

## La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales emite criterio jurisprudencial sobre el principio de responsabilidad proactiva y demostrada

La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (“ANPD”) sancionó a una organización producto de la omisión de control diligente de las actividades de sus encargados de tratamiento de datos personales al realizar contactos por vía telefónica. La infracción detectada estuvo relacionada al principio del consentimiento. La ANPD impuso una multa final de 24.75 UITs (US\$ 33 mil dólares aproximadamente).

### CONCEPTOS CLAVE



#### ¿Quién es el responsable del tratamiento?

Toda persona jurídica o persona natural que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no sea titular de un banco de datos personales.



#### ¿Quién es el encargado del tratamiento?

Persona jurídica o persona natural que realiza el tratamiento de datos personales por encargo del responsable del tratamiento, en virtud de una relación jurídica que los vincula y delimita su ámbito de actuación (usualmente un proveedor de servicios).



## ¿Qué es el tratamiento a través de la subcontratación?

Cuando el Encargado del tratamiento subcontrata a un tercero para que realice las actividades de tratamiento de datos. Esto se da siempre y cuando (i) el Responsable del tratamiento autorice previamente la suscripción del contrato o convenio, o (ii) si ya estaba estipulada en el contrato entre el Encargado de tratamiento y el Responsable del tratamiento.

El tercero subcontratado asume las mismas obligaciones establecidas en la LPDP y su Reglamento al Encargado de tratamiento. Sin embargo, asumirá las obligaciones del Responsable del tratamiento o Encargado de tratamiento cuando:



Destine o utilice los datos personales con una finalidad distinta a la autorizada.



Efectúe una transferencia de datos, incumplimiento las instrucciones del titular del banco de datos personales, aun cuando sea para la conservación de dichos datos.

## EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO FRENTE A LOS ENCARGADOS DEL TRATAMIENTO O TERCEROS SUBCONTRATADOS:

El Responsable del tratamiento decide y ejerce el control supremo sobre las actividades de tratamiento, finalidad y preservación de seguridad de los datos personales de su titularidad.



Producto del tratamiento de los datos personales, el responsable del tratamiento goza de los beneficios que conlleva la actividad del tratamiento de los datos personales.



Entre los medios que emplea el Responsable del tratamiento para satisfacer sus intereses comerciales, está el contratar a Encargados del tratamiento o terceros subcontratados.



Entonces, al ser un proceso comercial de interés del Responsable del tratamiento, éste tiene la obligación de garantizar un lícito y adecuado tratamiento de los datos personales de su titularidad **a lo largo de todo el proceso.**



Por lo tanto, el Responsable del tratamiento tiene el poder de decisión sobre el nivel de participación que tiene el encargado de tratamiento, y determina el nivel de participación de acuerdo con el interés comercial o provecho que le dé.

## ¿QUÉ ACCIONES DEBE REALIZAR EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO?

El Responsable de tratamiento debe tomar en consideración dos factores:



Llevar a cabo **con diligencia las acciones de control necesarias** para supervisar que el Encargado (o Sub-encargado) del Tratamiento cumpla con lo pactado.



Tiene la obligación de controlar y supervisar que el Encargado del tratamiento y terceros subcontratados por los mismos cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias; asimismo, debe evitar que el tratamiento configure algún daño ilícito, producto del desarrollo negligente de sus actividades.

### Ejemplos de acciones de control



Instrucción sobre los objetivos y modalidades de tratamiento, provisión de medios e instrucciones necesarias.

Por ejemplo: formas de establecer el contacto con clientes o potenciales clientes.



Implementación de medios para que los titulares de los datos personales ejerzan sus derechos ante el Responsable del tratamiento.

Por ejemplo: canales de atención.



Disposición de acciones a efectuar por parte del encargado y el tercero subcontratado.

Por ejemplo: revisión de listas de consentimiento y listas Robinson.



Requerir información u ordenar acciones específicas, que no necesariamente deriven de obligaciones contractuales, sino de deber de control del responsable.

Por ejemplo: Políticas Institucionales de Protección de Datos y Políticas de Seguridad de la Información.





## ¿CÓMO SE MIDE EL NIVEL DE CONTROL QUE DEBE TENER EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO?

La exigencia de control y la demostración del mismo será alta cuando la actividad realizada por el Encargado o el tercero subcontratado se vincule a una actividad de alta extensión en el mercado, o un numeroso público objetivo, debiendo ser menor en los casos de actividades más reducidas o especializadas.

Por lo tanto, los factores serían:

- ✓ Especialización.
- ✓ Alcances para aplicar la normativa de protección de datos personales.
- ✓ Presencia, tamaño o reconocimiento en el mercado.

## ¿A QUIÉN LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA ANTE UNA INFRACCIÓN DE ENCARGADO DE TRATAMIENTO O TERCERO SUBCONTRATADO?

El Responsable del tratamiento debe sostener la legitimidad de sus actividades de tratamiento para que sus intereses no se vean perjudicados producto de un tratamiento ilícito por parte del Encargado del tratamiento o terceros subcontratados.

Por lo tanto, dicha necesidad de proteger sus intereses hace que el Responsable del tratamiento adopte un **rol proactivo** respecto a la defensa de los derechos de los titulares de los datos personales que debe aplicarse a través de la **permanente capacidad de comprobar la obtención del consentimiento, y en caso de denegatoria, la actuación diligente que implica la restricción del tratamiento no consentido.**



## ¿EN QUÉ CASOS RESPONDE ADMINISTRATIVAMENTE EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS, ANTE LA DETECCIÓN DE UNA INFRACCIÓN?

1. El principal obligado para preservar la licitud del tratamiento de los datos personales es el responsable del tratamiento, por lo que debe ejercer diligentemente el control de las actividades de tratamiento, y ser capaz de demostrar dicho control.
2. Si el responsable no ejerció diligentemente su rol de control sobre el encargo del tratamiento y, sobre el objeto de la subcontratación, deberá responder por la infracción.
3. 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.
4. 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.
5. **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.**

**Para más información, puede contactar al área de Protección de Datos Personales y Seguridad de la Información:**



**Carol Quiroz**  
Socia  
carolquiroz@esola.com.pe



**Daniela Chávez**  
danielachavez@esola.com.pe