (Gómez et al. 2010, p. 139). Y, por otro, en vista de que, pese al hecho de que existan rangos de multa a partir de los que la Administración pueda considerar para sancionar al administrado, es importante que la discrecionalidad para determinar la cuantía en virtud a la intensidad de lesión del administrado (Morón 2023, p.426). Por ello, la sanción a imponer no debe ser desmesuradamente restrictiva sobre el patrimonio o los derechos de los administrados.

Ahora bien, debe considerarse relevante en todo ejercicio de graduación de multa no solo se realice en virtud de las causales establecidas por ley, sino además sustentar las razones por las que se atribuye cada causal. En este sentido, se erige como factor importante para el respeto del principio de razonabilidad la existencia de motivación suficiente para justificar la imposición de una determinada sanción, así como la elección de los factores agravantes y atenuantes. De esta forma, la Administración no solo debe señalar que sus decisiones se someten a principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino que además se requiere que dichas decisiones lo “parezcan”, en tanto cumplan con explicar claramente las razones por las que se decidió graduar la sanción (Ocampo 2011, p.299). En este sentido, resulta crucial que las entidades motiven cada decisión de gravamen contra un administrado en particular.

Finalmente, está el vínculo entre el principio de razonabilidad y de subsanación voluntaria. De hecho, puesto que dicho principio no solo se limita a evaluar si una conducta es sancionable, sino además si es necesario sancionar para restablecer la ilicitud generada por el administrado. Tal como señala Ossa Arbeláez, las eximentes de responsabilidad son causas que, al presentarse, el sujeto debe quedar indemne de los efectos de su propia acción (2009, p.65). Ello ocurre en el caso de la subsanación voluntaria, puesto que se le excluye de responsabilidad al administrado por el hecho de no solo haber reconocido su accionar contrario a derecho, sino además por haber corregido dicho accionar indebido (Morón 2023, p.534). De esta forma, no sería razonable sancionar a un administrado si es que previamente ha cumplido con revertir el estado de cosas ilegal que él mismo había generado.

#### **V.5.2. La observancia del principio en la graduación de la multa impuesta a Oncosalud SAC**

Uno de los problemas que surgen en el caso es el de la aplicación del principio de razonabilidad en la graduación de la multa. Para ello, se

evaluará si se han aplicado correctamente los factores agravantes y atenuantes de la multa. Por un lado, en cuanto a los factores agravantes, se aplicó como criterio el daño generado a una persona. Sobre el particular, mientras que Oncosalud SAC considera que no hubo daño más allá de la mera identificación del administrado, mientras que la ANPDP considera que el accionar de los call centers subcontratados y la falta de supervisión por parte de la empresa sancionada sí afectó en la esfera jurídica del denunciante. Cabe señalar que dicha agravante alude al criterio de graduación denominado “circunstancias de la comisión de la infracción” establecida en el artículo 248.3 del TUO de la LPAG.

Sobre dicho criterio, me alinee a la postura de la ANPDP, pues sí se corrobora una afectación a la esfera jurídica del denunciante. Sin perjuicio de ello, correspondía especificar en la resolución qué aspecto de la esfera jurídica del denunciante se afecta a la luz de los hechos del caso. Al respecto, considero que la justificación sobre el daño para el denunciante residía en el respeto al derecho de privacidad del denunciante, aquel que implica la reserva del espacio para la persona y el derecho a estar sola (Sentencia 6712-2005-PHC, fundamento 39). A partir de dicho derecho, las empresas de call center deben respetar cuando la persona contactada en una primera llamada rechaza o deniega el consentimiento para recibir promociones. De lo contrario, se incurre en acoso telefónico, en tanto no se respete la voluntad del afectado de ya no seguir siendo contactado (Senno 2021, p.397). Ello efectivamente ocurre en el caso, pues pese a que el denunciante haya manifestado en la primera llamada que no está interesado en recibir más promociones por encargo de Oncosalud SAC, se realizó un segundo contacto bajo el mismo propósito comercial.

Por otro lado, otra agravante aplicada al caso era la vinculada con el principio de intencionalidad en la comisión de la infracción. Dicha agravante también se halla contemplada dentro de los criterios del artículo 248.3 del TUO de la LPAG. La razón por la que existe el factor de intencionalidad es por el hecho de que, dado que solo se requiere que se configure una conducta culposa para responsabilizar al agente infractor, se considera que por presencia de dolo en el accionar del administrado puede habilitar a la Administración para aplicar dicha agravante (Vergaray y Gómez 2009, p.419). Y en virtud de que el dolo en la conducta del administrado se configura como agravante, se constata que la conducta intencional cuenta con un reproche mayor que la meramente negligente.

Cabe señalar que esta agravante se entiende de conformidad con el principio de culpabilidad del artículo 248.10 del TUO de la LPAG. En virtud de dicho principio, se exige que la responsabilidad deba recaer en el individuo que a partir de su accionar haya inobservado un deber de cuidado debido a su negligencia (culpa) o que el sujeto en cuestión actúe voluntariamente o con intención manifiesta para incurrir en infracción (Baca 2019, p.326). Para efectos de la configuración de la agravante de intencionalidad, importará que el accionar de la persona incurra en actuar

doloso y no culposo. En el caso de las personas jurídicas, se evalúa la culpabilidad en virtud de los defectos de organización de las empresas, toda vez que la organización de la empresa debe incentivar a la adopción de medidas de precaución necesarias para evitar la comisión de infracciones (Gómez 2017, p.68). Por ello, debe evaluarse si es que la empresa incurrió en negligencia al no adoptar dichas medidas preventivas o si más bien existía una planificación de la empresa para incurrir en la infracción imputada.

En el caso en cuestión, la resolución de segunda instancia no señaló motivación para la imputación de agravante de intencionalidad en contra de Oncosalud SAC, pero en la resolución de primera instancia se señaló en el fundamento 146 que hubo intencionalidad en la comisión de la infracción, pues “la administrada cuenta con los recursos suficientes para conocer la normativa en protección de datos personales”. Al respecto, el dolo tiene que evidenciarse a partir de indicios suficientes que determinen que el infractor haya dirigido de manera consciente su accionar a cometer la infracción (Cano 2009, p.88). Así, el solo hecho de que Oncosalud SAC cuente con recursos para conocer la norma no es indicio suficiente para determinar que su accionar estaba dirigido a afectar al denunciante, pues no acredita que la empresa infractora haya sido plenamente consciente de que pudiera ser responsabilizada por falta de supervisión de los call centers subcontratados. Distinto sería el caso en el supuesto de que haya sido sancionada previamente por circunstancias similares y que, aun tomando en consideración ello, vuelva a incurrir en dicha infracción. Por ello, no cabe aplicar el agravante de intencionalidad en contra de Oncosalud SAC.

De manera adicional, debe señalarse que la motivación a partir de la que la ANPDP determina la imposición de la intencionalidad como causal agravante es incongruente con lo expresado en esa misma resolución. Si bien se concluye por medio de sus fundamentos 105 y 111 que Oncosalud SAC no había ejercido de forma diligente control sobre actividades de tratamiento de los call centers. Además, en el fundamento 146 se indica que la empresa sancionada había incurrido intencional y dolosamente en la infracción que se le imputa, lo cierto es que en el fundamento 119 de esa misma resolución se señala que “la conducta “negligente” de la administrada se tradujo en el uso ilícito de los datos del denunciante por parte de los call centers” en relación a la falta de supervisión de las llamadas promocionales realizadas por los call centers. Efectivamente, se desprende que para la ANPDP Oncosalud SAC había actuado con negligencia, noción vinculada más a un accionar culposo que uno dolo.

Aparte de lo señalado, como único factor atenuante para el caso se determinó en la resolución de segunda instancia está el “reconocimiento expreso y por escrito de las infracciones”. Como exige el artículo 257 del TUO de la LPAG, el reconocimiento debe no solo brindarse en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, sino que además está la

formalidad de constar por escrito. Sin embargo, en el caso en cuestión no se aprecia en ningún escrito que Oncosalud SAC haya manifestado explícitamente que reconoce su responsabilidad sobre el tratamiento de datos realizados por call centers sin requerir el consentimiento. Desde el escrito en respuesta al Informe de Fiscalización 181-2020-JUS/DGTAIPD-DFI-AARM hasta el escrito de apelación a la Resolución Directoral 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP se ratifica en la postura de que los únicos responsables de la infracción de tratamiento de datos sin consentimiento fueron los call centers al ser los que realizaban directamente las actividades de prospección comercial.

A pesar de lo ya señalado, considero que sí corresponde atribuir atenuante de responsabilidad por “colaboración con la autoridad y enmienda parcial”, de conformidad con el artículo 126 del Reglamento de la LPDP. Por un lado, Oncosalud SAC colaboró con la entidad, toda vez que atendió el requerimiento de información formulado por la ANPDP mediante escrito del 04 de septiembre de 2020, en el que informaban sobre el contenido del contrato celebrado con los call centers y del discurso de venta. Asimismo, está el hecho de que la inclusión del número del denunciante en la lista Robinson califica como acción de enmienda, pues efectivamente el bloqueo del número impide que dicho denunciante vuelva a ser contactado tras haber manifestado el rechazo a recibir nuevas comunicaciones por parte de Oncosalud SAC.

Finalmente, está el cuestionamiento de Oncosalud SAC sobre la cuantía de la multa en la resolución del caso (24.18 UIT), debiéndose según la empresa en este caso aplicarse multa de solo 5.01 UIT, tal como en los casos de la Resolución Directoral 04-2020-JUS/ DGTAIPD y la 4074-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP, se aplicó una multa de. En dichas resoluciones, se sancionó igualmente por la misma infracción, en este caso la del tratamiento sin consentimiento. Sin embargo, más que por la cuantía de la multa, corresponde evaluar la gravedad del incumplimiento del deber de consentimiento a partir de las circunstancias de los casos. Por ejemplo, en ambos casos se advierten errores en el consentimiento, en el primero no hay consentimiento informado porque en el formulario no se informaba sobre la identidad del titular del banco y de su respectivo domicilio, así como en el segundo se cuestionó que el consentimiento no fuera libre, pues se requería consentimiento en bloque, es decir un único consentimiento para todas las finalidades en lugar de una casilla por cada finalidad. Pese a que el consentimiento se brinde de manera deficiente, en ambos casos se logra solicitar el consentimiento mediante formularios.

No obstante, el caso concerniente a Oncosalud SAC es más grave que los anteriores, pues ni siquiera se cumplió con pedir el consentimiento al denunciante, dado que no se le requirió autorización para que pueda ser contactado vía telefónica para recibir mensajes promocionales. Además, los call centers persistieron con el contacto a dicho usuario cuando él había manifestado el rechazo de manera expresa. Por ello, a diferencia

de los anteriores, no solo hubo falta de consentimiento, sino además insistencia de los call centers por contactarse con el denunciante, con lo que no se respetó la denegatoria del consentimiento manifestada por el usuario afectado en la primera llamada de promoción recibida por Oncosalud SAC. Dicha situación afecta considerablemente el derecho a la autodeterminación informativa, pues ya no se trata únicamente de la ausencia de requisitos para consentimiento como los dos casos anteriores, sino que además se ignora que solo el titular de los datos y no terceros controla el uso de su información personal. Por ello, aplicar solo 5.01 UIT iba a implicar una infrapunción de la empresa sancionada, lo que efectivamente mermaría la finalidad disuasoria de la sanción.

### **V.5.3. Sobre la decisión de no considerar subsanación voluntaria en favor de Oncosalud SAC**

Un último aspecto a analizar en el caso es en relación a la discusión de si corresponde considerar la aplicación de la eximente de subsanación voluntaria en relación al bloqueo y cese de tratamiento de datos del denunciante tras su inclusión por Oncosalud SAC en la lista Robinson. Al respecto, la eximente de subsanación voluntaria se establece en el artículo 257 y se prevé en dicha figura que la conducta deje de ser punible, ello en vista de que ya no corresponderá sancionar al administrado si es que ya se restablece el estado de cosas a partir de la corrección del administrado de su accionar ilícito (Neyra 2020, p.82). A partir de dicha eximente, se busca que el administrado rectifique y adecúe su comportamiento al ordenamiento jurídico.

Asimismo, la figura de subsanación abarca el supuesto de que, con anterioridad a la imputación de cargos, el administrado pueda corregir la actuación indebida, sea por comisión u omisión, a partir de una conducta que elimine sus efectos o que implique el cese de la infracción, garantizando que hacia futuro no se volverá a quebrantar la legalidad (Huapaya, Sánchez y Alejos 2018, p.603). Asimismo, dado que dicha subsanación es voluntaria, se requiere que se proceda con la corrección de la conducta sin que exista de por medio orden de la entidad competente para que el administrado realice la subsanación correspondiente.

Ahora bien, de lo previamente señalado, se constata que existen dos formas en las que se produce la corrección de la infracción: 1) eliminación de los efectos y 2) el cese de la infracción. Todo ello dependerá de si se trata de una infracción instantánea con efectos permanentes o una permanente. El caso de la eliminación de efectos concierne más a las infracciones instantáneas con efectos permanentes, pues si bien la consumación se produce en un único acto, los efectos del mismo son duraderos. Ello se relaciona con el vertido de tóxicos en ríos, pues si bien el vertimiento constituye un solo acto, los tóxicos continuarán contaminándolos si no se remueven (Mendoza y Silva 2023, p.12). Y, en cuanto al cese de la conducta como corrección, se vincula más a las

infracciones permanentes, puesto que en ellas el administrado se mantiene en una situación infractora, tal como sucede cuando se opera sin licencia (Baca 2011, p.268). En ese ejemplo, solo se subsanará la infracción con el cese del accionar infractor, aquel que se produce cuando el administrado obtiene la licencia respectiva.

Respecto al caso de Oncosalud SAC, habría que determinar si se está ante una infracción instantánea con efectos permanentes o ante una infracción permanente. Como se evidencia en el caso, se produjo la infracción a partir de la segunda llamada de los call centers al denunciante, pues con ella ya se configura la infracción de tratamiento de datos sin consentimiento, toda vez que los call centers realizaron según el artículo 2.19 de la LPDP comunicación por difusión con la actividad de realizar llamadas telefónicas promocionales a potenciales clientes. Sin embargo, sería un error asumir como señala la ANPDP en la Resolución Directoral 009-2023-JUS/DGTAIPD en el fundamento 102 que la infracción se consumó en ese único tratamiento. Tal como se señala en el artículo 132.2.b del Reglamento de la LPDP, la conducta consiste en realizar “tratamiento” sin consentimiento, categoría en la que también pueden entrar otros procesos como el almacenamiento de los datos de los prospectos de clientes. Por ello, se trata de una infracción permanente, ya que la conducta permanece incluso después de la segunda llamada, pues los call centers continuarán conservando los datos de los prospectos de clientes.

Por otro lado, en relación a la eximente, la Corte Suprema estableció algunos criterios para aplicar dicha eximente de subsanación voluntaria en observancia del artículo 257 del TUO de la LPAG. Se estipuló en la Casación 8716-2022-Lima que, de acuerdo a lo señalado por la doctora Mori Torres en el artículo del 2020 denominado “¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria”, la eximente en cuestión consiste en: 1) garantizar que los administrados opten sin presión de la Administración a corregir su conducta, 2) que dicha corrección ocurra antes de la imputación de cargos y 3) para subsanar una conducta, se requiere que el administrado realice la actuación o deje de incurrir en infracción (Corte Suprema de Justicia de la República 2023, p. 338). En virtud de dichos criterios, cabrá entender si se presenta o no un supuesto de subsanación voluntaria.

En cuanto al primer criterio, importa que la acción correctora se realice de manera espontánea, en tanto no deba provenir del mandato de autoridad alguna. Ello implica que no exista un requerimiento o medida correctiva en el que se le solicite al administrado subsanar el acto u omisión que puede ser calificado como infracción (Morón 2023, p.535). Como se observa en el caso, hubo un requerimiento de la Administración a partir del Informe de Fiscalización 181-2020-JUS/DGTAIPD-DFI-AARM. No obstante, dicho requerimiento no requería al administrado que subsane la infracción, sino únicamente que proceda a proporcionar información del

contrato celebrado con los call centers y sobre los discursos de venta. Por ello, dicho requerimiento no cuenta como requerimiento de la autoridad. Asimismo, en dicho informe, no se requirió alguna medida correctiva que implique el cese del tratamiento de datos sin consentimiento. Por ello, se constata que el bloqueo del número del denunciante sí cumple con ser un acto espontáneo o voluntario.

Sobre el segundo criterio, mejor denominado como temporal, se constata que la subsanación opera en un momento previo a la notificación de la imputación de cargos por la propia Administración. De los hechos del caso, se desprende que el 05 de enero de 2021 la DFI remitió a Oncosalud SAC el Oficio 03-2021-JUS/DGTAIPD-DFI, a partir del que se le notificó la Resolución Directoral 204-2020-JUS/DGTAIPD-DFI, a partir de la que se le imputaron cargos a dicha empresa por infracción prevista en el artículo 132.2.b del Reglamento de la LPDP. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, para dicha fecha, Oncosalud SAC había cumplido con el bloqueo del número del denunciante a través de su inclusión en la lista Robinson, aquella que se dio el 25 de agosto de 2020, meses antes de que se le imputaran cargos en su contra. De esta forma, se observa que el administrado procedió con la inclusión de los datos del denunciante en dicha lista con anterioridad a la notificación de la resolución de imputación de cargos.

Y, en tercer lugar, está el criterio vinculado con que el administrado cumpla con realizar la acción debida o deje de incurrir en infracción. Sobre el particular, es importante tomar en cuenta que, para recurrir a la subsanación como causal eximente, se requiere no solo que el infractor pida perdón o se limite a comprometerse a subsanar la infracción, sino que debe acreditar efectivamente la corrección de la conducta (Mori 2020, p.388). Dado que la infracción imputada en el caso es la del tratamiento de datos personales sin consentimiento, Oncosalud SAC administrado infractor no solo debe alegar que efectivamente ha cesado el tratamiento de datos del denunciante o que los call centers subcontratados hayan dejado de hacerlo, sino que debe presentar los medios probatorios que acrediten tal situación.

En virtud de los hechos del caso, se constata que, mediante comunicación vía mail entre personal de Oncosalud SAC del 24 de agosto de 2020 en el que se señaló lo siguiente:

*“Buenos días,*

*(...)*

***En paralelo, por favor gestionemos la inclusión urgente del denunciante en la lista Robinson y comuniquemos a los call centers que cesen toda la comunicación con el señor \*# de manera inmediata(lo resaltado es nuestro)”***

De lo señalado, se constata que hubo gestión para incluir al número del denunciante en la lista Robinson desde el 24 de agosto de 2020, fecha en la que se le notificó a Oncosalud SAC con la denuncia por medio de Oficio 739-2020-JUS/DGTAIPD-DFI y que, además, procedería con la comunicación a los call centers sobre el cese del tratamiento. Ello se complementa con el correo de octubre del 2020 en el que Bayental BPO SAC, uno de los call centers confirmó no solo que se había incluido al número en la lista Robinson el 25 de agosto, sino también que se había realizado el bloqueo:

*“Estimado (a)*

*Luis Miguel*

*Muy buenas tardes, por medio del presente **confirmamos el bloqueo al número en consulta el día 25 de agosto de 2020 en base al correo con asunto: RV: URGENTE ATENCIÓN: Denuncia Minjus (lo resaltado es nuestro)**”*

Cabe señalar que, aparte de dicho call center, también confirmó sobre el bloqueo del número telefónico Biznes SAC a partir de correo del mismo mes que el del call center previamente señalado afirmando que “el bloqueo ya se había realizado”. Asimismo, Antel SAC también manifestó vía mail lo siguiente:

*“Buenas tardes, se procedió con el **bloqueo** respectivo.*

*Adjunto pantallazo de bloqueo de ambos números.*

*Saludos.”*

Como se constata de los correos y comunicaciones referidas, existe evidencia de que se haya procedido con el bloqueo de la información. Sin embargo, considero que Oncosalud SAC no ha logrado probar la corrección de la conducta infractora, puesto que no basta con acreditar bloqueo para determinar que hubo el cese definitivo del tratamiento de datos del denunciante. De hecho, la figura del bloqueo en la identificación y **conservación** de la información personal sobre la cual el encargado o el titular del banco debería abstenerse a realizar tratamiento (Frutos 2013, p.26). Efectivamente, pese a que dicha figura consista en una forma de restringir el tratamiento de datos personales, lo cierto es que el solo almacenamiento de los datos personales ya configura una forma de tratamiento, razón por la que no cabría hablar de un cese definitivo por el mero bloqueo de datos.

Además, del bloqueo de los datos personales tampoco se garantiza plenamente que ya no persista el riesgo de que los call centers subcontratados realicen tratamiento a futuro. La conservación de los datos que opera en el bloqueo puede darse en archivo físico o digital, pero bajo la restricción de acceso solo a personas autorizadas (Ayala y Portero 2024, p.14). Ello guarda relación con el artículo 2.2 del Reglamento de la

LPDP, se concibe al bloqueo en virtud de un impedimento de acceso a terceros. Sin embargo, puede mantenerse el riesgo de que, aún habiéndose bloqueado el número del denunciante, personal no autorizado de los mismos call centers acceda a los archivos en los que se almacene dicho número, así como otros de aquellas personas que también rechazaron recibir comunicaciones promocionales y proceda a contactarlos para fines comerciales. Por ello, aún persiste el riesgo de que a futuro se incurra con la infracción si es que los call centers solo se limitaron a bloquear los datos de prospectos de clientes.

Finalmente, cabe concluir que, pese a que no opere la subsanación voluntaria en favor de Oncosalud SAC, tampoco considero que la infracción en la que incurrió sea insubsanable, tal como lo señala la ANPDP en el fundamento 102 de la resolución comentada en el presente trabajo. Es más, ante el tratamiento de datos sin consentimiento cabía recurrir no al bloqueo, sino a la cancelación de dichos datos. A diferencia del bloqueo, la cancelación, según el artículo 2.3 del Reglamento de la LPDP, no consiste en el marcado o la anotación de los datos que ya no deberían ser tratados, sino más bien en suprimir o eliminar dichos datos de los bancos de datos en los que estén almacenados. De esta forma, se producirá la destrucción o desaparición de los datos en virtud de los que deje de ser necesario continuar con el tratamiento.

En cuanto a la subsanación voluntaria, la cancelación de los datos, al tratarse de la eliminación de los mismos, garantiza el cese de la conducta infractora. Conforme se señaló previamente, la conducta infractora en este caso consiste en realizar tratamiento de datos. Sin embargo, ante la supresión de dicha información personal, ya no resultará posible efectuar alguna forma de utilización sobre ella por el hecho de que dicha información haya desaparecido. Además, a partir de la eliminación de los datos, también cabría evitar el riesgo de persistencia, ya que, si no se cuenta con los datos, el titular o el encargado se verá impedido de utilizarlos al no hallarse más en su poder. Por ello, en caso de que Oncosalud SAC haya probado que el número del denunciante haya sido eliminado de los bancos de datos de los call centers, se podría haber configurado subsanación, puesto que solo en virtud de la supresión de dicho dato se garantizaba que los call centers ya no lo vuelvan a contactar en futuras oportunidades.

Por último, tampoco concuerdo con la ANPDP en que las consecuencias o efectos producidos por la infracción incurrida por Oncosalud SAC sean irreversibles, tal como señala la resolución materia de análisis en el 103. En realidad, mediante el acto de supresión de los datos personales, en este caso del número del denunciante, garantiza la reversión o restitución del estado de cosas anterior a la comisión de la infracción. Si bien efectivamente no se puede regresar en el tiempo para que los call centers no efectúen el segundo contacto al denunciante, lo cierto es que el efecto de la infracción (en este caso, la persistencia del tratamiento no

autorizado) se revertiría, puesto que, con la eliminación del número del denunciante, los call centers dejarían de contar con dicho dato. Cabe indicar que, en virtud de dicha supresión, se restaura el control de dicho dato por parte del denunciante, toda vez que dejaría de estar en poder de las empresas que conservaron el dato en cuestión.

## **VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

A partir del análisis realizado a la aplicación de los principios del del Derecho Administrativo y del procedimiento administrativo sancionador conforme al TUO de la LPAG, se puede concluir con lo siguiente:

1. En cuanto al principio de legalidad, la ANPDP no vulneró dicho principio al calificar como responsable a Oncosalud SAC en observancia del artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP. Como señala la autoridad, el factor determinante para calificar a un sujeto como responsable es el control ejercido sobre el tratamiento. Y efectivamente, a la luz de los hechos del caso, se constata que Oncosalud SAC ha concretizado dicho control sobre las actividades de promoción de programas de salud por parte de los call centers subcontratados, en tanto haya 1) determinado por vía contractual que la finalidad del tratamiento sería la de prospección comercial, 2) haya establecido en los discursos de venta distribuidos a los call centers qué datos deben recopilar y qué preguntas formular a los potenciales clientes contactados para obtener dicha información y 3) haya adoptado decisiones sobre el tratamiento, tal como el bloqueo del número del denunciante con su inclusión en la lista Robinson.

Además, se constata que tampoco omitió la observancia de dicho principio al interpretar el artículo 2.8 de la LPDP, aquel referido a la figura del encargo del tratamiento. Al respecto, acierta con considerar que el encargo no consiste en una “entrega” per sé de datos personales, sino más bien en la delegación de terceros de facultades de tratamiento de datos personales. De hecho, tiende a ser una tendencia que, para actividades de prospección, se contraten a terceros para conseguir información con la que ellos no cuentan en ese momento. Por ello, Oncosalud SAC encargó vía contractual a GSP Servicios Comerciales SAC a que obtenga datos personales de los clientes para contactarlos. Dicha labor también fue delegada de GSP a Biznes SAC en el contrato de tercerización que se celebra entre ellos.

2. En cuanto al principio de causalidad, se cuestiona que Oncosalud SAC fuera el responsable de la infracción, puesto que quienes realizaron directamente el tratamiento no fue dicha empresa, sino los call centers subcontratados. No obstante, no observo que la ANPDP haya vulnerado dicho principio, pues si bien dicha empresa no incurrió de

manera directa en la infracción por el hecho de que ella no se haya contactado con el denunciante, sí contaba con un deber de supervisión sobre el tratamiento que realicen terceros, pues en virtud de los artículos 12 y 28 de la LPDP, Oncosalud SAC en calidad de responsable tiene que garantizar que se respete el principio de consentimiento, sea en el tratamiento que realice directamente o que ejecuten los call centers subcontratados. Asimismo, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo al artículo 37 del Reglamento de la LPDP, el tratamiento de los datos de terceros subcontratados se realiza por cuenta del responsable del tratamiento, en este caso Oncosalud SAC

Asimismo, se corrobora en virtud de los hechos del caso cabría imputar responsabilidad a Oncosalud SAC por el segundo contacto al denunciante efectuado por los call centers subcontratados. De hecho, se corrobora que la empresa en cuestión incurrió en omisión al no cumplió con adoptar las medidas correspondientes para evitar que dichos call centers realicen tratamiento de datos sin consentimiento. Por ejemplo, si Oncosalud SAC hubiera cumplido con establecer protocolos de reportes de incidencias entre los mismos call centers, se hubiera evitado el segundo contacto, toda vez que, de haberse implementado dicha medida, Biznes SAC hubiera tomado conocimiento que la persona a la que contactaba ya había denegado previamente el consentimiento a otro call center subcontratado para la promoción de programas de Oncosalud SAC.

3. En lo referido a la discrecionalidad empleada por la ANPDP para aplicar el concepto de “interés comercial” para calificar a Oncosalud SAC como responsable del tratamiento, se constata que dicha discrecionalidad contraviene el principio de legalidad, puesto que la LPDP solo reconoce que la autoridad cuente con discrecionalidad para factores vinculados a la graduación o cuantía de la multa, más no que cuente con la competencia para determinar discrecionalmente quién es el responsable o no de la infracción. Por ello, tuvo que haberse limitado la ANPDP a calificar a Oncosalud SAC como responsable en virtud de los conceptos establecidos en el artículo 2.14, dentro de los que no está efectivamente el interés comercial. Además, la aplicación discrecional de dicho concepto afecta la motivación fundada en Derecho, pues dicho criterio no cuenta con una base jurídica que lo respalde al no hallarse previsto dentro de la normativa vigente.

Sin perjuicio de ello, no se requiere alegar nulidad de la resolución en cuestión por fundamentarse en un criterio no jurídico. En virtud del artículo 14 del TUO de la LPAG, se puede acudir a la figura de conservación del acto, ya que dicho defecto, de omitirse, no altera el sentido del acto. Es más, aunque la presente resolución no hubiera mencionado o desarrollado dicho concepto para calificar a Oncosalud SAC como responsable, dicha empresa continuaría como responsable

del tratamiento. Ello en vista de la ANPDP pudo demostrar que se cumple la condición establecida en el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP: que ejerza control sobre el tratamiento, lo que efectivamente ocurre a la luz de que Oncosalud SAC no solo determinaba la finalidad del tratamiento, sino además con las instrucciones que brindaba a los call centers.

4. Respecto al problema concerniente con el principio de predictibilidad, se observa que, por medio de la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, la ANPDP había considerado que en actividades de prospección las empresas subcontratantes no son responsables del tratamiento. Ante ello, la ANPDP optó por apartarse en la presente resolución de dicho criterio al reconocer la responsabilidad de las empresas de call centers. Como justificación del apartamiento, señaló que en procedimientos trilaterales como por el que se expidió la resolución previamente señalada no se identifica al responsable del tratamiento, sino que se limitan a atender reclamaciones sobre derechos ARCO. Ello no ocurre en un procedimiento sancionador como el del caso de Oncosalud SAC, pues ahí sí corresponde determinar quién es el responsable para imputar la sanción respectiva.

Sin embargo, dicha motivación no es suficiente para un apartamiento. Si bien en un trilateral, por naturaleza, no va a requerir que se determine quién es el responsable para proceder con la imposición de una sanción, pero sí para identificar quién es el sujeto encargado de no solo atender la reclamación, sino además para ordenarle que garantice el derecho ARCO requerido por el titular de los datos personales. Por ello, la diferencia entre el procedimiento sancionador y trilateral no justifica debidamente el apartamiento de la resolución del caso frente a la otra resolución.

Pese a lo ya señalado, considero como recomendable motivar el apartamiento no en virtud de distinciones entre procedimientos administrativos, sino más bien por el hecho de que la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP cuenta con errores en la aplicación e interpretación de la normativa vigente, en tanto se señale en dicha resolución que los call centers son únicos titulares de los bancos en los que se almacena la información de los prospectos de clientes contactados y responsables del tratamiento, cuando en realidad tanto los artículos 2.17 como 2.14 establecen que tanto el titular como el responsable deben ejercer control sobre el tratamiento, lo que efectivamente no ocurre en el caso de los call centers al limitarse a seguir órdenes de las empresas que los subcontratan.

5. Por último, sobre la aplicación del principio de razonabilidad en los factores de graduación de la multa, si bien se evidencia que hay

causales correctamente aplicadas como la existencia de un daño hacia una persona en concreto, lo cierto es que se puede cuestionar que se apliquen agravantes sin indicios suficientes para acreditar su configuración. Ello ocurre con la de intencionalidad, toda vez que el hecho de que Oncosalud SAC cuente con los recursos necesarios para conocer la infracción, como considera la ANPDP, no es un indicio suficiente para concluir que la empresa haya dirigido su accionar para la comisión de la infracción. Por ello, en lugar de que acreditar la infracción a partir de los recursos económicos y técnicos de los administrados, se recomienda emplear otros indicios que apunten a probar el dolo, por ejemplo, la reincidencia en la infracción.

Y en lo referido a la subsanación voluntaria, subyace la discusión de si el bloqueo del número telefónico del denunciante mediante su inclusión en la lista Robinson configura o no eximente de subsanación voluntaria. De lo señalado en el presente trabajo, a pesar de que la inclusión en la lista Robinson se haya realizado de manera voluntaria y con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, alegar bloqueo no basta para probar subsanación, ya que con dicha conducta no se produce un cese del tratamiento, sino que aquel persiste o continúa con la conservación de dicha información para impedir que terceros no autorizados la utilicen. Además, tampoco evita que el riesgo de que continúen las llamadas sin consentimiento, dado que, si no se emplean controles de acceso, personas no autorizadas pueden emplear dicha infracción para continuar con el tratamiento de dicha información.

Sin perjuicio de ello, no comparto la postura de la ANPDP de considerar a la infracción incurrida como insubsanable. Ello por el hecho de que se pudieron no solo bloquear los datos del denunciante, sino incluso suprimirlos. Es más, la eliminación de dichos datos sí configuraba como corrección de la infracción, puesto que los datos ya no podrán continuar siendo tratados si es que estos son destruidos o borrados de los bancos en los que se hallan almacenados. Por tanto, Oncosalud SAC no solo tuvo que haber acreditado el bloqueo del número del denunciante, sino además su respectiva supresión de los bancos de datos de los call centers subcontratados.

## **VII. BIBLIOGRAFÍA**

- Agencia Española de Protección de Datos Personales (2003). Resolución 1936/2003. 11 de diciembre de 2003
- Alvarado, F. J. (2016). La gestión de la seguridad de la información en el régimen peruano de protección de datos personales. Revista Foro Jurídico, 15, 2016, p. 26 - 41

- Audiencia Nacional Española en lo Contencioso Administrativo (2004). Resolución 3896/2004. 5 de junio de 2004
- Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. (2017). Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP. 01 de septiembre de 2017
- Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (2019). Resolución Directoral 4074-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP. 31 de diciembre de 2019
- Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (2020). Resolución Directoral 04-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP. 11 de febrero de 2020
- Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (2021). Resolución Directoral 1943-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP. 26 de julio de 2021
- Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (2021). Resolución Directoral 3225-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP. 24 de noviembre de 2021
- Ayala Carrasco, G.D. y Portero Jérez, C.G. (2024). Aplicación del bloqueo o anonimización de datos personales en consumidores bancarios, como parte del derecho de eliminación determinado en la normativa de protección de datos personales, en Ecuador. Universidad de las Américas. Trabajo de máster en Derecho Digital e Innovación. 2024
- Baca Oneto, V. S. (2010). ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria?: Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. Estudios de Derecho Administrativo, 2, 2010, pp.3-24
- Baca Oneto, V. S. (2011). La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En Especial, Análisis de los Supuestos de Infracciones Permanentes y Continuadas). Derecho & Sociedad, (37), pp.263-274
- Baca Oneto, V.S. (2012). La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Revista de Derecho Administrativo, (11), 181-202
- Baca Oneto V.S. (2019). El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, con especial mirada en el caso peruano. Revista digital de Derecho Administrativo, 21, primer semestre/2019, pp. 313-344
- Beladíes Rojo, M. (2000). La vinculación de la Administración al Derecho. Revista de Administración Pública, número 153. Septiembre-Diciembre 2000, pp.315-349
- Cairampoma Arroyo, A. V. (2014). La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. Derecho PUCP, (73), 483-504
- Cassagne, J.C. (2009). La discrecionalidad administrativa. Foro Jurídico, (9), 82-91

- Comité Europeo de Protección de Datos (2021). Directrices s 07/2020 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» en el RGPD. 7 de julio de 2021
- Corte Suprema de Justicia. Casación 8716-2022-Lima. 16 de mayo de 2023
- Dirección General de Protección de Datos Personales (2017). Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP. 01 de septiembre de 2017
- Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Opinión Consultiva 034-2021-JUS/DGTAIPD: Consulta sobre las obligaciones del encargado y el responsable del tratamiento de datos personales. 7 de septiembre de 2021
- Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Opinión Consultiva 01-2022-JUS/DGTAIPD: Sobre el alcance de la autorización de primer contacto para solicitar el consentimiento para el uso de datos con fines de publicidad. 13 de enero de 2022
- Durán Cardo, B. (2016). La figura del responsable en el derecho a la protección de datos personales. Editorial Wolters Kluwer. Primera Edición-October 2016, pp. 179-259
- Durand Carrión, J.B. (2023). El deber de idoneidad y su alcance normativo en la contratación inmobiliaria, una mirada garantista a los derechos de los consumidores. Revista Themis, (83), 281-302
- Escala, S.M. (2023). Principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa en la Administración Pública. Revista Cathedra, 15 de junio de 2023
- Espinosa-Saldaña, E. (2011). Principios del Procedimiento Administrativo Peruano: Una mirada luego de veinte años de vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Anuario Iberoamericano de Jurisdicción Contencioso Administrativa, 2, 2011
- Frutos Mendoza, O. (2013). El derecho de cancelación de datos personales de archivos privados en México y España. 13ra edición. Revista Nueva Época, Marzo-Mayo 2013
- García, E et al (1977). Curso de Derecho Administrativo. Tomos I y II. Civitas
- García de Enterría, E. (2004) Democracia, Ley e Inmidades del Poder. Palestra Editores. Series Derechos y Garantías, 8
- Gómez Apac, H. et al. (2010). Apuntes sobre la graduación de infracciones a las normas de protección al consumidor. Revista Derecho & Sociedad, núm. 34, 2010
- Gómez González, R.F. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. Revista Ius y Praxis, vol. 26, núm. 2, 2020
- Gómez Tomillo, M. (2017). La culpabilidad en las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a

los programas de cumplimiento. *Revista de Administración Pública*, 203, 57-88

- Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2010). Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento». 16 de febrero de 2010
- Guasch Portas, V. y Soler Fuensata, J.R. (2014). Cloud computing, cláusulas contractuales y reglas corporativas vinculantes. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014
- Guzmán Napurí, C. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Primera Edición-Junio 2013, pp. 63-95
- Huapaya Tapia, R., Sánchez Povis, L. y Alejos Guzmán, O. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley de Procedimiento Administrativo General en el Perú. En Zegarra Valdivia, D.H. y Vignolo Cueva, O. "El Derecho Administrativo como instrumento al ciudadano". 1era edición. Editorial Palestra, Universidad de Piura, pp.581-604
- Ivanegra, M.M. (2008). Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. *Revista De Derecho Administrativo*, 4, 107-120
- Laguna de Paz, J. C. (2016). *Derecho Administrativo Económico*, Civitas-Thomson-Reuters
- León Luna, L.M. (2015). Exijo una explicación...La importancia de la motivación del acto administrativo. *Revista Derecho & Sociedad*, 45, 315-319
- Luchetti Rodríguez, A.B. (2009). Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad en las decisiones administrativas. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 2009, 484-489
- Luna Cervantes, E.J. (2021). Preguntas y respuestas varias sobre la protección de datos personales en el Perú. *Revista Advocatus*, edición 39, pp. 253-264
- Madera Chamorro, A. (2015). Auditoría y control de una plataforma de call center. Universidad Carlos III. Proyecto de fin de carrera. Octubre de 2015
- Marienhoff, M. (1989). El exceso de punición como vicio del acto jurídico de Derecho Público. *Revista La Ley*, Tomo E, 1989
- Mendoza Marro, C.X. y Silva Silva Santiesteban, R. (2023). Aplicación indebida de la "subsanación voluntaria" por parte del Indecopi en perjuicio de los administrados. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Trabajo de suficiencia profesional. 13 de noviembre de 2023
- Mora Mora, R. (2012). El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la Administración Pública. *Revista Justicia Iuris*, vol.8, (1), 92-105
- Mori Torres, N. (2020). ¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 385-396

- Morón Urbina, J.C. (2023). Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. 17ª Edición-Julio 2023
- Morón Urbina, J.C. (2023). Las multas administrativas: un estudio integral para la construcción de una dogmática. 1era edición, septiembre de 2023
- Neyra Cruzado, C. A. (2020). La subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos. *Revista Derecho & Sociedad*, 2(54), pp.79-93
- Ocampo Vázquez, F. (2011). El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los organismos reguladores. *Revista Ius et Veritas*, 21 (42), pp.290-304
- Ortega, R. y Granda, V. (2017). *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación Editora Nacional
- Ossa Arbeláez, J. (2009). *Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática*. 2nda edición, Editorial Legis, 2009
- Pérez Luño, A.E. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y de la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 15, 2000
- Piñar Mañas, J.L. (coordinador) (2019). *Memento Práctico: Protección de Datos Personales*. Editorial Francis y Taylor, 13. Primera edición, 14 de mayo de 2019, pp.145-289
- Ramón Fernández, T. (1999). *De la arbitrariedad de la Administración*, 3era edición, pp.162-247
- Real Academia Española. (2025). *Entrega/Definición*. Consultado el 26 de mayo de 2025
- Riaño Saad, A. (2023). Reflexiones en torno a la adaptación de responsabilidad objetiva en el marco del tratamiento de datos personales. En Cortés Moncayo, E. y M´Causland Sánchez, M.C. *La responsabilidad objetiva: entre esquemas tradicionales y nuevas realidades*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, 2023, pp.179-226
- Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2019). La interpretación extensiva de la ley. *Derechos y libertades: Revista de Derecho y derechos humanos*, (40), 67- 108
- Rojas, P. (2015). *Administración Pública y los principios del Derecho Administrativo en Perú*. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 13, primer semestre/2015, pp. 193-209
- Rubio Correa, M. (2006). *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP
- Sánchez Morón, M. (2011). Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Ius Et Veritas*, (43), 260-270
- Senno Vasallo, F. (2021). ¿Desea recibir comunicaciones promocionales? Un análisis desde las reglas de protección al consumidor y de datos personales. *Themis Revista De Derecho*, (79), 393-408

- Silva-Conde, DI et al. (2024). Análisis crítico: el principio de legalidad y juridicidad en el proceso administrativo. *Estudios Y Perspectivas Revista Científica Y Académica*, 4(1), pp. 328–349
- Tribunal Constitucional (2004). Sentencia 0090-2004-AA/TC. 05 de julio de 2004
- Tribunal Constitucional (2005). Sentencia 4393-2004-AA/TC. 09 de febrero de 2005
- Tribunal Constitucional (2005). Sentencia 00091-2005-PA/TC. 18 de febrero de 2005
- Tribunal Constitucional (2005). Sentencia 6712-2005-PHC. 17 de octubre de 2005
- Vargas Guevara, E.E. (2019). El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, 17, 96-123
- Vásquez Rodríguez, R. (2022). La responsabilidad proactiva en la normativa peruana de protección de datos personales. *YachaQ: Revista De Derecho*, (13), 25-37
- Vergaray Béjar, V. y Gómez Apac, H. (2009). La potestad sancionadora y los principios del Derecho Administrativo Sancionador. “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante”. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú, 2009, pp. 403-438
- Viana Cleves, M.J. (2007). El principio de la confianza legítima en el Derecho Administrativo colombiano. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. Primera edición, volumen 1, número 25
- Woolcot-Oyague, O.D. (2020). Cuestiones de la responsabilidad civil en la protección de datos personales. En G. Visintini, F. Busnelli, A. Pérez, & S. Scalzini, *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy)*. Universidad Católica de Colombia- Colección Jus Privado;19



## **Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD**

Lima, 8 de marzo de 2023

**EXPEDIENTE Nro.** : 158-2020-JUS/DGTAIPD-PAS  
**ADMINISTRADO** : ONCOSALUD S.A.C.  
**MATERIAS** : Responsable de tratamiento de datos personales.

### **VISTOS:**

El recurso de apelación presentado por Oncosalud S.A.C. (Código de Registro Nro. 1575) contra la Resolución Directoral Nro. 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP de 7 de diciembre de 2021; los escritos de 15 de febrero de 2021 (Registro Nro. 284808) y 31 de marzo de 2022 (Registro Nro. 112232); y, los demás actuados en el Expediente Nro. 158-2020-JUS/DGTAIPD-PAS.

### **CONSIDERANDO:**

#### **I. ANTECEDENTES**

1. El 3 de marzo de 2020, mediante un correo electrónico, el señor [REDACTED] (en adelante, el señor [REDACTED] o el **denunciante**) reportó haber recibido llamadas por parte de la empresa Oncosalud S.A.C. (en adelante Oncosalud o la **administrada**), sin haber brindado sus datos personales para que le efectuaran tales comunicaciones, por lo cual solicitó que se elimine su número telefónico de la base de datos de dicha empresa.
2. Mediante el Informe de Fiscalización Nro. 181-2020-JUS/DGTAIPD-DFI-AARM<sup>1</sup> de 14 de septiembre de 2020, se remitió a la Directora de la DFI el resultado de la fiscalización a la administrada, concluyendo que se determinaron preliminarmente

<sup>1</sup> Obrante en los folios 133 a 137 del expediente.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

las circunstancias que justificarían el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Oncosalud por un presunto incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley Nro. 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante la **LPDP**) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nro. 003-2013-JUS (en adelante el **Reglamento de la LPDP**). Dicho informe fue notificado a la administrada el 24 de septiembre de 2020<sup>2</sup> a través del Oficio Nro. 875-2020-JUS/DGTAIPD-DFI.

3. Mediante el escrito del 20 de octubre de 2020 (Código de Registro Nro. 480129), Oncosalud formuló sus observaciones al informe de fiscalización.
4. A través de la Resolución Directoral Nro. 204-2020-JUS/DGTAIPD-DFI<sup>3</sup> del 30 de diciembre de 2020, la DFI inició un procedimiento administrativo sancionador contra Oncosalud por el presunto tratamiento de los datos personales del denunciante, para fines publicitarios y comerciales, sin haber obtenido su consentimiento, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 13.5 de la LPDP y el artículo 12 de su Reglamento. Esta conducta configuraría la infracción grave tipificada en el literal b) del numeral 2 del artículo 132 de dicho Reglamento.
5. Por escrito del 2 de febrero de 2021 (Código de Registro Nro. 118150), Oncosalud presentó sus descargos frente a los hechos imputados.
6. Mediante la Carta Nro. 104-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 23 de marzo de 2021<sup>4</sup>, se solicitó a Oncosalud que indique la cantidad de productos y programas que vendieron a través de los *call centers* desde el 2017. Dicho pedido fue absuelto mediante escrito del 30 de marzo de 2021 (Código de Registro Nro. 59470).
7. Mediante Informe Nro. 069-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 31 de mayo de 2021, la DFI el Informe Final de Instrucción, remitiendo a la Dirección de Protección de Datos Personales (en adelante la **DPDP**) los actuados en el expediente a fin de que resuelva en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador.
8. Por Resolución Directoral Nro. 100-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 31 de mayo de 2021, la DFI dio por concluidas las actuaciones instructivas correspondientes al procedimiento sancionador seguido contra Oncosalud.
9. Por escrito del 15 de junio de 2021 (Código de Registro Nro. 126958), Oncosalud formuló sus observaciones al informe final de instrucción reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento.

---

<sup>2</sup> Obrante en los folios 138 a 140 del expediente.

<sup>3</sup> Obrante en los folios 269 a 276 del expediente.

<sup>4</sup> Obrante en el folio 454 del expediente.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

10. Por Resolución Directoral Nro. 2846-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP del 6 de octubre de 2021, la DPDP amplió el plazo de caducidad para resolver el procedimiento por 2 meses adicionales.
11. Por Resolución Directoral Nro. 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP del 7 de diciembre de 2021, notificada a Oncosalud en la misma fecha mediante Carta Nro. 2700-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP, la DPDP resolvió lo siguiente:
  - (i) Sancionar a Oncosalud con una multa de **28.13 Unidades Impositivas Tributarias** (en adelante UIT) por la comisión de la infracción imputada.
  - (ii) Imponer a Oncosalud como medida correctiva la inclusión de medidas en las que se refuerce el control sobre las actividades que componen los encargos y/o subcontrataciones de tratamiento de datos personales, específicamente sobre actividades de prospección comercial a través de llamadas de televentas; así las encaminadas a reforzar, en dicho marco, la comunicación con los encargados y terceros subcontratados respecto de denegatorias de consentimientos de tratamiento de datos personales y ejercicios de derechos de sus titulares, a fin de que pueda estar siempre en posición de demostrar que cumple con solicitar adecuadamente el consentimiento de los receptores de las llamadas de televentas y con cesar en el tratamiento de los datos personales que no consentidos.
12. El 4 de enero de 2022 (Código de Registro Nro. 1575), Oncosalud apeló la Resolución Directoral Nro. 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP del 7 de diciembre de 2021 con base en los siguientes argumentos:

### Sobre la tercerización del servicio de venta de sus programas oncológicos

- (i) Su empresa terceriza el servicio de venta de sus programas oncológicos con diversas empresas, las cuales, para la contactabilidad, utilizan su propia base de datos y no alguna entregada por Oncosalud.
- (ii) La tercerización de dicho servicio la realiza a través de la empresa GSP Servicios Comerciales S.A.C. (en adelante **GSP**), con la que mantiene un contrato vigente a fin de que se encargue de la prestación de servicios de asesoría, promoción y venta de programas y productos que Oncosalud ofrece en el mercado. Eventualmente GSP puede utilizar su propio personal o subcontratar a otras empresas para la ejecución de la prestación acordada con Oncosalud. Por tanto, es GSP quien ejecuta la venta de los programas y productos de Oncosalud y se materializa mediante las afiliaciones de usuarios.
- (iii) Debido a ello, su empresa tiene conocimiento de que GSP ha subcontratado con distintas empresas de *call center* para que realicen la gestión comercial

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

de las ventas. Entre ellas, la empresa Biznes, que cuenta con una base de datos propia para realizar servicios de prospección comercial, la cual es empleada para ofertar los servicios de Oncosalud. En tal sentido, es Biznes la empresa que ostenta el control sobre el tratamiento de la información de los clientes que maneja en su propia base de datos y que la usa para los fines que estime convenientes.

- (iv) En el caso particular del denunciante, las llamadas objeto de cuestionamiento en su denuncia provinieron de la base de datos de Biznes. Por tanto, es dicha empresa la que eventualmente podría resultar responsable por cualquier incumplimiento normativo que pueda surgir. Ello se encuentra acorde con lo resuelto por la propia DPDP en un caso anterior mediante la Resolución Directoral Nro. 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, donde se indicó que las empresas de *call center* son los titulares de la base de datos personales y no Oncosalud.
- (v) Incluso, a partir de lo resuelto en dicha Resolución Directoral Nro. 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP es posible concluir que la DPDP validó el esquema de negocio en el que se terceriza el servicio de contactabilidad, estableciendo responsabilidades distintas para cada uno de los intervinientes, así como se exoneró a Oncosalud de la responsabilidad que se le asigna al titular o responsable del tratamiento. Por tanto, la autoridad debió resolver acorde con el principio de predictibilidad o confianza legítima, pues se ha generado la expectativa razonable de que no podría ser responsable por el tratamiento efectuado por las empresas tercerizadas de *call center*.
- (vi) Sin embargo, en la resolución impugnada la DPDP decidió apartarse del criterio de la Resolución Directoral Nro. 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, al señalar que para atribuir responsabilidad por el tratamiento ilícito de datos lo importante será fijarse en el beneficio que se obtiene con dicho tratamiento.

### Sobre el responsable del tratamiento

- (vii) El Reglamento de la LPDP prevé que el responsable de tratamiento será aquél que decida sobre el tratamiento de los datos personales, aun cuando estos no se encuentren en un banco de datos personales. Así, dicha responsabilidad recae en: (a) las personas que realizan tratamiento de datos personales que no pertenecen a un banco de datos; (b) encargados que asumen la obligación de determinar la forma de tratamiento de los datos que les han sido encargados; y, (c) titulares del banco de datos personales.
- (viii) Oncosalud no se encuentra en ninguno de esos supuestos, puesto que, tal como se ha mencionado previamente, los *call centers* realizan las llamadas

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

a clientes que se encuentran en su propia base de datos y no en una que haya sido proporcionada por Oncosalud. Por tanto, resulta incorrecto lo señalado en la resolución impugnada referente a que no es necesaria la entrega de información por parte del titular o responsable, pues se desconoce el ámbito de lo dispuesto en la propia norma legal.

- (ix) Cabe precisar que los discursos o speeches que Oncosalud proporciona a los *call centers* se da como medida de prevención ante la eventual responsabilidad de Oncosalud como proveedor del servicio cuando un cliente decide contratar algún programa y no como medida de control del tratamiento de datos personales.
- (x) El posible beneficio comercial e interés en el tratamiento de datos personales no se encuentra configurado como un criterio legal para determinar el rol de responsable. Por tanto, no es posible imputar que Oncosalud el tratamiento de datos personales para fines publicitarios y comerciales infringiendo lo relativo al consentimiento. Es más, Oncosalud únicamente se ve beneficiada (y satisface sus intereses) cuando, a partir de la llamada que realiza el *call center*, el usuario, acepta afiliarse al programa oncológico ofrecido y es recién a partir de este momento en el que los datos del usuario pasan a formar parte de la base de datos de clientes de Oncosalud, no antes.

### Sobre el ejercicio del derecho de cancelación por parte del denunciante

- (xi) La DPDP señala que la negativa del titular del dato no se puede tratar como el ejercicio de su derecho de cancelación y, por ende, establece como criterio que la eliminación de la información de la base de datos se realice de manera inmediata. Sin embargo, el Reglamento de la LPDP establece que, si el titular de datos personales decide negar de manera total la posibilidad de tratamiento de sus datos, esta manifestación de voluntad se tratará bajo las reglas de cancelación. Por tanto, el plazo para la atención de dicho ejercicio es de diez (10) días hábiles y no de manera inmediata como lo señala la DPDP.

### Sobre los presuntos vicios de nulidad de la resolución materia de apelación

- (xii) La DPDP ha vulnerado los principios de legalidad y tipicidad que regula el procedimiento administrativo sancionador, emitiendo un pronunciamiento que contraviene el ordenamiento jurídico al realizar una interpretación de la definición de titular o responsable que sobrepasa la definición que la norma precisa
- (xiii) Asimismo, la resolución no se encuentra debidamente motivada, pues la DPDP en su fundamentación sostiene premisas que carecen de sustento

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

jurídico y que no corresponden a los alegatos realizados por Oncosalud en el procedimiento. Así, la DPDP realiza una interpretación sobre la definición de titular o responsable del tratamiento de datos que excede lo dispuesto normativamente e incluye los conceptos de beneficio comercial e interés como elementos dirimientes para identificar a dichos sujetos (titular y responsables del tratamiento), pese a que ello no está contemplado ni en la Ley ni en el Reglamento.

### Sobre la subsanación o enmienda de la infracción

- (xiv) La DPDP no ha considerado la posibilidad de eximir la responsabilidad de Oncosalud debido a que el denunciante manifestó que habrían existido otras llamadas recurrentes, pese a su negativa y su pedido expreso de supresión de su información.
- (xv) Sin embargo, las acciones desplegadas para que los datos del denunciante sean eliminados de su base de datos no las realizó como titular o responsable del tratamiento, sino como una acción diligente al tomar conocimiento del malestar del denunciante. Por tanto, buscó que el call center, es decir, Biznes, sea quien pueda tomar las acciones necesarias para brindarle una atención óptima. Antes del inicio del presente procedimiento, coordinó con GSP a fin de que este último adopte las medidas necesarias para que los call centers (entre ellos, Biznes) no se vuelvan a contactar con el denunciante.
- (xvi) Luego de tomar conocimiento de la denuncia, incluyó al denunciante en una lista de personas que no desean ser contactadas: "Lista Robinson", lo cual generó que los call centers no vuelvan a contactar al denunciante con la finalidad de solicitar un consentimiento para fines publicitarios. Esto ocurrió varios meses antes de la notificación con la imputación de cargos que da inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- (xvii) Contrariamente a lo señalado por la DPDP, se trata de una presunta infracción instantánea con efectos permanentes, pasible de ser corregida con la eliminación de la información del señor ██████████ de la base de datos de Biznes, toda vez que con ello se dejarían de efectuar las llamadas orientadas a obtener su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

### Sobre la graduación de la sanción

- (xviii) Oncosalud no obtiene beneficio alguno por las llamadas de prospección comercial que realizan los *call center*, mucho menos en el presente caso donde ni siquiera se llegó a brindar la información comercial de los productos de Oncosalud, ante la negativa del denunciante. Respecto a la probabilidad de detección: el contacto a un potencial cliente sin haber obtenido su

*"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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda".*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

consentimiento es una conducta que podría ser fácilmente identificada por la DPDP y se podría programar una visita de fiscalización y fácilmente acceder a información para comprobar si esta conducta infractora se concreta. Por lo tanto, la probabilidad de detección de la conducta infractora imputada es alta.

- (xix) En cuanto a la gravedad del daño al bien jurídico protegido, la primera instancia reconoce que no ha existido un perjuicio más allá de la identificación concreta del denunciante, Por tanto, no se ha generado un daño grave, así como no se trata de un procedimiento administrativo sancionador que se encuentre tutelando intereses difusos o colectivos, sino, los de un solo administrado. Este hecho no ha sido valorado por la autoridad a fin de graduar debidamente la multa impuesta.
- (xx) Sobre los factores atenuantes, desplegó las medidas necesarias para atender la insatisfacción del denunciante (pese a no ser el obligado legalmente para ello). Esta conducta debería ser calificada como un eximente de responsabilidad. Además, en todo momento Oncosalud ha tenido una actitud colaborativa y ha atendido los requerimientos de la autoridad.
- (xxi) La sanción es desproporcionada y no se encuentra en línea con lo resuelto en otros procedimientos por la realización de una conducta similar seguidos contra otras empresas. La cuantía de la multa impuesta vulnera el principio de predictibilidad o de confianza legítima.

### En cuanto a la presunta entrega de información falsa

- (xxii) Sobre el correo electrónico emitido por Biznes en el que se menciona la frase: *“no hemos marcado esos números”*, y que ninguno se refiere al número del denunciante, cabe indicar que el número de teléfono fue proporcionado por el propio denunciante por medio del correo de denuncia que este envía a la autoridad. Adicionalmente, es el mismo número telefónico al que Biznes hace mención en el correo adjunto como medio de prueba a la presente apelación.
- (xxiii) El correo por sí solo no es prueba de que Oncosalud haya brindado información falsa al procedimiento. Es más, el correo electrónico del 25 de agosto de 2020 (adjunto como anexo 8-B) emitido por la misma representante de Biznes, advierte que el *call center* reconoce la realización de la segunda llamada objeto de controversia, la describe y menciona que no volvió a marcarse el número que recibió dicha llamada (de titularidad del denunciante), con lo que se diluye el argumento expuesto por la primera instancia sobre que Biznes no habría tenido participación en la llamada materia de cuestionamiento.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

(xxiv) El segundo correo electrónico es el emitido por la empresa Antel (adjunto como anexo 8-C), por el que refiere que las acciones de la empresa Antel no guardan ningún tipo de relación con los hechos del presente procedimiento. Por tanto, no es posible que el fundamento para sancionar a Oncosalud provenga de conclusiones a las cuales la DPDP ha arribado equiparando hechos sin relación al caso concreto.

(xxv) La lista a la que está haciendo referencia el correo indicado en el párrafo anterior se refiere a la Lista Robinson, la cual no contiene información de contactos para prospección, sino que se trata de una base con la identificación de las personas a quienes no deben contactar los *call centers* que realizan la prospección.

(xxvi) Si Oncosalud recibe alguna solicitud, reclamo o pedido de no contacto, de manera proactiva y como una buena práctica comercial, agrupa estas solicitudes y las comparte con los *call centers* con los que trabaja para que eliminen a estas personas de sus bases de datos.

13. Por escrito presentado el 17 de febrero de 2022 (Registro Nro. 284808), la administrada presentó documentos adicionales para ser valorados en el recurso de apelación.
14. Mediante Carta Nro. 14-2022-JUS/DGTAIPD del 24 de febrero de 2022 se comunicó la realización del informe oral de acuerdo con lo solicitado por la administrada para el lunes 14 de marzo de 2022 a las 10:30 horas. El informe oral fue llevado en la hora y fecha indicada.
15. El 31 de marzo de 2022, la administrada presentó escrito de alegatos (Registro Nro. 112232) donde reiteró los argumentos de su apelación vinculados al criterio de la Resolución Directoral Nro. 378-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, así como la presunta subsanación voluntaria de su conducta. Asimismo, añadió lo siguiente:

### Respecto a la supuesta vulneración de los principios de legalidad y tipicidad

- (i) Con relación al tratamiento por “encargo”, este se refiere a la entrega por parte del titular del banco de datos personales a un encargado de tratamiento de datos personales en virtud de una relación jurídica que los vincula; y que dicha relación jurídica delimita el ámbito de actuación del encargado de tratamiento de los datos personales.
- (ii) Por tanto, indica que para que se configure un “encargo de tratamiento”, deben confluir los siguientes elementos: 1. Una persona natural o jurídica que sea titular de un banco de datos personales (titular o responsable) 2. Una persona natural o jurídica que realiza el tratamiento 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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

por encargo de un titular del banco o responsable de datos personales (encargado). 3. Una entrega de datos personales del titular del banco o responsable de los datos hacia el encargado. 4. Una relación jurídica que vincule al titular del banco y al encargado del tratamiento.

- (iii) La LPDP requiere que exista una “entrega” desde el titular del banco de datos o responsable hacia quien fungirá de su encargado, de lo cual se deriva que deben existir datos personales preexistentes en poder del titular o responsable, dándose un acto de “puesta a disposición” a favor del encargado. Ni la LPDP ni su Reglamento han reconocido que pueda existir un “encargo” que prescinda del acto de “entrega”.
- (iv) Tampoco es una condición suficiente para que se materialice un encargo, el que exista una relación de interés comercial derivada de la prestación de un servicio entre la empresa de outsourcing y la empresa beneficiaria en el que existan datos personales de por medio.
- (v) Precisa que el European Data Protection Board en las Directrices 07/2020 sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento”, bajo el Reglamento General de Protección de Datos Personales (Reglamento 2016/679), implica que el titular o responsable pueda definir los “fines” y “medios” que se seguirán en el tratamiento de los datos: *“35. La determinación de los fines y los medios equivale a decidir, respectivamente, el porqué y el cómo del tratamiento: en una operación de tratamiento concreta, el responsable del tratamiento es la parte que determina por qué tiene lugar el tratamiento (esto es, «con qué fin» o «para qué») y cómo se alcanzará este objetivo (es decir, qué medios se emplearán para lograrlo). 36. El responsable del tratamiento debe decidir tanto sobre el fin como sobre los medios del tratamiento, tal como se describe más adelante.”*
- (vi) El *European Data Protection Board* establece que casos como el de tratamiento que realiza un prestador de servicios legales (que accede a datos personales proporcionados por su cliente para impulsar un litigio) o un contador (que accede a datos personales en el contexto de una auditoría) no los convierten en encargados, dado que el prestador establece los datos que recogerá, qué medios técnicos usará para almacenar y tratar esos datos, y cómo los empleará a los fines de los servicios que presta, con un grado notable de independencia.
- (vii) La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales no puede desconocer el principio de “entrega” establecido por el legislador ni tampoco extender la tipificación para capturar como “encargo” bajo la LPDP un encargo de tipo civil o comercial (locación de servicios). Ello, bajo riesgo de

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

contravenir los principios de legalidad, tipicidad y predictibilidad, así como la jerarquía del sistema de fuentes del procedimiento administrativo.

### Sobre la presunta vulneración al principio de causalidad

- (viii) Ha suscrito un contrato comercial con la empresa GSP en virtud de la experiencia de esta en tres (3) rubros: (a) la asesoría en ventas y promoción de productos; (b) la venta de productos; y, (c) el mantenimiento de cartera y renovaciones. Esta relación comercial no señala en sus cláusulas la existencia de un banco de datos personales, ni una declaración, por parte de Oncosalud, de la existencia de un banco de datos personales de las que GSP pueda valerse para cumplir con las obligaciones pactadas. GSP subcontrata con otras empresas de *call center*, entre ellas Biznes, la prestación de servicios de telemarketing.
- (ix) Estas empresas ejecutan sus obligaciones con autonomía, entre estas, con sus propias bases de datos. Por tanto, ejercen el poder de decisión sobre los datos personales que han recopilado y son libres de conservar dichos datos si lo desean para futuros usos con los que atienden a otros clientes.
- (x) La primera instancia se ha limitado a tomar como prueba su propia interpretación sobre la existencia de un interés comercial y la provisión de un *speech* tergiversando lo que es un mero interés en alinear ciertas prácticas de los proveedores que contrata GSP para establecer una relación de responsabilidad.
- (xi) Quien debe ser responsable es la persona que comete la conducta activa u omisiva y, como tal, encuentra un vínculo de causalidad, en este caso, la empresa Biznes.

### Respecto a la omisión de la aplicación de la figura de la caducidad

- (xii) El presente procedimiento administrativo sancionador habría caducado por haberse superado los 70 días hábiles para resolver, según lo establecido en el artículo 122 del Reglamento de la LPDP, esto es, de cincuenta (50) días para emitir un pronunciamiento que ponga fin a la fase instructiva del procedimiento administrativo sancionador, y veinte (20) días hábiles adicionales desde emitida esta decisión de cierre para emitir la resolución final.
- (xiii) El 12 de enero de 2021 se le notificó electrónicamente con la Resolución Directoral Nro. 204-2020-JUS/DGTAIPD-DFI de inicio del procedimiento administrativo sancionador en primera instancia y mediante la Resolución Directoral Nro. 100-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 31 de mayo de 2021 la DFI emite la decisión de cierre de etapa instructiva.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

- (xiv) Inclusive, a pesar de que el 28 de junio de 2021 se cumplieron los veinte (20) días adicionales para resolver, el 6 de octubre de 2021 la primera instancia decidió “ampliar” el plazo de caducidad y recién resolver el 7 de diciembre de 2021, pese a que a dicha fecha ya había operado la caducidad.

### II. COMPETENCIA

16. 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.
17. 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 (en adelante ROF del Minjusdh), la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales ejerce la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.
18. 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 Minjusdh.

### III. ADMISIBILIDAD

19. El recurso de apelación ha sido interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles de notificada la Resolución Directoral Nro. 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP de 7 de diciembre de 2021 y cumple con los requisitos previstos en los artículos 218<sup>5</sup> y 220<sup>6</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento

<sup>5</sup> **DECRETO SUPREMO Nro. 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nro. 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**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.

<sup>6</sup> **DECRETO SUPREMO Nro. 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nro. 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**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.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

# Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

Administrativo General (en adelante TUO de la Ley Nro. 27444), por lo que es admitido a trámite.

## IV. CUESTIÓN PREVIA

### IV.1. Sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador

20. En su recurso de apelación, la administrada alega que el presente procedimiento administrativo sancionador habría caducado por haberse superado los 70 días hábiles que establece el artículo 122 del Reglamento de la LPDP para resolver.
21. La caducidad administrativa es una figura jurídica a través de la cual se busca castigar la inactividad y/o paralización de la Administración durante la tramitación de un procedimiento administrativo dando lugar al archivo del expediente<sup>7</sup>. El motivo que originó la incorporación normativa de esta figura y su aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores fue otorgar una salida jurídica a la falta de pronunciamiento de la autoridad por el transcurso del tiempo, ello en aras de preservar las condiciones básicas de seguridad jurídica y, de este modo, evitar que un procedimiento se prolongue indefinidamente sin una solución definitiva<sup>8</sup>.
22. Es así como el TUO de la Ley Nro. 27444, en efecto, contempla esta figura en su artículo 259, el cual señala lo siguiente:

***“Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador***

***1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.***

---

<sup>7</sup> “La caducidad de la instancia es una técnica introducida en el Derecho procesal español a finales del siglo XIX al objeto de superar el viejo criterio de que la acción ejercitada en juicio no prescribe nunca, lo que permitía mantener paralizados procesos por plazos superiores a los previstos para la prescripción de las correspondientes acciones, generándose así «pleitos más que centenarios, que los herederos del demandado se veían obligados a continuar» (V. SILVA MELERO, 1951: 507)”. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. En: Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 194, Madrid, mayo-agosto (2014), págs. 11-47.

<sup>8</sup> En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1272 que modificó la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General se señala lo siguiente:

***“1.11.3.5 Nuevas pautas sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador (Artículo 237-A)***

*La necesidad de darle una salida distinta al mero transcurso del tiempo ante la falta de pronunciamiento ante un procedimiento sancionador en trámite llevó al establecimiento de la caducidad frente a estos casos.*

*(...)*

*Así, en aras de preservar condiciones básicas de seguridad jurídica, se establecen ciertas pautas a seguir que buscan cerrar una situación para que esta no quede indefinidamente sin una solución definitiva.”*

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.

(...)"

(Subrayado añadido)

23. Como se puede observar del texto del artículo citado, el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores es de nueve (9) meses, susceptible de ser ampliado por tres (3) meses más, desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. De lo contrario, operará la caducidad administrativa y se procederá a su archivo. Adicionalmente, la norma también establece que aquellas entidades que cuenten con una ley especial cuyo plazo sea mayor, la caducidad operará al vencimiento de este.
24. En consecuencia, en aquellos procedimientos administrativos sancionadores que no sean resueltos dentro del plazo determinado por ley, operará la caducidad administrativa y se procederá con el archivo del expediente<sup>9</sup>.
25. En concordancia con ello, sobre la caducidad, Juan Carlos Morón Urbina<sup>10</sup> señala que:
- “la caducidad puede ser definida como aquella figura que origina la anormal y anticipada terminación de un pronunciamiento, debido a la inactividad de la autoridad competente, prolongada en su trámite, la cual ocasiona que el plazo establecido para su culminación se venza, adelantando el término del procedimiento por mandato de ley”.*
26. De acuerdo con la cita reproducida en el numeral anterior, la DPDP solo podía haber determinado la existencia de una infracción antes del vencimiento del plazo de caducidad.
27. De este modo, el objeto de la caducidad no es el derecho material a perseguir el hecho constitutivo de la infracción, sino la forma de ejercitar el *ius puniendi*, es decir, el procedimiento del que se sirve la Administración<sup>11</sup>. En tal sentido, la caducidad provoca la perención del procedimiento y sus actuaciones, pero no

<sup>9</sup> El plazo general establecido por la norma es de nueve meses (extensible por tres meses adicionales) contados desde el inicio del procedimiento, con excepción de aquellos procedimientos cuya norma legal especial prescriba un plazo mayor para resolver, donde la caducidad operará con base a este último plazo.

<sup>10</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 12a Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.

<sup>11</sup> ZEGARRA, D. 2010. La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. Revista de Derecho Administrativo, p. 211.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

extingue la acción, es decir, siempre que la infracción no haya prescrito, la Administración podrá incoar un nuevo procedimiento con el mismo objeto y con la finalidad de ejercitar debidamente dicho poder punitivo.

28. En tal sentido, para que opere la caducidad del procedimiento sancionador, resulta suficiente la superación del plazo establecido en la norma para concluir aquel. Asimismo, al consistir la caducidad en el transcurso inevitable de un período de tiempo, esta no se suspende ni interrumpe. Por tanto, como señala el artículo 259 del TUO de la Ley Nro. 27444, una vez transcurridos los nueve (9) meses desde el inicio del procedimiento sancionador –o doce (12), en caso se hubiere justificado su ampliación debidamente– el procedimiento caducará indefectiblemente, procediéndose a su archivo.
29. En el presente caso, se tiene que:
- (i) Mediante Resolución Directoral Nro. 204-2020-JUS/DGTAIPD-DFI<sup>12</sup> del 30 de diciembre de 2020, la DFI emitió resolución de inicio de procedimiento administrativo sancionador. Esta resolución fue notificada a la administrada el 12 de enero de 2021<sup>13</sup> mediante Oficio Nro. 03-2021-JUS/DGTAIPD-DFI del 5 de enero de 2021.
  - (ii) Mediante proveído de 23 de marzo de 2021<sup>14</sup> la DFI dispuso ampliar el plazo de la etapa de instrucción del procedimiento seguido a Oncosalud por (50) días hábiles adicionales. Es decir, la DFI amplió por una vez y hasta por un período igual el plazo de cincuenta (50) días de la etapa instructiva.
  - (iii) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 239 del TUO de la Ley Nro. 27444, el 6 de octubre de 2021 la DPDP emitió Resolución Directoral Nro. 2846-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP<sup>15</sup> ampliando el plazo de caducidad para resolver el presente procedimiento administrativo sancionador por dos (2) meses adicionales, plazo que empezaba a computarse a partir del 11 de octubre de 2021. Es decir, el plazo para resolver vencía el 11 de diciembre de 2021.
  - (iv) Por Resolución Nro. 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP del 7 de diciembre de 2021, la DPDP resolvió, entre otros, sancionar a Oncosalud con una multa de veintiocho punto trece (28.13) UIT por la infracción imputada en su contra.

---

<sup>12</sup> Obrante en los folios 269 a 276 (reverso).

<sup>13</sup> Obrante en los folios 279 a 280.

<sup>14</sup> Obrante en los folios 459 y 460.

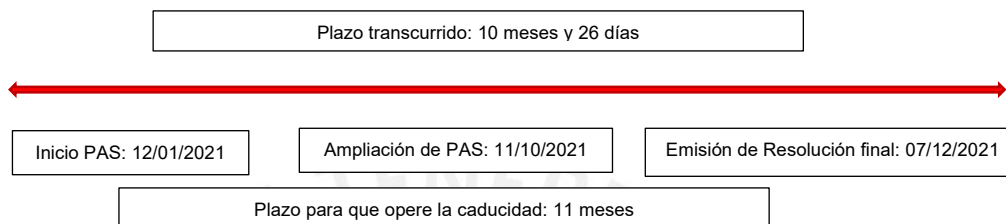
<sup>15</sup> Obrante en los folios 620 y 621.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

La citada resolución, incluso, fue notificada por correo electrónico a Oncosalud en la misma fecha de su emisión (7 de diciembre de 2021).

30. De acuerdo con lo señalado, se advierte que desde la fecha de notificación del acto de inicio del presente procedimiento hasta la fecha de emisión de la resolución que pone fin a la instancia transcurrió diez (10) meses y veintiséis (26) días. Ello se puede observar en el siguiente gráfico:



31. Por tanto, contrariamente a lo señalado por la apelante, no se advierte que haya transcurrido el plazo establecido en la norma para que opere la caducidad del procedimiento.
32. A mayor abundamiento, cabe precisar que con relación a los plazos establecidos en el artículo 122 del Reglamento de la LPDP<sup>16</sup>, estos no contemplan que la consecuencia de su vencimiento produzca la caducidad u otro efecto jurídico. De tal modo que no se le puede atribuir efectos que no se encuentran establecidos expresamente en la norma<sup>17</sup>. Por tales motivos, **no corresponde amparar este extremo** de la apelación presentada.

<sup>16</sup> **Artículo 122.- Cierre de instrucción y término del procedimiento sancionador.**  
Concluidas las actuaciones instructivas, la Dirección de Sanciones emitirá resolución cerrando la etapa instructiva dentro de los cincuenta (50) días contados desde el inicio del procedimiento.  
Dentro de los veinte (20) días posteriores a la notificación de la resolución de cierre de la etapa instructiva, la Dirección de Sanciones deberá resolver en primera instancia.  
Podrá solicitarse informe oral dentro de los cinco (5) días posteriores a la notificación de la resolución de cierre de la etapa instructiva.  
Cuando haya causa justificada, la Dirección de Sanciones podrá ampliar por una vez y hasta por un período igual, el plazo de cincuenta (50) días al que refiere el presente artículo.  
La resolución que resuelve el procedimiento sancionador será notificada a todas las partes intervinientes en el procedimiento.

<sup>17</sup> Al respecto, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 3778-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional estableció en un supuesto similar que: "(...) el hecho que los plazos máximos de un proceso hayan sido incumplidos no tiene como consecuencia directa que las resoluciones finales sean declaradas inválidas o sin efectos legales".

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

### **V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS**

33. De acuerdo con los antecedentes expuestos, en el presente procedimiento recursivo corresponde determinar lo siguiente:
- (i) Si Oncosalud resulta responsable o no del tratamiento de datos personales realizado por Biznes en mérito del contrato suscrito con GSP.
  - (ii) Si la DPDP en la resolución de sanción vulneró el principio de predictibilidad o confianza legítima al haber resuelto contrariamente a la Resolución Nro. 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP.
  - (iii) Si correspondía que la DPDP considere como condición eximente de responsabilidad la incorporación del número de celular del denunciante en una base (lista) para no volverlo a contactar.
  - (iv) Si la DPDP, al momento de determinar el monto de la sanción, valoró de manera correcta los factores de graduación de la sanción.

### **VI. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS**

#### **V.1. Si Oncosalud resulta responsable o no del tratamiento de datos personales realizado por Biznes como consecuencia del contrato suscrito con GSP**

34. En su recurso de apelación, Oncosalud ha señalado que terceriza los servicios de ventas de sus programas oncológicos con otras empresas y que estas utilizan su propia base de datos y no una entregada por Oncosalud. En la mayoría de casos, Oncosalud contrata con terceras empresas a través de la empresa GSP.
35. Oncosalud añadió que GSP subcontrató con la empresa Biznes, que es un *call center* que cuenta con una base de datos propia a fin de que esta empresa ejecutara parte de la prestación de servicios: contactabilidad a prospectos de clientes. Es decir, dicha empresa contacta a potenciales clientes de su propia base de datos y a la que Oncosalud no tiene acceso ni proporciona. Por tanto, no se le puede atribuir responsabilidad por no obtener el consentimiento válido para el tratamiento de datos personales y/o de las llamadas efectuadas al denunciante.
36. Con relación a la figura del encargo, Oncosalud señaló que la LPDP requiere que exista una “entrega” desde el titular del banco de datos o responsable hacia quien fungirá de su encargado, de lo cual se deriva que deben existir datos personales preexistentes en poder del titular o responsable, dándose un acto de “puesta a disposición” a favor del encargado. Ni la LPDP ni su Reglamento han reconocido que pueda existir un “encargado” que prescinda del acto de “entrega”.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

37. Desde el punto de vista de Oncosalud, no es una condición suficiente para que se materialice un encargo, el que exista una relación de interés comercial derivada de la prestación de un servicio entre la empresa de outsourcing y la empresa beneficiaria en el que existan datos personales de por medio.
- A) Respecto a la figura del encargado del tratamiento de datos personales
38. El artículo 2.7 de la LPDP<sup>18</sup> prevé la figura del encargado del tratamiento de datos personales, estableciendo que se configura en toda persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que realiza el tratamiento de los datos personales por encargo del titular del banco de datos personales en virtud de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación, y que incluye también a quien realice el tratamiento sin la existencia de un banco de datos personales.
39. Así, el artículo 2.8 de la LPDP<sup>19</sup> prevé la figura del encargo de tratamiento, estableciendo que se constituye en la entrega por parte del titular del banco de datos personales a un encargado de tratamiento de datos personales en virtud de una relación jurídica que los vincula, y que dicha relación jurídica delimita el ámbito de actuación del encargado de tratamiento de los datos personales.
40. La Agencia Española de Protección de Datos, en el procedimiento recaído en el Expediente Nro. PS/00267/2020<sup>20</sup>, estableció también los parámetros del encargado del tratamiento de los datos personales, indicando:

*“La esencia de la función del encargado del tratamiento es que los **datos personales sean tratados en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento**. En la práctica, es el responsable el que determina la finalidad y los medios, al menos los esenciales, mientras que **el encargado del tratamiento tiene***

<sup>18</sup> **LEY Nro. 29733. LEY DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES**

**Artículo 2. Definiciones**

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

(...)

**7. Encargado de tratamiento de datos personales.**

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

<sup>19</sup> **LEY Nro. 29733. LEY DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES**

**Artículo 2. Definiciones**

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

(...)

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

(...)

<sup>20</sup> Ibidem. Pag. 46 de la resolución.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

**la función de prestar servicios a los responsables del tratamiento.** En otras palabras, “actuando en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento” significa que el encargado del tratamiento está al servicio del interés del responsable del tratamiento en llevar a cabo una tarea específica y que, por tanto, sigue las instrucciones establecidas por éste, al menos en lo que se refiere a la finalidad y a los medios esenciales del tratamiento encomendado.”  
(énfasis y subrayado agregado)

41. En este sentido, el tratamiento ejecutado materialmente por un encargado de tratamiento por cuenta del responsable de dicho tratamiento pertenece a las decisiones y control de este último, de igual forma que si lo realizara directamente él mismo.
  42. De los argumentos esgrimidos en apelación por Oncosalud se advierte que al alegar que no existiría una relación de encargo con GSP y/o Biznes, la administrada pretende alegar que no tendría responsabilidad alguna por la forma como se realiza el tratamiento de datos personales de los clientes que se contactan, por lo que no existiría una relación de causalidad entre la conducta que se le ha imputado en el presente caso y las acciones ejecutadas por Biznes.
  43. Al respecto, tal como se ha hecho referencia en los párrafos previos, la figura del encargo de tratamiento de datos personales no se circunscribe netamente a la entrega de un banco de información de titularidad del responsable al encargado, sino que también puede materializarse en la ejecución de una actividad de tratamiento sobre información o datos personales recopilados por el encargado o tercero subcontratado por cuenta propia, siempre que exista la potencialidad de que estos serán incorporados en el banco de datos de quien encarga la actividad que involucra el tratamiento.
- B. En cuanto a Oncosalud como responsable del tratamiento de los datos personales
44. Al respecto, la DPDP en el fundamento 79<sup>21</sup> de la resolución impugnada, determinó que el responsable del tratamiento es Oncosalud, y que más allá de que el tratamiento se realice con datos personales que no están incorporados aún en bancos de datos de su titularidad, se obliga a ejercer el control sobre dicho tratamiento de datos personales, a fin de que este se efectúe en cumplimiento de las disposiciones de la LPDP y su reglamento.
  45. En este sentido, teniendo en consideración que en el presente procedimiento administrativo se ha determinado que Oncosalud mantiene un Contrato de locación de servicios de asesoría y venta de programas y productos específicos<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Obrante en el folio 633 (reverso).

<sup>22</sup> Obrante en los folios 21 al 27 y 98 al 107.

“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

con GSP, y que en virtud del punto 5.2 de la cláusula quinta de dicho contrato<sup>23</sup>, GSP subcontrató a Biznes<sup>24</sup>, quien se obliga a brindar los servicios de gestión comercial para la venta de planes oncológicos prepagados de Oncosalud, corresponde determinar si la administrada en calidad de responsable del tratamiento de los datos personales debió tomar las medidas correspondientes para el cumplimiento de la LPDP y su Reglamento, a pesar de la subcontratación con terceras empresas.

46. Al respecto, el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP<sup>25</sup> señala que el responsable del tratamiento de datos personales es aquel que decide sobre dicho tratamiento. Asimismo, sobre el responsable del tratamiento de datos personales, en la Opinión Consultiva Nro. 034-2021-JUS/DGTAIPD<sup>26</sup> del 7 de septiembre de 2021, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (en adelante la **ANPD**) estableció que un ejemplo de responsable de tratamiento de un dato que no se encuentre en un banco de datos personales, es una persona natural que **decide** la difusión o publicación de una imagen que identifica a una persona.
47. A mayor abundamiento, la Agencia Española de Protección de Datos, en el procedimiento recaído en el Expediente Nro. PS/00267/2020<sup>27</sup>, estableció lo concerniente al responsable del tratamiento de los datos personales, señalando lo siguiente:

---

<sup>23</sup> “**QUINTA: CARACTERES Y FORMAS DE PRESTAR LOS SERVICIOS**  
(...)”

**5.2 Venta de Productos:**

*EL LOCADOR se compromete a brindar a EL COMITENTE el servicio de venta de sus productos, lo cual se manifiesta a través de AFILIACIONES a sus Programas o Productos, en especial los Oncológicos.*

*EL LOCADOR podrá utilizar su propio personal o subcontratar empresas colectivas o individuales, canales de venta o cualquier otro medio que considere pertinente, ofreciendo comisiones o cualquier medio de pago que no involucre pago o desembolso alguno de EL COMITENTE. Asimismo, EL LOCADOR es responsable de instruir y capacitar debidamente a la fuerza de ventas, propia o tercerizada, en relación a la naturaleza de los productos, restricciones y exclusiones, idoneidad de los programas según rango étéreo o estado de salud y, en general, de brindar al público la información idónea respecto a los programas y productos de EL COMITENTE.*

*EL LOCADOR no efectuará cobro alguno por las AFILIACIONES de manera directa, debiendo derivar el pago a cualquiera de los medios de pago que le indique EL COMITENTE, quien será el único responsable de emitir el respectivo comprobante de pago al afiliado.”*

<sup>24</sup> Obrante en los folios 32 al 97.

<sup>25</sup> **DECRETO SUPREMO Nro. 003-2013-JUS. REGLAMENTO DE LA LEY Nro. 29733 - LEY DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES**

**Artículo 2.- Definiciones**

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

(...)

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

(...)

<sup>26</sup> <https://www.gob.pe/institucion/anpd/informes-publicaciones/2164485-oc-n-034-2021-jus-dgtaipd-sobre-las-obligaciones-del-encargado-y-el-responsable-del-tratamiento-de-datos-personales>

<sup>27</sup> Véase: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00267-2020.pdf>

“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

“El responsable del tratamiento es quien tiene la obligación de garantizar la aplicación de la normativa de protección de datos y la protección de los derechos de los interesados, así como ser capaz de demostrarlo (artículos 5.2, 24, 28 y 32 del RGPD). El control del cumplimiento de la legalidad se extiende durante todo el tratamiento, desde el principio hasta el final. **El responsable del tratamiento debe actuar, en cualquier caso, de forma diligente, consciente, comprometida y activa.**

(...)

A la luz del principio de responsabilidad proactiva (art 5.2 RGPD), el responsable del tratamiento debe poder demostrar que ha tomado en cuenta todos los elementos previstos en el RGPD. Antes de externalizar un tratamiento y a fin de evitar posibles vulneraciones de derechos y libertades de los afectados, el responsable del tratamiento debe celebrar un contrato, otro acto jurídico o un acuerdo vinculante con la otra entidad que establezca obligaciones claras y precisas en materia de protección de datos.

(...)

Por tanto, el responsable del tratamiento debe establecer modalidades claras para dicha asistencia y dar instrucciones precisas al encargado del tratamiento sobre cómo cumplirlas de forma adecuada y documentarlo previamente a través de un contrato o bien en otro acuerdo (vinculante) y comprobar en todo momento del desarrollo del contrato su cumplimiento en la forma establecida en el mismo.”

(Subrayado y énfasis agregado)

48. Teniendo ello en cuenta, el responsable del tratamiento de datos personales debe garantizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos, estableciendo para ello las medidas técnicas y organizativas que sean necesarias, en función del tratamiento de datos personales que realiza, así como demostrar dicho cumplimiento.
49. Asimismo, el responsable del tratamiento es quien debe asegurarse de que se cumple con los requisitos que exige la LPDP y su Reglamento en todo el ciclo del tratamiento, es decir, la debida diligencia del cumplimiento de la normativa de protección de datos se mantiene en la cadena de contratación del tratamiento de datos personales.
50. Por tanto, de lo antes descrito se desprende que parte de las obligaciones de un responsable de tratamiento de datos personales comprende lo siguiente:
  - (i) El responsable del tratamiento debe considerar los riesgos que pueden derivarse del tratamiento de datos personales y adoptar las medidas necesarias que garanticen su seguridad.
  - (ii) El responsable debe asegurarse de que, si existe un encargo<sup>28</sup> de datos personales, el encargado aplique todas aquellas medidas técnicas y

<sup>28</sup>

Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales

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

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

organizativas necesarias para cumplir con la normativa en protección de datos personales que puedan tener incidencia en la situación jurídica del responsable.

- (iii) Decidir sobre la forma en que se ejecutará el tratamiento de los datos personales de los titulares sobre los cuales ostenta interés.
51. En el presente caso, resulta evidente que Oncosalud al ser el titular de los servicios ofrecidos por Biznes ostentaba interés en el tratamiento de los datos personales de los potenciales clientes a los cuales se realiza la contactabilidad. Por tanto, de acuerdo con el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP es posible de resultar responsable de verificarse un tratamiento indebido de dichos datos personales.
52. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la decisión o determinación en cuanto al tratamiento de datos personales por parte del responsable se encuentra establecida en el artículo 37 del Reglamento de la LPDP<sup>29</sup>, en cuanto establece que el tratamiento que haga el subcontratista se realizará en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento.
53. Así también, de conformidad con lo indicado en el fundamento 46 de la resolución impugnada, cuando en un contrato de encargo de tratamiento o en la subcontratación derivada de este se configure la comisión de una infracción y/o de cualquier hecho que implique un daño efectivo o potencial, debe tomarse en cuenta respecto de la responsabilidad, lo siguiente:
- (i) El principal obligado para preservar la licitud del tratamiento de los datos personales es el responsable de este, por lo que debe ejercer diligentemente el control de aquel y ser capaz de demostrar dicho control de ser el caso.

---

(...)

**“Artículo 2. Definiciones**

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

(...)

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

<sup>29</sup>

**Reglamento de la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-2013-JUS**

(...)

**“Artículo 37.- Tratamiento a través de subcontratación.**

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

“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

- (ii) En caso de que el responsable no haya ejercido diligentemente su rol de control sobre el encargo de dicho tratamiento y sobre el objeto de la subcontratación en tal encargo y/o no demuestre tal actuación, deberá responder por la infracción.
  - (iii) Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad del encargado por el incumplimiento o el tratamiento ilícito subsistirá respecto de aquellas acciones que implican una conducta distinta a la que se estipuló para el encargo y a las instruidas por el responsable durante la prestación del servicio.
  - (iv) Igualmente, la responsabilidad del tercero subcontratado existe, en tanto haya efectuado acciones distintas a lo estipulado en el contrato suscrito con el encargado o a lo que este le haya instruido.
  - (v) En caso de que el responsable haya ejercido de forma diligente el control de las acciones de tratamiento de datos personales objeto de encargo y de sucesiva subcontratación, y sustente adecuadamente el haber ejercitado dicho control, no le serán imputables los hechos ilícitos o dañosos.
54. Siendo así, si bien la determinación de la responsabilidad se atribuirá de acuerdo a las particularidades de cada caso concreto y de las funciones que involucran la prestación del servicio contratado, lo cierto es que en el presente caso no resulta posible deslindar la responsabilidad de Oncosalud por el tratamiento indebido que Biznes realizó sobre los datos personales de los potenciales clientes, habiéndose verificado tal hecho por lo menos en el caso del denunciante.
- C. Análisis del responsable y encargado del tratamiento de datos personales en el caso en concreto
55. En efecto, de acuerdo con lo analizado por la DPDP en los fundamentos 62 y 63 de la resolución impugnada, en el Anexo 2-B<sup>30</sup> del contrato de servicios suscrito entre GPS y Biznes se visualiza el discurso de venta o *speech* que los trabajadores del tercero subcontratado deben utilizar para vender los productos o servicios materia del contrato. En dicho discurso se facilita a esta empresa la información que se debe brindar a los clientes para ofertar los servicios de Oncosalud.
56. En este sentido, las actividades de GSP y de los terceros subcontratados están dirigidas a concretar la afiliación de clientes derivada del ofrecimiento de los productos oncológicos de la administrada, para lo cual deben cumplir con las instrucciones sobre las llamadas de televentas.

<sup>30</sup> Obrante en los folios 78 al 87 del expediente.

“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

57. Siendo así, queda acreditado que la administrada proporcionaba a los terceros subcontratados, a través de GSP, el discurso de venta o *speech* a utilizar por dichos subcontratados<sup>31</sup>, en el cual sus textos<sup>32</sup> señalan la comunicación por encargo de Oncosalud, es decir, la comercialización en la que se efectúa el tratamiento de datos personales se hace a su nombre.
58. Por tanto, esta elaboración y entrega del discurso de venta o *speech* refuerza el hecho de que Oncosalud ejerce una posición de control sobre la actividad que realizan las empresas subcontratadas para la contactabilidad a potenciales clientes, lo cual permite atribuirle la capacidad de decidir sobre el tratamiento de datos personales de los potenciales clientes y, por ende, ser pasible de ser declarada responsable de dicha actividad.
59. A mayor abundamiento, con la finalidad de acreditar la responsabilidad de la administrada en el tratamiento de los datos personales, este Despacho advierte que en relación con las llamadas de televentas que el denunciante recibió el 3 de marzo del 2020 (materia de denuncia), Oncosalud informó que a partir de la notificación de la denuncia GSP había procedido a inscribir los datos del denunciante en la lista Robinson<sup>33</sup> o también denominada lista de personas a no contactar.

<sup>31</sup> Obrante en los folios 78 al 82.

<sup>32</sup> "1. SALUDO SEGMENTO 1 (LIMA MODERNA)  
Buenos días / tardes / noches (...) nos estamos comunicando por encargo de Oncosalud, ¿NOS PERMITE CONTINUAR CON LA LLAMADA Y OFRECERLE LOS BENEFICIOS QUE TENEMOS PARA USTED Y PARTICIPAR DEL SORTEO DE UN PAQUETE DOBLE AL CARIBE? (...) SEGMENTO 2 (LIMA NO MODERNA)  
Buenos días / tardes / noches (...) nos estamos comunicando por encargo de Oncosalud, ¿NOS PERMITE CONTINUAR CON LA LLAMADA Y OFRECERLE LOS BENEFICIOS QUE TENEMOS PARA USTED Y PARTICIPAR DEL SORTEO DE UN PAQUETE DOBLE AL CARIBE? (...) SEGMENTO 3 (PROVINCIA CON PRESENCIA)  
Buenos días / tardes / noches (...) nos estamos comunicando por encargo de Oncosalud, ¿NOS PERMITE CONTINUAR CON LA LLAMADA Y OFRECERLE LOS BENEFICIOS QUE TENEMOS PARA USTED Y PARTICIPAR DEL SORTEO DE UN PAQUETE DOBLE AL CARIBE? (...)  
2. OBJETIVO DE LA LLAMADA  
El motivo de nuestra llamada es para informarle que a partir de ahora con las tarjetas Visa o Mastercard usted podrá pertenecer a un programa de beneficios y contará con asistencia médica a domicilio a [REDACTED], servicio brindado por nuestro aliado estratégico; además contará con orientación médica telefónica por teléfono las 24 horas del día sin costo alguno brindado también por nuestro aliado estratégico. Para ello, usted únicamente deberá contratar la cobertura contra el cáncer con Oncosalud. (...)  
Recuerde que deberá estar al día en sus pagos para acceder a los beneficios del programa. 1. Una vez realizado el primer pago, usted podrá acceder a nuestros beneficios transversales a través del siguiente link: [afiliado.oncosalud.pe/beneficios](https://afiliado.oncosalud.pe/beneficios) 2. Para activar el Programa de Beneficios, deberá llamar a nuestra central 513 7900 y dentro de las 48 horas podrá utilizar el servicio de telesistencias. Para solicitar el servicio deberá contactarse al 01-700-6693. Aplica sólo para Lima y Arequipa."

<sup>33</sup> Con la inclusión del número del denunciante en la Lista Robinson, la administrada indicó que luego de ello, dispuso que todos los terceros subcontratados para efectuar llamadas de televentas (entre ellos Biznes, quienes habrían realizado las llamadas objeto de denuncia, según la administrada) bloqueen los datos personales del denunciante, a fin de que no se le vuelva a llamar, al día siguiente de habersele trasladado la denuncia (25 de agosto de 2020) (folio 587) instrucción remitida por personal del grupo Auna a cada empresa subcontratada; recibiendo las confirmaciones de tales bloqueos, vía correo electrónico, desde el 15 de octubre de 2020, de acuerdo con la información adjunta a la comunicación del 26 de marzo de 2021 (folios 293 al 299 y 472 al 495).

"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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda".

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

60. En efecto, con esta acción se evidencia que tanto GSP como Oncosalud ejercían una posición de control sobre el tratamiento de datos personales del banco de datos de titularidad de Biznes, toda vez que luego de que el denunciante formulara su denuncia por tales hechos, dichas empresas incorporaron el número telefónico de denunciante en su base de datos de personas no contactables (lista Robinson). Es decir, el denunciante tuvo que ejecutar una acción de presión (mediante la interposición de una denuncia) a efectos de que Oncosalud decidiera adoptar una medida disuasiva o de control para evitar que se continúe con el tratamiento de datos personales del denunciante de manera indebida.
61. En consecuencia, esta Dirección General estima que Oncosalud es responsable del tratamiento de los datos personales de clientes o potenciales clientes a quienes directa o indirectamente (a través de terceros o empresas subcontratadas para el ofrecimiento de sus servicios) realice o ejerza algún tipo de contactabilidad a través de cualquier medio (escrito, verbal, entre otros). Por tanto, se encuentra obligada a adoptar las medidas técnicas y organizativas respectivas que conlleven al cabal cumplimiento de la LPDP y su Reglamento.
62. Por tales fundamentos, **no corresponde amparar** los argumentos de la administrada, en cuanto a este extremo de la apelación.
- D. Respecto a la base de datos de titularidad de Biznes
63. En cuanto al argumento de la administrada referido a que la base de datos de prospectos de clientes es de titularidad de Biznes y que en virtud de ello no podría existir una relación de encargo entre Oncosalud y Biznes y/o entre GSP y Biznes, corresponde reiterar que la figura del encargo de tratamiento de datos personales no implica necesariamente la entrega de dichos datos desde un banco de datos personales de titularidad del responsable, sino que el encargo puede tener como objeto una actividad de tratamiento de datos recopilados o incorporados en un banco de datos personales de titularidad del encargado o tercero subcontratado, que tengan como finalidad ser incorporados en el banco de datos del titular que encarga el tratamiento.
64. Por tanto, el hecho que la empresa Biznes cuente con su propio banco de datos personales no exime a Oncosalud de la calidad de responsable del tratamiento de datos personales, por lo que debe adoptar todas las medidas necesarias para que la actividad subcontratada se ejerza cumpliendo las disposiciones en materia de protección de datos personales, incluso si aquella no fue quien proporcionó o facilitó el banco de datos personales.

---

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

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

65. Asimismo, alegar que existiría una presunta afectación del principio de causalidad debido a que Oncosalud no es titular del banco de datos personales no resulta amparable, puesto que una vez que la tercera empresa subcontratada concreta la incorporación de nuevos afiliados, su información pasa de inmediato a formar parte del banco de datos de Oncosalud. Por tanto, no es posible deslindar a Oncosalud de las obligaciones que ostenta como responsable de los datos personales de los afiliados.
66. En consecuencia, **corresponde desestimar** lo señalado por la administrada en el recurso de apelación respecto a este extremo.
- E. Respecto a la Opinión Consultiva Nro. 034-2021-JUS/DGTAIPD del 7 de setiembre de 2021
67. Mediante la Opinión Consultiva Nro. 034-2021-JUS/DGTAIPD<sup>34</sup> del 7 de setiembre de 2021, la ANPD estableció parámetros sobre las obligaciones del encargado y el responsable del tratamiento de datos personales.
68. Cabe resaltar que en esta opinión se han establecido las obligaciones del encargado y responsable desde el punto de vista del titular del banco de datos personales<sup>35</sup>, es decir, cuando es el propio titular de banco de datos personales quien realiza el encargo del tratamiento a un tercero. Sin embargo, en dicha opinión no se aprecia pronunciamiento en el caso que el responsable el tratamiento de los datos personales no se constituya en el titular del banco de datos personales.
69. Tal como se ha indicado previamente, el artículo 2.14 del Reglamento de la LPDP contempla que el responsable del tratamiento es aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales. Por tanto, el responsable del tratamiento no necesariamente tiene que ser el titular del banco de datos, sino es quien ejerce el control y define la forma del tratamiento de los datos personales.
70. En tan sentido, no resulta correcto lo señalado por la apelante en el sentido de que la ANPD ya habría emitido un criterio sobre este aspecto, pues la Opinión

<sup>34</sup> <https://www.gob.pe/institucion/anpd/informes-publicaciones/2164485-oc-n-034-2021-jus-dgtaipd-sobre-las-obligaciones-del-encargado-y-el-responsable-del-tratamiento-de-datos-personales>

<sup>35</sup> **Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales**

(...)

**Artículo 2. Definiciones**

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

**17. Titular del banco de datos personales.** Persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad.”

“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

Consultiva en cuestión no ha contemplado el supuesto del responsable del tratamiento de los datos personales cuando no es titular del banco de datos.

71. Por tales motivos, **no corresponde amparar** este extremo de los argumentos del recurso de apelación de la administrada.
- F. Sobre los conceptos de interés y beneficio señalados por la DPDP en la resolución de sanción, en relación con el responsable del tratamiento
72. En apelación Oncosalud, también ha señalado que la DPDP determinaría que cuando la actividad encargada se dirija a satisfacer el interés de una determinada empresa, sería esta la responsable del tratamiento que se realice, debiendo ejercer el control sobre el desarrollo de dicha actividad asignada a la encargada y al tercero subcontratado; sin embargo, este elemento de satisfacción de interés no se encontraría previsto en el concepto de responsable de tratamiento. Asimismo, precisa que Oncosalud no recibiría ganancias con el simple contacto, a diferencia de los *call centers* que sí obtendrían comisiones por llamadas concretadas en venta.
73. Al respecto, en los fundamentos 71 y 72<sup>36</sup> de la resolución impugnada, la DPDP señaló que el objetivo de la realización de las llamadas de televentas es justamente concretar una venta de los servicios o productos ofrecidos, objetivo comercial sobre el que Oncosalud tiene interés. Por tanto, una vez que se concreta tal venta se puede encontrar 2 ámbitos de resultados:
- (i) Beneficio económico, en los casos donde se consiguió comprometer al receptor de la llamada a adquirir el producto, implicando un ingreso para la administrada.
  - (ii) Carencia de beneficio económico, en los casos en que la actividad de prospección (llamada de televenta) no se completó.
74. Por tanto, la DPDP consideró que el beneficio económico es una de las dos consecuencias posibles de las actividades de prospección, con las que se satisfizo el interés comercial de la administrada, siendo esto último lo que determina su responsabilidad sobre el tratamiento de los datos en las llamadas de televentas.
75. En efecto, este Despacho advierte que uno de los argumentos de la DPDP para determinar a Oncosalud como responsable del tratamiento de los datos personales es el interés comercial y el beneficio económico que la administrada percibiría como consecuencia de la actividad ejecutada por GSP y/o las terceras empresas subcontratadas.

---

<sup>36</sup> Obrante en el folio 633.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

76. Cabe indicar que las autoridades de la administración pública deben regir sus actuaciones en el marco del principio de legalidad, es decir, con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le hayan sido conferidas<sup>37</sup>, de tal forma que las decisiones que adopte se encuentren bajo parámetros de objetividad evitando cualquier tipo de arbitrariedad que vulnere el derecho de los administrados. Sin embargo, ello debe encontrarse en armonía con el ejercicio de las funciones propias de la potestad sancionadora y de su inevitable contenido y naturaleza discrecional, de acuerdo con una adecuada valoración de los elementos existentes en el expediente y el criterio del juzgador en cada caso en concreto, lo cual no necesariamente implicará que la adopción de un criterio sea indebido o incorrecto.
77. Por tanto, si bien el interés y beneficio no se encuentran previstos taxativamente en la normativa de protección de datos personales como elementos que determinan la configuración de la responsabilidad de un administrado, ello no conlleva a determinar que el criterio de la DPDP sea incorrecto o que haya realizado una interpretación contraria a ley, sino que forma parte de la valoración propia que como autoridad sancionadora ejerce de acuerdo con los elementos a su alcance a fin de adoptar una decisión respecto de la controversia.
78. Así, en adición a otros elementos valorados por la DPDP para analizar la configuración de la conducta<sup>38</sup>, dicho órgano consideró que el beneficio que podría percibir con la afiliación de clientes a través de las llamadas de televenta efectuadas por empresas de *call center* era un elemento de valoración adicional para establecer la posición de control que Oncosalud ejercería sobre el tratamiento de los datos personales.
79. Asimismo, es preciso diferenciar que el beneficio económico (derivado del interés comercial) al que se refiere la DPDP se constituye en el beneficio que puede percibir Oncosalud una vez que la empresa *call center* afilia a un nuevo cliente, pues este cliente abonará un monto mensual como concepto de pago de seguro oncológico. Así, dicho beneficio no es el mismo que el beneficio económico considerado al momento de realizar la graduación de la sanción, pues en el caso

<sup>37</sup> **DECRETO SUPREMO Nro. 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nro. 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

### TÍTULO PRELIMINAR

#### Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

**1.1. Principio de legalidad.**- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...)

<sup>38</sup> Como el tratamiento por encargo de los datos personales, así como el discurso de venta o speech que proporciona a GSP y/o las terceras empresas subcontratadas.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

concreto no se ha determinado en montos o porcentaje alguna ganancia a favor de Oncosalud, sino que corresponden a elementos distintos.

80. De otro lado, sobre el interés comercial, resulta evidente que Oncosalud, al contratar a terceros para la venta de sus programas oncológicos conlleva un interés en la afiliación de clientes, el cual tiene un carácter evidentemente comercial. De ese modo, al igual que en el supuesto anterior, la DPDP valoró dichos componentes para acreditar la calidad de responsable del tratamiento por parte de Oncosalud.
- G. En cuanto a la supuesta afectación del principio de tipicidad por la inadecuada interpretación del responsable del tratamiento de datos personales
81. Oncosalud ha alegado que la DPDP interpreta la definición de titular o responsable del tratamiento de datos de una forma que excede lo contemplado en la LPDP y su Reglamento, por lo que incluye los conceptos de beneficio comercial e interés como elementos dirimientes para identificar a dichos sujetos (titular y responsables del tratamiento), sin considerar que los mismos no han sido adoptados por los cuerpos legales de la materia.
82. Conforme se desarrolló en los fundamentos precedentes, el numeral 14 del artículo 2 del Reglamento de la LPDP prevé que el responsable del tratamiento es aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales. Es decir, el responsable del tratamiento no necesariamente tiene que ser el titular del banco de datos, pues dicho responsable es quien define la forma del tratamiento de los datos personales.
83. Teniendo ello en cuenta, la DPDP se limitó a realizar una interpretación sistemática y coherente del texto normativo de la LPDP y su Reglamento, por lo que no se advierte la presunta afectación al principio de tipicidad y/o legalidad<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> **DECRETO SUPREMO Nro. 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nro. 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**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.

(...)

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

84. Como se indicó en los fundamentos 74 y 75 de la presente resolución, si bien las autoridades administrativas rigen sus actuaciones en el marco del debido respecto a las leyes y el derecho dentro de sus facultades, lo cierto es que la potestad sancionadora tiene un inevitable contenido y naturaleza discrecional, más aún si se trata de supuestos que involucran conceptos jurídicamente abiertos o no previstos taxativamente en la norma, por lo que la evaluación del juzgador dependerá de los elementos existentes en cada caso en concreto.
85. Por tanto, la DPDP en ejercicio de sus competencias interpretó sistemáticamente lo dispuesto en el artículo 2.14 de la LPDP y en el Reglamento de la LPDP y, de acuerdo con ello y los elementos de valoración obrantes en el expediente, determinó que Oncosalud sí resultaba ser responsable por la conducta infractora (incumplir la disposición de obtener válidamente el consentimiento, lo cual es una infracción sancionable tipificada en el literal b) del numeral 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP), tomando como uno de los elementos de valoración el beneficio que podría percibir con la afiliación de clientes a través de las llamadas de televenta efectuadas por empresas de call center. Por tanto, no se advierte la alegada vulneración al principio de tipicidad y/o legalidad alegados.
86. Por tales motivos, **no corresponde amparar** este extremo de la apelación presentada por la administrada.

### **V.2 Evaluar si la DPDP, a través de la resolución de sanción, vulneró el principio de predictibilidad o confianza legítima al haberse apartado de lo resuelto en la Resolución Nro. 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP**

87. En su recurso de apelación, la administrada señala que la DPDP analizó el alcance de la responsabilidad de Oncosalud respecto a las llamadas que realizan los *call centers* subcontratados por GSP en la Resolución Nro. 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP en la que se habría indicado que dichas empresas son los titulares de las bases de datos personales. Añadió que en el apartado 8.1.3 de la referida resolución, la DPDP habría desarrollado sobre el titular del banco de datos personales concluyendo que se advierte una relación jurídica de encargo de gestión comercial entre el reclamado y las empresas de *call center* y son estas quienes realizarían el tratamiento de datos personales y, por tanto, se constituyen en titulares de los bancos de datos de prospectos de clientes.
88. Oncosalud refiere también que la DPDP contravino el principio de predictibilidad o confianza legítima, pues la DPDP fijó un antecedente al señalar que los *call centers* son los responsables del tratamiento de los datos que hayan obtenido de un banco de datos de su titularidad, lo cual generó la expectativa razonable y legítima en Oncosalud de que ante casos similares se adoptaría el mismo criterio.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

89. Al respecto, el principio de predictibilidad o de confianza legítima<sup>40</sup> se encuentra previsto en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley Nro. 27444. Este principio establece que la autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.
90. Ahora bien, esta Dirección General ha tenido oportunidad de revisar la Resolución Directoral Nro. 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP<sup>41</sup> emitida en el marco del procedimiento trilateral de tutela recaído en el Expediente Nro. 004-2017-PTT. En dicha resolución la DPDP evaluó la reclamación formulada por un ciudadano contra Oncosalud debido a las llamadas recurrentes que recibía donde le ofrecían servicios de dicha empresa. En ejercicio de su derecho de acceso y cancelación, solicitó que se le informe toda la data que Oncosalud tenía sobre dicha persona, así como la forma cómo se había recopilado dicha información.
91. En dicho procedimiento la DPDP declaró infundada la reclamación debido a que Oncosalud no realizaba directamente el tratamiento de los datos personales de los prospectos de clientes; sino que se había verificado que las llamadas eran realizadas por empresas *call center*. Por tanto, dicho ciudadano debía ejercer sus derechos ARCO ante dichas empresas titulares de los bancos de datos.
92. Ahora bien, en el presente caso, la materia de discusión no se circunscribe a una reclamación iniciada por un ciudadano en ejercicio de sus derechos ARCO<sup>42</sup>, sino a un procedimiento administrativo sancionador por presuntos incumplimientos de la normativa de protección de datos, cuya consecuencia puede culminar con la

---

<sup>40</sup> **DECRETO SUPREMO Nro. 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nro. 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL TÍTULO PRELIMINAR**

**Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

**1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.**- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...)

<sup>41</sup> <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/589686/RD-378-2017-DPDP.pdf>.

<sup>42</sup> Que se tramita como un procedimiento trilateral de tutela de derechos, es decir, la decisión tiene efectos únicamente sobre la esfera jurídica particular del reclamante.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

imposición de una sanción de ser hallado responsable, así como la imposición de medidas correctivas que buscan restablecer los efectos jurídicos de la conducta y evitar que esta se siga produciendo<sup>43</sup>.

93. Si bien ambos procedimientos podrían partir de situaciones de hecho similares, lo cierto es que el ámbito objetivo de análisis de las materias que se discuten es distinto, así como los efectos de la decisión de la autoridad.
94. Por lo demás, es pertinente indicar que si bien los criterios esgrimidos por las autoridades se sujetan a los principios de legalidad, así como predictibilidad y confianza legítima, no se puede inobservar que las cuestiones controvertidas pueden cambiar con la transcurrir del tiempo y/o tornarse más complejas. Ello significa que los criterios de las autoridades administrativas no tienen el carácter de inmutables o inalterables, sino que de acuerdo con las particularidades de cada caso pueden ser modificados siempre y cuando se expresen las razones sustentadas y fundamentadas que conlleven a dicho cambio de criterio.
95. Por tales motivos, **no corresponde amparar** este extremo del recurso de apelación.

### **V.3 Determinar si correspondía que la DPDP considere como condición eximente de responsabilidad la incorporación del número de celular del denunciante en una base (lista) para no volverlo a contactar**

96. En apelación, Oncosalud señaló que la DPDP no habría valorado su conducta relacionada con una subsanación al haber coordinado con GSP para incluir los datos del denunciante en una lista de personas que no desean ser contactadas ("Lista Robinson"). Ello generó que los *call centers* no vuelvan a contactar al denunciante con la finalidad de solicitar un consentimiento para fines publicitarios y/u ofertarle servicios de Oncosalud. Además, esta situación habría ocurrido varios meses antes de la notificación con la imputación de cargos que dio inicio al presente procedimiento sancionador.
97. Como se puede observar advierte que la administrada solicita considerar como eximente de responsabilidad su conducta por el hecho de haber dispuesto el bloqueo y cese del uso de los datos personales del denunciante el 25 de agosto de 2020, fecha previa a la notificación de la resolución de inicio del presente procedimiento<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> En el presente procedimiento se ha determinado que la empresa tercera Biznes es titular del banco de datos prospección de clientes como *call center* para el ofrecimiento de planes oncológicos de Oncosalud, determinándose que ello no exime a Oncosalud del cumplimiento de obligaciones como responsable del tratamiento de los datos personales.

<sup>44</sup> Resolución Directoral N.º 204-2020-JUS/DGTAIPD-DFI de 30 de diciembre de 2020, notificada mediante Oficio N.º 3-2021-JUS/DGTAIPD-DFI el 12 de enero de 2021.

*"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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda".*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

98. Al respecto, el artículo 257<sup>45</sup> del TUO de la LPAG establece en el literal f) del inciso 1 que la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, constituye eximente de responsabilidad; y, que el reconocimiento del infractor de su responsabilidad de forma expresa y por escrito después de iniciado el procedimiento administrativo sancionador es considerado como condición atenuante de responsabilidad.
99. Al respecto, Morón Urbina<sup>46</sup> señala que *“Toda infracción es jurídicamente subsanable, lo que impide o dificulta su subsanabilidad es la posibilidad o no de revertir los efectos dañosos producidos”*.
100. Por ello, corresponde que las autoridades administrativas involucradas en las acciones de fiscalización y sanción analicen si las acciones implementadas por los administrados lograron el objetivo de subsanar el incumplimiento detectado, de acuerdo con el caso en concreto.
101. En el presente caso, de la revisión de los actuados en el expediente no se aprecia que Oncosalud haya reconocido su responsabilidad de manera expresa respecto de los hechos o la conducta infractora imputada en su contra, elemento normativo necesario para que se configure un eximente y/o atenuante de responsabilidad. Sin perjuicio de ello, a efectos de analizar el argumento formulado en apelación, este Despacho realizará un análisis sobre si, de haberlo reconocido expresamente, correspondería acoger lo señalado por Oncosalud.
102. Estando con lo señalado, esta Dirección aprecia que la configuración de la llamada de televentas posterior a la manifestación de denegatoria de consentimiento del denunciante (3 de marzo de 2020 fecha de interposición de denuncia por llamadas efectuadas en el mismo día) conlleva en sí misma la consumación de la infracción

<sup>45</sup> **DECRETO SUPREMO Nro. 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nro. 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

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

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

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
- f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.

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.

<sup>46</sup> MORÓN, Juan. *“Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444.”* Tomo II. Año 2017. Gaceta Jurídica: Lima, p. 513.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”*.

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

y el despliegue de sus efectos: la contradicción de la voluntad de dicha persona que conlleva el uso no autorizado de sus datos personales.

103. En efecto, se aprecia el carácter irreversible del efecto del uso no consentido de los datos personales del denunciante, el contacto telefónico no deseado, así como otro factor muy importante: la persistencia del riesgo de que dicha acción se repita, en tanto la administrada no disponga el bloqueo y cese de tratamiento de dichos datos, lo cual sucedió después del 24 de agosto de 2020.
104. En este sentido, las consecuencias negativas del hecho infractor produjeron efectos, al haber efectuado llamadas al denunciante sin su consentimiento, es decir, la infracción fue consumada; por lo que las acciones que se ejecuten para contrarrestar tales efectos, no podrán subsanarlos totalmente, solo alcanzaron a minimizar los efectos antijurídicos y su trascendencia, al detener el riesgo de que nuevamente se de este contacto no deseado, con el cese del tratamiento de los datos personales.
105. Asimismo, como ha señalado la DPDP en el fundamento 125 de la resolución impugnada, el denunciante indicó a las operadoras de call center que hubo más de una llamada de televentas posterior a la denegatoria de consentimiento, por lo que se estaría configurando un supuesto de infracciones continuadas, de consumación inmediata, que vulneran la disposición normativa referida a la obtención del consentimiento válido.
106. A mayor abundamiento, si bien este procedimiento se ha iniciado como consecuencia de la denuncia del señor ██████ se ha evidenciado que la administrada no ha tenido la diligencia ni ha probado las medidas que adoptó para asegurarse que los call center contratados, utilicen en la campaña comercial a su favor, datos personales obtenidos cumpliendo las exigencias de la LPDP y su reglamento; por lo que, es razonable inferir que podría estar realizándose tratamiento de datos de otros ciudadanos bajo las mismas condiciones.
107. Corresponde indicar que, el tratamiento de datos personales afecta de manera directa el derecho constitucional protegido y que las empresas que intervienen en estas operaciones referidas al tratamiento de datos personales no pueden desentenderse de sus obligaciones.
108. En el presente caso Oncosalud, debió haber previsto las medidas técnicas y organizativas sobre la procedencia de los datos personales tratados en la campaña comercial realizada en su beneficio y poner a disposición los medios necesarios para impedir que los datos sean tratados sin consentimiento; sin embargo, tales acciones no ocurrieron, pues no consta en el expediente prueba de alguna medida adoptada por Oncosalud para que el tratamiento de los datos utilizados en su campaña comercial se realice conforme a la LPDP y su Reglamento.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## *Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD*

109. Sin embargo, la DPDP ha considerado estas acciones como atenuantes de responsabilidad de conformidad con el fundamento 129<sup>47</sup> de la resolución impugnada, al señalar que al estarse cumpliendo el objetivo de la fiscalización y de este procedimiento sancionador (que es hacer cumplir la LPDP y su reglamento respecto de los datos personales del denunciante) será objeto de atenuación.
110. Por tales motivos, **no corresponde amparar**, los argumentos de la administrada respecto a este extremo.

### **V.4 Determinar si la DPDP, al momento de determinar el monto de la sanción, valoró de manera correcta los factores de graduación de la sanción**

111. En el recurso de apelación, con relación a la graduación de la sanción, la administrada refiere que la primera instancia reconoce que no ha existido un perjuicio más allá de la identificación concreta del denunciante, así, no se ha generado un daño grave, que, asimismo, este procedimiento administrativo sancionador no tutela intereses difusos o colectivos, sino, los de un solo administrado, y que este hecho no ha sido valorado por la autoridad a fin de graduar debidamente la multa impuesta.
112. La administrada indica que la sanción es desproporcionada en relación con las medidas impuestas por la autoridad anteriormente ante infracciones similares (Resolución Directoral Nro. 04-2020-JUS/ DGTAIPD multa de 5.01 UIT por el tratamiento de datos personales sin consentimiento del titular; y Resolución Directoral Nro. 4074-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP con de 5.01 UIT por el tratamiento de datos personales sin consentimiento del titular).
113. De los argumentos señalados, esta Dirección concluye que la DPDP realizó la graduación de la sanción en el numeral 146 de la resolución impugnada, valorando que el incumplimiento del artículo 13.5 del artículo 13 de la LPDP y de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de dicha ley, implican la vulneración de uno de los principios del tratamiento de datos personales, como es el principio de Consentimiento, el cual es la principal garantía de la autodeterminación informativa reconocida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia STC Nro. 04387-2011-PHD/TC, que a su vez conlleva a inobservar la voluntad de la persona que no desea consentir el tratamiento de sus datos por parte de terceros.
114. Ahora bien, en el caso de los procedimientos iniciados por infracciones en materia de protección de datos, las disposiciones especiales son el Reglamento de la LPDP y la Metodología para el Cálculo de Multas en materia de Protección de Datos Personales, aprobada mediante la Resolución Ministerial Nro. 0326-2020-JUS (en adelante la Metodología para el Cálculo de Multas). Cabe precisar que

---

<sup>47</sup> Obrante en el folio 634 del expediente.

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

los criterios de graduación adoptados en dicha normativa se encuentran acordes con los criterios de razonabilidad previstos en el TUO de la Ley Nro. 27444.

115. De acuerdo con lo señalado, las normas aludidas en el párrafo anterior desarrollan de forma clara y objetiva el método para calcular las sanciones que corresponden imponer por cada infracción, así como los descuentos que se deben aplicar en atención a las circunstancias particulares de cada caso.
116. Así, se tiene que la Metodología para el Cálculo de Multas, en concordancia con el TUO de la Ley Nro. 27444, ha establecido que en aquellos casos de reconocimiento de la responsabilidad el factor de reducción será del 30% sobre el valor de la multa base.
117. En el presente caso, de la revisión de la Resolución Directoral Nro. 189-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP se advierte que la DPDP, para graduar las sanciones a imponer, tomó en consideración lo dispuesto en el Reglamento de la LPDP y la Metodología para el Cálculo de Multas. Así, la DPDP realizó el cálculo de la multa aplicable teniendo en cuenta los siguientes factores de graduación:

En total, los factores de graduación suman un total de 25%, así como se muestra en el siguiente cuadro:

Factores de graduación	Calificación
f1. Perjuicio económico causado	0%
f2. Reincidencia	0%
f3. Circunstancias	
f3.1 La conducta infractora genera riesgo o daño a una persona	10%
f3.6 Entorpecimiento en la investigación y/o durante el procedimiento	15%
f3.8 Colaboración con la autoridad, reconocimiento espontáneo y acción de enmienda, después de notificado el inicio del procedimiento sancionador	-30%
f4. Intencionalidad	30%
<b>f1+f2+f3+f4</b>	<b>25%</b>

118. Como se puede observar, la DPDP consideró que correspondía aplicar:
- (i) Como factor atenuante, - 0.30 debido a la colaboración con la autoridad, reconocimiento espontáneo y acción de enmienda, después de notificado el inicio del procedimiento sancionador de Oncosalud; y,
  - (ii) Como factor agravante: (a) 0.10 por el riesgo o daño generado a una persona; (b) 0.15 por el entorpecimiento de la investigación y/o durante el procedimiento; e, (c) 0.30 por la intencionalidad.
119. Con relación al riesgo o daño generado, la determinación de la responsabilidad de un administrado por una infracción a las disposiciones de la LPDP y su reglamento no se limita únicamente a la verificación de una afectación particular producida sobre una o un grupo de personas en particular, sino al efecto real o potencial que

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

dicha conducta genera en perjuicio de aquellas. Por tanto, para la configuración de este criterio basta constatar que la existencia del daño sea potencial.

120. En tal sentido, corresponde desestimar el argumento de la administrada referido a que la sanción se determinó sobre intereses difusos, pues inclusive en el presente caso se constató una afectación generada por lo menos en la esfera jurídica del denunciante, es decir, una corroboración fáctica del nivel de afectación producido.
121. Con relación al entorpecimiento, la DPDP consideró que algunas actuaciones ejecutadas por Oncosalud durante el procedimiento<sup>48</sup>, si bien no alteraron el análisis y estudio de las cuestiones centrales, conllevaron a acciones de indagación posterior. Es decir, según la DPDP, los argumentos de defensa formulados y/o los medios probatorios presentados habrían implicado un entorpecimiento de la investigación y/o la marcha del procedimiento.
122. Si bien la Metodología para el Cálculo de Multas en efecto contempla como uno de los factores agravantes de la conducta el entorpecimiento en la investigación y/o durante el procedimiento, dicha normativa no desarrolla los alcances de la aplicabilidad de dicho factor. No obstante, la interpretación que se realice de tal agravante debe encontrarse en línea con lo dispuesto en el artículo 248.4 del TUO de la Ley Nro. 27444<sup>49</sup> que recoge el principio de tipicidad recogido en el ámbito de la potestad sancionadora de la autoridad administrativa, según el cual *“las conductas sancionables administrativamente únicamente pueden ser las*

---

<sup>48</sup> (i) La entrega de datos personales para la realización de llamadas de televentas, que se desprende de la comunicación entre la administrada y “Grupo Antel” (desarrollado en los considerandos 132 y 133 de esta resolución directoral), que contradiría lo señalado por la administrada desde el 4 de septiembre de 2020.  
(ii) La identificación de Biznes S.A.C. como la empresa subcontratada desde la cual se efectuaron las llamadas cuestionadas por el denunciante, según señaló la administrada el 4 de septiembre de 2020; lo cual sería contradictorio en la comunicación entre dicha empresa y la administrada de octubre de 2020, de acuerdo con lo que se desarrolló en los considerandos 117, 118 y 134 a 136 de esta resolución directoral.

<sup>49</sup> **DECRETO SUPREMO 006-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nro. 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**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.

(...)

*“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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

*infracciones previstas expresamente mediante la identificación cierta de aquello que se considera ilícito para los fines públicos de cada sector estatal”<sup>50</sup>.*

123. Siendo así, para la configuración del agravante de entorpecimiento no bastaría que la autoridad se limite a señalar la existencia de una presunta falsedad, discrepancia o contradicción en los argumentos y/o medios probatorios presentados por un administrado durante el desarrollo del procedimiento, sino en la ejecución o adopción de acciones verificables y demostrables que conllevarían a un entorpecimiento de las funciones de la autoridad. Es decir, que el cumplimiento de las labores de los órganos de primera instancia se haya visto indebidamente impedido u obstaculizados por acciones directas e intencionales del administrado investigado<sup>51</sup>.
124. En consecuencia, el fundamento esgrimido por la DPDP para sustentar este agravante está orientado a un aspecto vinculado con el análisis, interpretación y/o valoración probatoria que como autoridad debe realizar al momento de resolver, corroborando si los argumentos de defensa logran contradecir o no los hechos imputados, mas no evidencia una conducta punible y/o gravosa vinculada a un entorpecimiento de sus funciones. Ello sin perjuicio de la adopción de acciones adicionales que la autoridad haya podido ejecutar a fin de adoptar una decisión, pues, tal como se ha indicado, ello forma parte del ejercicio de las funciones propias que la autoridad debe desarrollar a efectos de resolver una controversia. Por tanto, no corresponde aplicar este factor agravante a efectos de calcular la multa a imponer.
125. Por tanto, este Despacho considera que corresponde **amparar en parte** este extremo de la apelación presentada por la administrada. Considerando lo antes expuesto y los valores asignados en la Metodología de cálculo de sanciones a cada uno de los criterios agravantes y atenuantes, debe considerarse lo siguiente:

### Literal b) del inciso 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP

Factores de graduación	Calificación
f1. Perjuicio económico causado No existe	0%
f2. Reincidencia No existe	0%
f3. Las circunstancias	0%
f3.1 La conducta infractora genera riesgo o daño a una persona	10%

<sup>50</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima Edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2014. P. 766.

<sup>51</sup> A modo ilustrativo, el impedimento de ingreso de los funcionarios a las instalaciones de la empresa a efectos de realizar una visita inspectiva, la destrucción de evidencia y/o elementos probatorios, entre otros.

*“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://sqd.minius.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minius.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minius.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minius.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

f3.6 Entorpecimiento en la investigación y/o durante el procedimiento	0%
f3.7 Reconocimiento de responsabilidad expreso y por escrito de las imputaciones, después de notificado el inicio del procedimiento sancionador	-30%
f3.8 Colaboración con la autoridad y acción de enmienda parcial, después de notificado el inicio del procedimiento sancionador	0%
f4. Intencionalidad	30%
<b>f1+f2+f3+f4</b>	<b>10%</b>

126. Así, luego de aplicar la fórmula de multa prestablecida para su cálculo, el resultado es el siguiente:

Componentes	Valor
Monto base (Mb)	22.50 UIT
Factor de agravantes y atenuantes (F)	1.10
<b>Valor de la multa</b>	<b>24.75 UIT</b>

- 25 Por tanto, la multa a imponer a Oncosalud corresponde a veinticuatro punto setenta y cinco (24.75) UIT.

### V.5 Otros argumentos del recurso de apelación

#### En cuanto al derecho de cancelación en relación con la obtención del consentimiento válido

- 26 En apelación, la administrada, refiere que la DPDP en el fundamento 107 de la resolución impugnada menciona que la negativa del titular del dato no se puede tratar como el ejercicio de su derecho de cancelación y, por ende, excluyen la posibilidad de que exista un plazo para que la empresa pueda adoptar las acciones para eliminar el dato de la base de contacto, exigiendo que esto se realice de manera inmediata. Señala que el Reglamento de la LPDP establece que, si el titular de datos personales decide negar de manera total la posibilidad de tratamiento de sus datos, esta manifestación de voluntad se tratará bajo las reglas de cancelación; por tanto, el plazo para la atención de dicho ejercicio es de diez (10) días hábiles y no de manera inmediata como lo pretende imponer la DPDP.
- 27 Al respecto, sobre los derechos del titular de los datos personales (derecho a la información, acceso, rectificación, cancelación, oposición y tratamiento objetivo de datos personales), estos se ejercitan sobre datos personales cuyo tratamiento inicialmente fue debidamente permitido, sea por el consentimiento otorgado, por

*"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://sqd.minius.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minius.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minius.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minius.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda".*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

la necesidad para alcanzar una determinada finalidad, por ser necesarios para un vínculo contractual o, para el caso de la oposición, cuando los datos personales fueron obtenidos de una fuente de acceso pública; situación distinta a la de la denegatoria del consentimiento, con el cual el tratamiento mantiene su ilicitud originaria si persiste, al no haber adquirido legitimidad.

- 28 Por tanto, en el presente caso, no corresponde que la administrada alegue que la DPDP debe ceñirse al plazo de respuesta con el cual constan estos derechos para su otorgamiento, ello con la finalidad de cesar con el tratamiento de los datos personales del denunciante, pues como se indicó en el párrafo precedente, los derechos del titular de los datos personales no pueden ser equiparados con las condiciones de otorgamiento del consentimiento, pues es deber de la administrada realizar las acciones que acrediten el cese de la vulneración de los derechos del denunciante de manera inmediata.

### En cuanto a la presunta entrega de información falsa

- 29 La administrada indica que la DPDP realizó la evaluación sobre el correo electrónico emitido por el propio Biznes que menciona la frase “no hemos marcado esos números” y que ninguno se refiere al número del denunciante. Así, añadió entre otros argumentos que el correo por sí solo no es prueba de que Oncosalud haya brindado información falsa al procedimiento. Es más, el correo electrónico del 25 de agosto de 2020 (adjunto como anexo 8-B) emitido por la misma representante de Biznes advierte que el *call center* reconoce la realización de la segunda llamada objeto de controversia, la describe y menciona que no volvió a marcarse el número que recibió dicha llamada (de titularidad del denunciante).
- 30 Sobre el particular, resulta necesario indicar que la infracción objeto de análisis en el presente procedimiento corresponde a la presunta infracción por tratamiento de datos personales sin haber obtenido válidamente el consentimiento para tales efectos y no por una presunta información falsa. Por lo que carece de objeto que este Despacho se pronuncie sobre los argumentos vinculados al respecto.
- 31 Sin perjuicio de ello, de acuerdo con el fundamento 137 de la resolución impugnada, la DPDP remitió copia de los actuados a la DFI para la evaluación del inicio de acciones de fiscalización respecto ante una presunta comisión de la infracción por presentación de imputación falsa. Es decir, la DFI evaluará si existente elementos suficientes e idóneos para iniciar un procedimiento sancionador contra Oncosalud por dicha conducta y, de ser el caso, Oncosalud tendrá oportunidad de formular sus argumentos de defensa al respecto.
- 32 Por tales motivos, **no corresponde amparar** estos extremos 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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*

## Resolución Directoral Nro. 009-2023-JUS/DGTAIPD

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, 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;

### RESOLUCIÓN:

**PRIMERO.** Declarar **FUNDADO en parte** el recurso de apelación presentado por **ONCOSALUD S.A.C.** y, en consecuencia:

- **REVOCAR** la Resolución Directoral Nro. 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP de 7 de diciembre de 2021 en el extremo que determinó el monto de la multa en 28.13 Unidades Impositivas Tributarias por la infracción imputada. En consecuencia, **REFORMULAR** el cálculo de la multa al monto de **veinticuatro punto setenta y cinco (24.75) Unidades Impositivas Tributarias.**
- **CONFIRMAR** la Resolución Directoral Nro. 3439-2021-JUS/DGTAIPD-DPDP de 7 de diciembre de 2021 en todos sus demás extremos.

**SEGUNDO.** Notificar 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.



Firmado digitalmente por LUNA CERVANTES Eduardo Javier FAU 20131371617 soft

**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://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/login.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp) e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o [https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc\\_web/verifica.jsp](https://sqd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp) e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda”.*