

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EXÁMENES MÉDICOS OCUPACIONALES

Mirella Lourdes BERNAL SUÁREZ ()*

RESUMEN
EJECUTIVO

En el siguiente artículo se comentará la Resolución Directoral N° 04-2018-JUS/DGTAIPD emitida por la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante la cual se sanciona a una empresa con dos multas, la primera ascendente a 30.25 UIT por “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”, y la segunda ascendente a 1.31 UIT por “Realizar tratamiento de datos personales incumpliendo las medidas de seguridad establecidas en la normativa sobre la materia”.

› PALABRAS CLAVE

Protección de datos personales / Tratamiento de datos personales / Medidas de seguridad / Exámenes médicos ocupacionales / Postulación a un empleo

Recibido : 13/08/2018

Aprobado : 29/08/2018

Introducción

De acuerdo a la exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, la protección de los datos personales resulta un tema completamente transversal para los ciudadanos. Cada día se tratan (recopilan, transfieren, segmentan, o

utilizan) millones de datos personales. Sin el uso de nuestra información personal sería impensable el funcionamiento de los servicios que sustenten la forma de vida, tal como la conocemos.

Nuestros datos son requeridos y nosotros los entregamos en gran número de las múltiples actividades de nuestra vida en sociedad, como abrir una cuenta en el banco, participar en un concurso, postular a un empleo, al reservar un vuelo o una habitación en un hotel, al efectuar un pago con tarjeta de crédito o débito, al navegar por Internet o al recibir atención médica en un hospital o clínica o en cualquier circunstancia en que obtenemos documentos de identificación o cuando los usamos para identificarnos.

(*) Abogada por la Universidad de Piura. Egresada de las maestrías en Derecho de la Empresa y de Seguridad y Salud en el Trabajo, por la misma casa de estudios.

Toda esta información revela aspectos de nuestra persona, por ello nos expone; sin embargo, tal exposición no significa que al entregar nuestros datos hemos perdido la titularidad sobre ellos y que la exposición tiene límites, puesto que la protección de esos datos constituye un derecho constitucional.

En dicho contexto, la Dirección de Protección de Datos Personales viene fiscalizando el cumplimiento de dicha normativa, así pues, según la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a la fecha, desde el año 2015, se han emitido 118 resoluciones de sanción consentidas o ejecutoriadas.

En dicho grupo, encontramos como sanción máxima interpuesta 42 UIT por haber efectuado tratamiento de datos personales excediendo la finalidad autorizada, resultando dicho tratamiento no imprescindible y no relevante para el cumplimiento de dicha finalidad, contraviniéndose de este modo los principios de finalidad y proporcionalidad recogidos por los artículos 6 y 7 de la LPDP; infracción grave tipificada en el literal a) numeral 2) artículo 38 de la LPDP. Y como sanción mínima, 0.4 UIT por dar tratamiento a datos personales sin recabar el consentimiento de sus titulares, cuando el mismo sea necesario, conforme a lo dispuesto en la LPDP.

Algunas resoluciones, al ser la protección de datos personales un tema transversal, desarrollan diversas materias, como el ocurrido en la resolución a comentar, en la que se analiza la postulación a un empleo.

I. Antecedentes

El 27 de octubre de 2015, el agraviado presenta una denuncia contra una empresa por actos contrarios a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP), indicando que le habría solicitado se tome

exámenes médicos que incluían la prueba del VIH para el proceso de selección a un puesto laboral.

Mediante Orden de Visita de Fiscalización N° 006-2016-JUS/DGPDP-DSC, de fecha 9 de febrero de 2016 la Dirección de Supervisión y Control de la Dirección General de Protección de Datos Personales (en adelante, DSC) dispuso la realización de dos visitas de fiscalización.

Con fecha 16 de mayo de 2016, poniendo en conocimiento los resultados de la supervisión realizada, la DSC remitió a la Dirección de Sanciones de la Dirección General de Protección de Datos Personales el Informe N° 032-2016-JUS/DGPDP-DSC, adjuntando a su vez, las actas mencionadas en el considerando precedente y demás anexos y documentos que conforman el respectivo expediente administrativo.

Por medio de la Resolución Directoral N° 230-2016-JUS/DGPDP-DS de fecha 31 de agosto de 2016, la Dirección de Sanciones resolvió iniciar procedimiento administrativo sancionador, por la presunta comisión de las infracciones previstas en los literales a. y e. del numeral 2 del artículo 38 de la Ley N° 29733, LPDP, ambas consideradas como infracciones graves, pasibles de ser sancionadas con multa. En el primer caso, se le atribuye a la empresa denunciada haber solicitado al denunciante datos personales referidos a la salud, a fin de evaluarlo para acceder a un puesto de trabajo en dicha empresa, afectando dicho tratamiento los principios de finalidad y proporcionalidad señalados en los artículos 6 y 7 de la LPDP, imputándosele la comisión de la infracción grave tipificada en el literal a. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP, esto es: “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”. En el segundo caso, se le atribuye no documentar los procedimientos de gestión de privilegios

al no contemplar restricciones de privilegios que deben tener los usuarios ante el banco de datos que permita su identificación ante el sistema, no implementar políticas y controles de restricción de copias de documentos que contengan datos personales incumpliendo las exigencias dispuestas en el numeral 1 del artículo 39 y en el artículo 43 del Reglamento de la LPDP, lo que contraviene el principio de seguridad establecido en el artículo 9 de la LPDP, imputándosele la comisión de la infracción grave tipificada en el literal a. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP, esto es “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”.

Además, se le atribuye no inscribir los bancos de datos personales de su titularidad en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales, imputándosele la comisión de la infracción grave tipificada en el literal e. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP, esto es “No inscribir el banco de datos personales en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales”.

Con fecha 7 de noviembre de 2016, la empresa fiscalizada, presentó su escrito de descargo señalando lo siguiente:

- i. Los principios de finalidad y proporcionalidad no habrían sido vulnerados, sosteniendo tal afirmación en lo siguiente:
 - El empleador se encuentra obligado a realizar exámenes médicos ocupacionales al inicio o para el inicio de la relación laboral a efectos de acreditar el estado de salud de un postulante a un puesto de trabajo, tal como lo señala el literal a) del artículo 101 del Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR-TR y modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-TR.
 - De la interpretación sistemática del literal a) y c) del artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo se puede concluir que la exigencia de realizar un examen médico ocupacional al inicio o para el inicio de la relación laboral es aplicable a los trabajadores que realizan actividades comunes.
 - Los principios de finalidad y proporcionalidad de ninguna manera establecen que esté prohibido recopilar datos personales referidos a la salud de un individuo, teniendo en cuenta sobre todo la necesidad de tomarlos debido a un requerimiento legal contenido en la norma laboral.
 - El hecho de que se recopilen datos sobre la salud de un postulante a un puesto de trabajo en cumplimiento de una disposición de la autoridad de trabajo de ‘ninguna manera puede vulnerar los principios de finalidad y proporcionalidad, siempre que dicho tratamiento se realice conforme al marco legal, esto es, que se realice con el consentimiento de los titulares, tal como ha ocurrido en el presente caso.
- ii. La empresa ha realizado labores de enmienda y adecuación a las medidas de seguridad, para cumplir con las observaciones realizadas por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, sosteniendo tal afirmación en lo siguiente:
 - Contaría en la actualidad con un procedimiento documentado de gestión de privilegios que tienen los usuarios del banco de datos personales, políticas de seguridad para tener una identificación plena de todas las acciones realizadas. en el banco de datos personales, registrándose con código de trabajador y DNI, controlando los

usuarios que acceden al banco de datos personales.

- Habría implementado políticas y controles de restricción de copias que contengan datos personales, bloqueando el acceso a los puertos USB en las computadoras de sus trabajadores y el acceso a correos personales.
 - Dichas acciones de enmienda de las omisiones detectadas y al no darse afectación a los derechos de los titulares de los datos personales, deberían ser consideradas como atenuantes al momento de resolver.
- iii. Ha cumplido con la inscripción de los bancos de datos personales en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales:
- El banco de datos personales denominado “Empleados y Clientes”, ya se encontraba inscrito al momento de realizarse las visitas de fiscalización el 9 y 16 de febrero de 2016, conforme consta en la Resolución Directoral N° 1954- 2015-JUS/DGPDP-DRN de fecha 17 de setiembre de 2015.
 - El banco de datos personales denominado “Postulantes a Puestos Laborales”, ha sido inscrito con anterioridad al inicio del presente procedimiento sancionador, mediante Resolución Directoral N° 1467-2016- JUS/DGPDP-DRN de fecha 17 de junio de 2016.
 - Dicha acción de enmienda de la omisión detectada y al no darse afectación a los derechos de los titulares de los datos personales, debería ser considerada como atenuante al momento de resolver.

El 30 de diciembre de 2016, la Dirección de Sanciones requirió al sujeto inspeccionado (i) información referente a si solicitó y pagó

el costo del examen médico general, así como la prueba de VIH realizados al denunciante; (ii) copia de la factura emitida por dicho servicio médico; (iii) la posición laboral a la que postulaba el denunciante y si fue contratado y de no hacerlo, el motivo de que dicha contratación no se llegara a concretar.

En respuesta al oficio, el 19 de enero de 2016, la empresa indica lo siguiente:

- El examen médico fue solicitado y pagado por la empresa en virtud del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que establece como obligación del empleador realizar un examen médico ocupacional para el inicio de una relación laboral respecto de los trabajadores que realizan actividades comunes, no de alto riesgo.
- No existe prueba que acredite que el examen del VIH realizado al denunciante, haya sido solicitado por ellos.
- Remite copia de la Factura N° 025-0107756, anexándose adicionalmente el informe médico del denunciante y dos formularios suscritos por el denunciante para el consentimiento informado y consejería sobre el diagnóstico e infección por el VIH de fecha 22 y 26 de agosto de 2016.
- El denunciante postuló al puesto de “Ejecutivo de Producto Receptivo”, al mismo que no calificó debido a su falta de experiencia profesional y académica, añadiendo que tampoco cumplía con el perfil psicológico requerido.
- El proceso de selección para el puesto de “Ejecutivo de Producto Receptivo” se canceló debido al desistimiento en la renuncia de quien hasta ese momento se había desempeñado en dicha posición, lo que evidenciaría que la, suspensión del proceso de selección se debió a razones internas y objetivas y no en atención a la salud del denunciante. Anexa el Informe N° 12671-2014- SUNAFIL/ILM sobre

actuaciones inspectivas y la Resolución de Intendencia 207-2016-SUNAFIL/ILM emitidos por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil); asimismo, alega que en el supuesto negado que se ampliaran los cargos y se le sancione a la empresa por este nuevo hecho, que ya fue objeto de pronunciamiento por Sunafil, se generaría un mal precedente.

Siendo 9 de mayo de 2017, la denunciada solicitó informe oral y uso de la palabra, diligencia que se llevó a cabo el 24 de mayo de 2017, en dicho informe sus representantes expusieron y desarrollaron los argumentos desarrollados en su escrito de descargos, los cuales fueron presentados el 6 de junio de 2017, señalando lo siguiente:

- Todos los empleadores tienen la obligación de realizar exámenes médicos pre-ocupacionales a sus trabajadores, no solamente a aquellos que realizan actividades de alto riesgo, sino también a aquellos que realizan actividades comunes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- El cumplimiento de una disposición de la autoridad de trabajo no puede implicar una vulneración de los principios de finalidad y proporcionalidad en el tratamiento de datos personales.
- En ningún momento la falta de implementación de medidas de seguridad implicó afectación alguna a los derechos de los titulares de los datos personales, ante las observaciones formuladas por la Dirección de Supervisión decidieron de manera voluntaria enmendar y adecuar sus medidas de seguridad y procedimientos, contando actualmente con un procedimiento documentado de gestión de privilegios y bloqueo de accesos a puertos USB y correos personales en las computadoras de la empresa.

- El banco de datos personales denominado “Postulantes a Puestos Laborales” fue inscrito el 17 de junio de 2017, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- Han realizado una subsanación a los hechos materia de observación antes de la notificación de la imputación de cargos, conducta que se encuentra recogida en el supuesto previsto en el literal f) del artículo 236-A del T.U.O. de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que prevé un supuesto de exención de responsabilidad administrativa por hechos infractores.

La Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP emitida por la Dirección de Protección de Datos Personales, notificada el 6 de noviembre de 2017, sancionó a la denunciada con dos multas ascendentes a: (i) cincuenta unidades impositivas tributarias (50 UIT), por “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”, al haber solicitado al denunciante exámenes médicos pre ocupacionales, así como la prueba del VIH, datos sensibles no proporcionales para la finalidad de evaluarlo en el proceso de selección a un puesto de trabajo para una actividad que no implica un riesgo laboral, contraviniendo el principio de proporcionalidad; y, (ii) ocho unidades impositivas tributarias (8 UIT), por “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”, al no haber implementado las medidas de seguridad exigidas por el numeral 1 del artículo 39 y el artículo 43 del Reglamento de la LPDP, contraviniendo el principio de seguridad recogido en el artículo 9 de la LPDP; configurándose infracciones graves previstas en el literal a) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

Frente a dicha resolución, de acuerdo a lo indicado en el artículo 216 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la empresa denunciado presentó su recurso de apelación, el 7 de setiembre de 2017.

II. Resumen de la Resolución Directoral

Mediante la Resolución Directoral N° 04-2018-JUS/DGTAIPD emitida por la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se declara FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto y se reducen las multas impuestas:

1. Sancionar a la empresa denunciada, con la multa ascendente a treinta punto veinticinco unidades impositivas tributarias **(30.25 UIT)** por “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”, toda vez que se ha comprobado que solicitó al denunciante la prueba del VIH, datos sensibles no proporcionales para la finalidad de evaluarlo en el proceso de selección a un puesto de trabajo para una actividad que no se encuentra relacionado al sector salud o centros penitenciarios, contraviniendo el principio de proporcionalidad, configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP.
2. Sancionarla además, con la multa ascendente a uno punto treinta y uno unidades impositivas tributarias **(1.31 UIT)** por “Realizar tratamiento de datos personales incumpliendo las medidas de seguridad establecidas en la normativa sobre la materia”, toda vez que no contaba con

las medidas de seguridad exigidas por el numeral 1 del artículo 39 y artículo 43 del Reglamento de la LPDP, configurándose la infracción leve prevista en el literal a) del numeral 1 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP.

1. Sobre la obligación del empleador de realizar un examen médico ocupacional para postulantes

Se concluyó que el examen médico ocupacional podía realizarse antes del inicio de la relación laboral, independientemente del tipo de actividad del puesto laboral; es decir, sin hacer distinción entre actividades comunes y de alto riesgo, de conformidad al numeral a) del artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

2. Sobre la desproporcionalidad de solicitar prueba de VIH para acceder al puesto de trabajo “Ejecutivo de Producto Receptivo”

La Dirección General advierte que la prueba de VIH fue excesiva para la finalidad que motivó el tratamiento; es decir, para acceder al puesto de trabajo “Ejecutivo de Producto Receptivo”, ya que el perfil presentado por la recurrente no califica como un puesto de trabajo que se encuentre relacionado con el sector salud o centros penitenciarios, lo cual es una contravención al principio de proporcionalidad, tal como lo ha señalado la Dirección de Protección de Datos Personales.

3. Sobre las acciones de enmienda respecto a las medidas de seguridad

Respecto a la infracción referida a no haber implementado las medidas de seguridad exigidas por el numeral 1 del artículo 39 del Reglamento de la LPDP, por no documentar de manera adecuada la gestión de accesos y privilegios para el acceso de los usuarios a los bancos de datos personales

automatizados, así como por el artículo 43 del Reglamento de la LPDP, debido a que personal no autorizado tiene puertos USB activos y acceso al correo personal hotmail que permitiría la lectura y grabación de archivos o enviar cualquier tipo de información, propiciando con ello riesgo de generación de copias de documentos que contengan datos personales, lo cual contraviene el principio de seguridad recogido en el artículo 9 de la LPDP.

Cabe señalar que la recurrente manifestó en sus descargos y en su recurso de apelación haber realizado las acciones de enmienda por dicha infracción, sin embargo, esta Dirección General advierte que según la Hoja de Trámite N° 70340-2017MSC solo se ingresó por mesa de partes 29 folios, por lo que no cumplió con adjuntar prueba alguna para sustentar dicha acción de enmienda.

Por lo expuesto, solo se tomará en cuenta como un atenuante, el reconocimiento expreso realizado por la recurrente respecto al incumplimiento de adoptar las medidas de seguridad para realizar un tratamiento adecuado de datos personales.

4. Sobre la graduación de la sanción

Corresponde a la Dirección General examinar los elementos de evaluación empleados por la Dirección de Protección de Datos Personales para la determinación de las sanciones de multa de cincuenta y ocho (58) unidades impositivas tributarias, conforme con lo establecido por el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG, que regula el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora. En este sentido, los criterios a evaluar son los siguientes:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción. - Se trata del beneficio que obtiene o que espera obtener al no cumplir con alguna obligación de la LPDP o su Reglamento, es decir, es el ingreso ilícito que percibe o espera

percibir, así como el costo que ahorra o ahorraría cometiendo la infracción. Se advierte entonces, que en el expediente no se ha evidenciado un ingreso ilícito o algún costo ahorrado en favor de la administrada.

b) La probabilidad de detección de la infracción.- Se trata de la probabilidad de detección de la comisión de una infracción por parte de la autoridad. Se advierte que existe una probabilidad de detección baja ya que solo ha sido posible determinar la comisión de la infracción a partir de las visitas de fiscalización, así como de la revisión de diversos documentos y la solicitud de la información complementaria para determinar el tratamiento desproporcionado de los datos personales, ya que el solo hecho de la presentación de una denuncia ante la autoridad no acredita la comisión de una infracción.

c) La gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido.- Se advierte que la conducta infractora ha afectado el derecho fundamental a la protección de los datos personales reconocido en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, en cuanto al haber dado tratamiento a la prueba de VIH contraviene el principio de proporcionalidad, se advierte que la infracción cometida por la recurrente está tipificada como “grave” conforme al literal a. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP. Su incumplimiento ha producido una afectación concreta al denunciante, puesto que ha perdido el control de su información al no tener la certeza que su dato sería utilizado para otra finalidad que no es legítima, es decir, para la evaluación a un puesto de trabajo que no requería solicitarlo.

En cuanto a la vulneración del principio de seguridad recogido en el artículo 9

de la LPDP, se advierte que la infracción cometida por la recurrente está tipificada como “leve” conforme al literal a. del numeral 1 del artículo 132 en el Reglamento de la LPDP. Su incumplimiento ha producido un daño potencial a los titulares de los datos personales, colocando en un estado de indefensión a los titulares, ya que no se ha adoptado las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar su seguridad.

- d) **El perjuicio económico causado.**- Se refiere a la estimación económica de los daños generados. De la evaluación del expediente administrativo no se advierte elementos que permitan el cálculo de manera efectiva; sin embargo, se considerará la gravedad del daño al interés público y bien jurídico protegido analizado en el punto anterior.
- e) **La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.**- Se advierte de la conducta infractora que la recurrente no es reincidente en cuanto a la comisión de las infracciones detectadas por la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales.
- f) **Las circunstancias de la comisión de la infracción.**- Se tomará en cuenta la conducta del infractor con posterioridad a la detección de las infracciones, en este sentido, el artículo 255 del TUO de la LPAG que regula los atenuantes en cuanto a la responsabilidad por infracciones.

De ahí que, respecto al tratamiento desproporcionado de la prueba VIH, la Dirección General considera que la recurrente no ha demostrado “colaboración con las acciones de la autoridad” como atenuante de responsabilidad ni ha demostrado “reconocimiento espontáneo” ni “acciones de enmienda” de

la infracción, como atenuante que deba ser tomada en cuenta para la graduación del monto de la sanción, toda vez que durante el procedimiento ha negado su responsabilidad.

En cuanto a la implementación de las medidas de seguridad, no presentó los documentos que demuestren su adecuación como una acción de enmienda, que si bien señala en su escrito de apelación cuenta con los documentos sobre el procedimiento de gestión de privilegios y el procedimiento de medidas de seguridad de protección de datos personales, estas no se encuentran adjuntas al escrito, por lo que solo se tomará en cuenta su reconocimiento expreso de responsabilidad.

- g) **La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.**- La Dirección General advierte que la intencionalidad del infractor es un factor para graduar las sanciones y no un elemento constitutivo de la sanción. Sobre la infracción referida al tratamiento desproporcionado de la prueba VIH, se advierte que durante todo el procedimiento la recurrente ha negado su responsabilidad, a pesar de sustentarse en la resolución impugnada que mediante el registro de órdenes de análisis tomados a solicitud de la recurrente, así como de la Factura N° 025-0107756 que acredita que fue quien solicitó y pagó el examen médico realizado al denunciante que incluía la prueba VIH.

Asimismo, niega haber tomado conocimiento de la Factura N° 025-0107756, cuando se advierte en el expediente que la misma recurrente presentó dicho documento a la Dirección de Sanciones.

En este sentido, no existen elementos que permitan advertir su no intencionalidad en la comisión de la infracción. Respecto a la infracción referida a la vulneración al principio de seguridad, se verifica

que la recurrente tiene la intencionalidad de cumplir con adecuarse con las disposiciones establecidas en la LPDP y su Reglamento, ya que ha señalado un reconocimiento expreso de su incumplimiento, sin embargo, no cumple objetivamente con demostrar su adecuación.

Con los criterios evaluados anteriormente, corresponde determinar el monto de las sanciones conforme a lo siguiente:

- a) En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales del denunciante, se advierte que dicha conducta cometida por la recurrente está tipificada como “grave”, y conforme con lo establecido en el numeral 2 del artículo 39 de la LPDP que regula las sanciones administrativas, es sancionada con una multa desde más de cinco (5) hasta cincuenta (50) unidades impositivas tributarias (UIT); por lo que:
 - La infracción corresponde a una afectación directa del bien jurídico protegido, por lo que se aplicará el promedio del rango de la sanción que es veintisiete punto cinco (27.5) unidades impositivas tributarias (UIT); y que a partir de allí, es razonable que, se apliquen los atenuantes (o agravantes, cuando sea el caso).
 - Esta Dirección General considera que, al existir un denunciante, quien es el afectado directo de la infracción, se adicionará el 10 % como un agravante a la aplicación de la sanción.
 - De la evaluación realizada, no existen acciones que se consideren como atenuantes (reconocimiento expreso o acciones de enmienda).
- b) En cuanto a la contravención del principio de seguridad establecido en la LPDP, se advierte que dicha conducta cometida por la recurrente está tipificada como

“leve” conforme al literal a. del numeral 1 del artículo 132 en el Reglamento de la LPDP que regula las sanciones administrativas, es sancionada con multa mínima de (0.5) hasta cinco (5) unidades impositivas tributarias (UIT); por lo que:

- La infracción corresponde a una afectación indirecta del bien jurídico protegido, ya que se trata de un riesgo potencial, por lo que se aplicará el 50 % del promedio del rango de la sanción que es (1.38) unidades impositivas tributarias (UIT); y que, a partir de allí, es razonable que se apliquen los atenuantes (o agravantes, cuando sea el caso).
- Esta Dirección General considera que, al existir un reconocimiento expreso de la infracción cometida, se restará el 5 % a la aplicación de la sanción.
- De la evaluación realizada, no existe agravantes que se consideren para la graduación de la sanción.

III. Análisis de la resolución

Aunque en la resolución se exponen diversos temas relacionados a la protección de datos personales, como las medidas de seguridad, los principios vulnerados y la graduación de la sanción, hemos decidido comentar lo que, para nosotros, representan los argumentos determinantes para considerar que la empresa denunciada debía ser sancionada.

1. Sobre la obligación del empleador de realizar un examen médico pre ocupacional para postulantes

Considerando que la fecha del examen pre ocupacional realizado al denunciante se llevó a cabo el 22 de agosto de 2014, corresponde la aplicación del artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 006-2014-TR

publicado el 9 de agosto de 2014, que establece lo siguiente:

“Artículo 101.- El empleador debe realizar los exámenes médicos comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley, acorde a las labores desempeñadas por el trabajador en su récord histórico en la organización, dándole énfasis a los riesgos a los que estuvo expuesto a lo largo de desempeño laboral. Los exámenes médicos deben ser realizados respetando lo dispuesto en los Documentos Técnicos de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores expedidos por el Ministerio de Salud.

Respecto a los exámenes médicos ocupacionales comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley:

- a) Al inicio de la relación laboral o, para el inicio de la relación laboral, se realiza un examen médico ocupacional que acredite el estado de salud del trabajador. Los trabajadores deberán acreditar su estado de salud mediante un certificado médico ocupacional que tendrá validez por un periodo de dos (2) años, (...). El costo de estos exámenes es de cargo del empleador”.

Considerando la norma antes indicada, la empresa denunciada tenía la habilitación legal para someter a los postulantes al puesto de trabajo ofertado a exámenes médicos ocupacionales, pero siempre y cuando se realicen respetando lo dispuesto en los Documentos Técnicos de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores expedidos por el Ministerio de Salud.

2. Sobre la desproporcionalidad de solicitar prueba de VIH para acceder al puesto de trabajo “Ejecutivo de Producto Receptivo”

Es importante precisar que el “Documento técnico: Protocolos de exámenes médicos

ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad” emitido por el Ministerio de Salud, establece que la evaluación médica pre-empleo o preocupacional: “Es la evaluación médica que se realiza al trabajador antes de que ingrese al puesto de trabajo. Tiene por objetivo determinar el estado de salud al momento del ingreso, y su aptitud al puesto de trabajo”

Respecto a la obligatoriedad de realizar los exámenes ocupacionales, que incluyen la prueba de VIH, cabe señalar que el artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, establece que “está prohibido que el empleador exija la prueba de VIH o la exhibición del resultado de esta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para continuar en el trabajo”.

Asimismo, el artículo 5 de la Ley N° 26626, establece que los resultados de las pruebas diagnosticadas con VIH/SIDA son de carácter confidencial; asimismo, el artículo 4 de la referida ley señala que: “las pruebas para diagnosticar el VIH y SIDA son voluntarias y se realizan previa consejería obligatoria, por tanto, el empleador no puede exigir ninguna prueba de diagnóstico de VIH como requisito para acceder a un centro de trabajo, salvo se trate de un puesto de trabajo de actividad de alto riesgo, vinculada al sector salud o centros penitenciarios, tal y como se señala en la página 11 del “Documento técnico: Protocolos de exámenes médicos ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad”.

Conclusiones

- La empresa denunciada sí podía requerirle al denunciante que se someta a los exámenes médicos preocupacionales, en cumplimiento de la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo.

- Dichos exámenes médicos debían realizarse respetando los protocolos de exámenes médicos ocupacionales emitidos por el Ministerio de Salud, según los cuales, las pruebas del VIH y Sida solo son exigibles para puestos relacionados a una actividad de alto riesgo, como los vinculados al sector salud o centros penitenciarios, supuestos no aplicables al presente caso, ya que el puesto al que postulaba el denunciante era de “Ejecutivo de Producto Receptivo” en la empresa del sector turístico.
- Dicha exigibilidad se trataba de una excepción al dispositivo legal que indica que las pruebas de VIH y Sida son voluntarias, ya que salvaguarda el bien común y el riesgo que en dichos puestos se contagie por la naturaleza de sus labores.
- Aunado a ello, al tratarse de datos sensibles, de acuerdo a la normativa de datos personales, merecen una especial protección, por cuanto afecta en mayor medida a la intimidad y privacidad de las personas y al ejercicio de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política del Perú que podría dar lugar a la discriminación.
- No resulta pertinente que se exija un examen médico antes de ingresar a un trabajo cuando la actividad a la que se postula no lo justifica, produciéndose una vulneración del principio de proporcionalidad, sin que el consentimiento del interesado para que se le tomen los exámenes médicos pueda legitimar dicho tratamiento, por cuanto, una utilización indebida de estos datos puede conllevar un riesgo grave para su titular.

A N E X O

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 04-2018-JUS/DGTAIPD

Lima, 15 de febrero de 2018

EXPEDIENTE N° : 002-2017-DPDP-PS
ADMINISTRADA : DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.
MATERIAS : Tratamiento desproporcionado de datos personales y vulneración al principio de seguridad.

VISTOS: El documento con registro N° 70340 del 21 de noviembre de 2017, el cual contiene el recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP del 7 de setiembre de 2017; y, los demás actuados en el Expediente N° 002-2017-DPDP-PS.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

- 1.1 El 27 de octubre de 2015, el señor (en adelante, el denunciante) presentó una denuncia contra MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. por actos contrarios a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, indicando que DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. le habría solicitado se realice un chequeo pre ocupacional en el Laboratorio MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. para participar en el proceso de selección a un puesto de trabajo (sector turismo); asimismo, señala habría dado su consentimiento para que le realicen una prueba de VIH, mas no la autorización para divulgar su diagnóstico. Señaló además, que el Informe Médico remitido por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. incluyó el diagnóstico de VIH y fue remitido sin su autorización, lo cual vulneró el derecho a la protección de sus datos personales ya que se trataba de una prueba no adecuada para el puesto de trabajo al cual postulaba.

- 1.2 Mediante carta de fecha 11 de noviembre de 2015, el denunciante solicitó a la Dirección de Supervisión y Control de la Dirección General de Protección de Datos Personales que se incluya en el procedimiento de fiscalización a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. (en adelante la recurrente), por la presunta violación a la intimidad al solicitar datos sensibles para acceder a un puesto de trabajo.
- 1.3 Mediante Orden de Visita de Fiscalización N° 006-2016-JUS/DGPDP-DSC de fecha 9 de febrero de 2016 (fojas 291 del expediente), la Dirección de Supervisión y Control dispuso la realización de una visita de fiscalización a la recurrente, diligencia que se realizó en Calle Río de Janeiro N° 216, Urbanización Barboncito, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima, constando los hechos verificados en las Actas de Fiscalización N° 02-2016 de fecha 9 de febrero de 2016 (fojas 292 a 296 del expediente) y N° 03-2016 de fecha 16 de febrero de 2016 (fojas 313 a 318 del expediente).
- 1.4 Con fecha 16 de mayo de 2016, la Dirección de Supervisión y Control remitió a la Dirección de Sanciones de la Dirección General de Protección de Datos Personales, el Informe N° 032-2016-JUS/DGPDP-DSC (fojas 437 a 447 del expediente), adjuntando, a su vez, las actas mencionadas en el considerando precedente y demás anexos y documentos que conforman el respectivo expediente administrativo.
- 1.5 Mediante Resolución Directoral N° 230-2016-JUS/DGPDP-DS del 31 de agosto de 2016 (fojas 457 a 463 del expediente), la Dirección de Sanciones resolvió iniciar procedimiento administrativo sancionador a la recurrente, por la presunta comisión de las infracciones previstas en los literales a) y e) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, la LPDP), ambas consideradas como infracciones graves, pasibles de ser sancionadas con multa.
- 1.6 El 7 de noviembre de 2016, la recurrente presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
 - i. Los principios de finalidad y proporcionalidad no habrían sido vulnerados debido a que:
 - El empleador se encuentra obligado a realizar exámenes médicos ocupacionales al inicio o para el inicio de la relación laboral a efectos de acreditar el estado de salud de un postulante a un puesto de trabajo, tal como lo señala el literal a) del artículo 101 del Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR-TR y modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-TR.
 - La exigencia de realizar un examen médico ocupacional al inicio o para el inicio de la relación laboral es aplicable a los trabajadores que realizan actividades comunes.
 - Los principios de finalidad y proporcionalidad de ninguna manera establecen que esté prohibido recopilar datos personales referidos a la salud de un individuo, teniendo en cuenta la necesidad de tomarlos debido a un requerimiento legal contenido en la norma laboral.
 - El hecho que se recopilen datos sobre la salud de un postulante a un puesto de trabajo en cumplimiento a una disposición de la autoridad de trabajo, no vulnera los principios de finalidad y proporcionalidad siempre que dicho tratamiento se realice con el consentimiento de los titulares, tal como ha ocurrido en el presente caso.
 - ii. La imputación referida al incumplimiento de las medidas de seguridad debe ser declarada infundada, porque no se ha probado afectación alguna a los titulares de los datos personales. Además, la empresa realizó labores de enmienda y adecuación a las medidas de seguridad, para cumplir con las observaciones realizadas por la Autoridad.
 - iii. Cumplieron con la inscripción de los bancos de datos personales en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
- 1.7 Con fecha 26 de diciembre de 2016, en virtud de lo señalado en el artículo 122 del Reglamento de la LPDP, la Dirección de Sanciones decidió ampliar el plazo de la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador por cincuenta (50) días hábiles adicionales.
- 1.8 Con fecha 30 de diciembre de 2016, la Dirección de Sanciones requirió a la recurrente lo siguiente: (i) información referente a si solicitó y pagó el costo del examen médico general, así como la prueba de VIH realizada al denunciante; (ii) copia de la factura emitida por dicho servicio médico; y, (iii) la posición laboral a la que postulaba el denunciante, junto con la información sobre si fue contratado o no; y, en caso esta contratación no se hubiese producido, el motivo.
- 1.9 La recurrente dio respuesta a lo solicitado, señalando lo siguiente:
 - El examen médico fue solicitado y pagado por la empresa en virtud del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que establece como obligación del empleador realizar un examen médico ocupacional para el inicio de una relación laboral respecto de trabajadores que realizan actividades comunes, no de alto riesgo.

- No existe prueba que acredite que el examen de VIH realizado al denunciante, haya sido solicitado por DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.
 - Remite copia de la Factura N° 025-0107756 emitida por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. anexando el informe médico y dos formularios suscritos por el denunciante, de fecha 22 y 26 de agosto de 2016, respectivamente, los cuales acreditan el consentimiento informado y consejería sobre el diagnóstico e infección por el VIH.
 - El denunciante postuló al puesto de “Ejecutivo de Producto Receptivo”, al mismo que no calificó debido a su falta de experiencia profesional y académica; añadiendo, que tampoco cumplía con el perfil psicológico requerido. Dicho proceso –señaló el recurrente– se canceló por el desistimiento a la renuncia de quien había estado desempeñando dicho cargo, lo que evidencia la suspensión del proceso de selección por razones internas y objetivas y no en atención a la salud del denunciante.
- 1.10 Mediante Resolución Directoral N° 040-2017-JUS/DGPDP-DS de fecha 01 de marzo de 2017, la Dirección de Sanciones rectifica el nombre de la recurrente de DOMIRUTH TRAVEL S.A.C. a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.
- 1.11. Mediante Resolución Directoral N° 041-2017-JUS/DGPDP-DS de fecha 06 de marzo de 2017, notificada a la recurrente el 05 de mayo de 2017, la Dirección de Sanciones, en virtud a lo establecido en el artículo 122 del Reglamento de la LPDP, cerró la etapa instructiva del procedimiento administrativo sancionador.
- 1.12 Con fecha 24 de mayo de 2017 se llevó a cabo el informe oral y uso de la palabra a solicitud de la recurrente, en la cual expusieron y desarrollaron los argumentos presentados en su escrito de descargo.
- 1.13 La recurrente presentó un escrito de alegatos con fecha 06 de junio de 2017, señalando lo siguiente:
- Todos los empleadores tienen la obligación de realizar exámenes médicos pre ocupaciones a sus trabajadores, no solamente a aquellos que realizan actividades de riesgo, sino también a aquellos que realizan actividades comunes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
 - El cumplimiento de una disposición de la autoridad de trabajo no puede implicar una vulneración a los principios de finalidad y proporcionalidad en el tratamiento de datos personales.
 - La falta de implementación de medidas de seguridad no implicó afectación a los derechos de los titulares de los datos personales; asimismo, de manera voluntaria realizaron acciones de enmienda y adecuaron sus medidas de seguridad y procedimientos, contando actualmente con un procedimiento documentado de gestión de privilegios y bloqueo de accesos a puertos USB y correos personales en las computadoras de la empresa.
 - El banco de datos personales denominado “Postulantes a Puestos Laborales” fue inscrito el 17 de junio de 2017, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- 1.14 Con Memorando N° 05-2017-JUS/DGTAIPD de fecha de 21 julio de 2017, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, conforme a las funciones establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS, remite a la Dirección de Protección de Datos Personales los actuados para que resuelva en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador iniciado a la recurrente.
- 1.15 Mediante la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP emitida por la Dirección de Protección de Datos Personales el 07 de setiembre de 2017, notificada el 06 de noviembre de 2017 (en lo sucesivo, la resolución impugnada), se sancionó a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. con dos multas ascendentes a: (i) cincuenta unidades impositivas tributarias (50 UIT), por “*Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento*”, al haber solicitado al denunciante exámenes médicos pre ocupacionales, así como la prueba del VIH, datos sensibles no proporcionales para la finalidad de evaluarlo en el proceso de selección a un puesto de trabajo para una actividad que no implica un riesgo laboral, contraviniendo el principio de proporcionalidad; y, (ii) ocho unidades impositivas tributarias (8 UIT), por “*Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento*”, al no haber implementado las medidas de seguridad exigidas por el numeral 1 del artículo 39 y el artículo 43 del Reglamento de la LPDP, contraviniendo el principio de seguridad recogido en el artículo 9 de la LPDP; configurándose infracciones graves previstas en el literal a) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

II. Cuestión previa

- 2.1. El inciso 11.2 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), establece que la nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto; en el caso se trate de un acto

dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

- 2.2 Asimismo, el inciso 11.1 del artículo 11 del TUO de la LPAG, establece que los administrados pueden plantear la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos por el Título III del Capítulo II del TUO de la LPAG, estos son: reconsideración y apelación.
- 2.3 El artículo 123 del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS (en adelante, Reglamento de la LPDP), establece que contra la resolución que resuelve el procedimiento sancionador proceden los recursos de apelación que serán resueltos por el Director General de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, creada mediante Decreto Supremo N° 013-2017-JUS que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 2.4 En este sentido, queda claro que la pretensión impugnatoria de la recurrente consiste en cuestionar la validez de la resolución impugnada, y para ello, deduce su nulidad, en los siguientes términos:

“(. . .) la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP debe declararse nula en tanto la misma se sustenta en pruebas que no gozan de valor probatorio alguno, con lo cual se afecta el derecho al debido procedimiento administrativo que busca garantizar al administrado la obtención de una decisión motivada y fundada en derecho”.
- 2.5 En tal sentido, de acuerdo con lo establecido por el inciso 11.1 del artículo 11 del TUO de la LPAG, que determina que la nulidad se plantea mediante recurso administrativo, corresponde al Director General de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales resolver la pretensión impugnatoria, toda vez que conforme con lo establecido por el numeral 216.2 del artículo 216⁽¹⁾ del TUO de la LPAG, fue presentado dentro del plazo legal.

III. Recurso presentado

- 3.1 El 21 de noviembre de 2017, la recurrente interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, bajo los siguientes argumentos:
 - a) Señala que en el procedimiento se aprecia un cambio en la imputación realizada inicialmente, toda vez que se les imputó el cargo de **haber solicitado al denunciante datos personales referidos a la salud a fin de evaluarlo para acceder a un puesto de trabajo en dicha empresa**, lo cual vulnera los principios de finalidad y proporcionalidad; sin embargo, se sanciona inexplicablemente por el supuesto hecho de **haber solicitado al denunciante que se tome exámenes médicos pre ocupacionales que incluyan la prueba de VIH a fin de evaluarlo para acceder a un puesto de trabajo que no califica como una actividad de riesgo**, ello constituye una grave afectación al derecho al debido procedimiento, lo cual transgrede su derecho de defensa, pues se elaboró una estrategia de defensa y realizaron sus descargos en base al cargo inicialmente imputado mediante la resolución de inicio del procedimiento.
 - b) Manifiesta que la Autoridad no les remitió el escrito de fecha 17 de febrero de 2017 presentado por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C., en el cual adjuntaron como anexos: (i) registro de órdenes de análisis supuestamente tomados a solicitud de DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., por el concepto de análisis clínicos de 79 personas, incluido el denunciante, en los que se observaría que entre los exámenes tomados figura el HIV Antígeno - Anticuerpo y su costo; y, (ii) la factura N° 025-0107756 del 28 de agosto de 2014 girada por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. a favor DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. por los análisis clínicos realizados; ello con la finalidad de poder cuestionar, desvirtuar o defenderse de las afirmaciones y los documentos presentados como medios probatorios, lo cual supone una violación clara, grave y directa de su derecho de defensa.
 - c) Queda acreditada la grave y directa afectación a su derecho de defensa, principio de congruencia y de debido procedimiento administrativo, el cual busca garantizar al administrado la obtención de una decisión motivada y fundada en derecho, por lo que corresponde que se declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, debido a que la misma se sustenta en pruebas que no gozan de valor probatorio alguno: (i) el registro de órdenes de análisis, no acredita fehacientemente que DOMIRUTH TRAVEL SERVICE

(1) **Artículo 216. Numeral 216.2 del TUO de la LPAG. Recursos administrativos:**

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

S.A.C. haya solicitado a MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. exámenes médicos pre ocupacionales que incluyeran la prueba de VIH; y, (ii) la factura N° 025-0107756 del 28 de agosto de 2014 girada por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. a favor de DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. no acredita que dentro de los exámenes médicos solicitados se incluyó la prueba de VIH tomada al denunciante.

- d) Manifiestan que el examen médico realizado al denunciante fue solicitado y pagado por DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., de conformidad al literal a) del artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que establece la obligación del empleador de realizar un examen médico ocupacional al inicio o para el inicio de la relación laboral respecto de los trabajadores que realizan actividades comunes, no de alto riesgo.
 - e) De la interpretación sistemática del literal a) y c) del artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se puede concluir que la exigencia de realizar un examen médico ocupacional al inicio o para el inicio de la relación laboral es aplicable respecto de trabajadores que no realizan actividades de alto riesgo, es decir, los trabajadores que realizan actividades comunes; sin embargo, a criterio de la Autoridad la aplicación de los exámenes pre ocupacionales a los postulantes, incluyendo el examen de VIH, son innecesarios y excesivos, pues la actividad a la que postulan no es considerada como una actividad de riesgo.
 - f) Señalan que los principios de finalidad y proporcionalidad de ninguna manera facultan a la Autoridad a decidir cuáles son las finalidades que se pueden perseguir con la recolección de datos personales y cuáles no, especialmente si existe una norma imperativa que obliga a realizar esta recolección en algún punto del inicio de la relación laboral.
 - g) No existe contradicción alguna entre la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, puesto que el Reglamento lo único que contiene es una ampliación de la obligación de realizar exámenes médicos ocupacionales tanto a trabajadores y postulantes a puestos relacionados con actividades de alto riesgo como a los relacionados con actividades comunes.
 - h) Asimismo, señalan haber realizado labores de enmienda y adecuación para cumplir con todas las observaciones realizadas por los órganos de la Autoridad, contando con un procedimiento documentado de gestión de privilegios que tienen los usuarios de datos personales, por lo que deben ser consideradas como atenuantes. Por tanto, es falso que haya quedado demostrado que no cuentan con las medidas de seguridad para la protección de datos personales, para lo cual adjuntaron los procedimientos de gestión de privilegios y de medidas de seguridad implementados desde agosto de 2016.
 - i) Se realiza una incorrecta aplicación de la graduación de las sanciones, la Autoridad resuelve imponer una multa totalmente irrazonable y desproporcionada equivalente a 58 UIT (50 UIT por dar tratamiento a datos personales contraviniendo los principios de finalidad y proporcionalidad y 8 UIT por dar tratamiento a datos personales contraviniendo el principio de seguridad).
 - j) Solicitan a la Autoridad en segunda instancia determinar la nulidad en la graduación de la sanción realizada por la primera instancia por la existencia de graves vicios en la resolución.
- 3.2 El 12 de febrero de 2018 se llevó a cabo el informe oral solicitado por la recurrente, en el cual expuso y desarrolló los argumentos señalados en su recurso de apelación.

IV. Fundamentos de la Dirección General

Sobre el supuesto cambio de imputación realizada a través de la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP.

- 4.1 En relación al cuestionamiento planteado por la recurrente, esta Dirección General considera conveniente analizar la validez de la imputación de cargos realizada por la Dirección de Sanciones conforme a los siguientes puntos:
 - a) Sobre el tipo infractor
- 4.2 La recurrente cuestionó que mediante la Resolución Directoral N° 230-2016-JUS/DGPDP-DS (fojas 457 a 463 del expediente), la Dirección de Sanciones resolvió iniciar el procedimiento administrativo sancionador por haber solicitado al denunciante datos personales referidos a la salud, a fin de evaluarlo para acceder a un puesto de trabajo, afectando dicho tratamiento los principios de proporcionalidad y finalidad señalados en los artículos 6 y 7 de la LPDP; sin embargo, mediante la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPDDPDP, la Dirección de Protección de Datos Personales resolvió sancionar a la recurrente por haber solicitado al denunciante que se tome exámenes médicos pre ocupacionales que incluyan la prueba de VIH a fin de evaluarlo para acceder a un puesto de trabajo que no califica como una actividad de riesgo, afectando los principios de finalidad y proporcionalidad.
- 4.3 En este sentido, se advierte que la Resolución Directoral N° 230-2016-JUS/DGPDP-DS resolvió iniciar el procedimiento sancionador, conforme a lo siguiente:

“Artículo 1.- Iniciar procedimiento administrativo sancionador a DOMIRUTH TRAVEL S.A.C., por la presunta comisión de las infracciones previstas en los literales a y e del numeral 2 de la Ley de Protección de Datos Personales, consideradas como infracciones graves, pasibles de ser sancionadas con multa”.

- 4.4 Por su parte, la Dirección de Protección de Datos Personales sancionó a la recurrente mediante Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP, de acuerdo a lo siguiente:

“SE RESUELVE:

Artículo 1.- Sancionar a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., con RUC N° 20100999430, con la multa ascendente a cincuenta unidades impositivas tributarias (50 UIT) por “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”, toda vez que se ha comprobado que DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A. C. solicitó al denunciante exámenes médicos pre ocupacionales, así como la prueba del VIH, datos sensibles no proporcionales para la finalidad de evaluarlo en el proceso de selección a un puesto de trabajo para una actividad que no implica un riesgo laboral, contraviniendo el principio de proporcionalidad, configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP”.

Artículo 2.- Sancionar a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., con RUC N° 20100999430, con la multa ascendente a ocho unidades impositivas tributarias (8 UIT) por “Realizar tratamiento de datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”: toda vez que DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., no ha implementado las medidas de seguridad exigidas por el numeral 1 del artículo 39 y artículo 43 del Reglamento de la LPDP, contraviniendo el principio de seguridad recogido en el artículo 9 de la LPDP, configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley de Protección de Datos Personales”.

- 4.5 Como se observa, ambas resoluciones tipifican la infracción referida a dar tratamiento a los datos personales de forma contraria a los principios de finalidad y proporcionalidad mediante el literal a. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP, esto es: “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”. Cabe señalar, que muchas veces en el derecho administrativo los supuestos de hecho no se estructuran necesariamente por la adecuación de una conducta que contiene una descripción detallada, exhaustiva o completa, sino que permite remitirse a normas que contienen deberes genéricos de mandato o prohibición, como sucede en el hecho materia de análisis, que remite a definiciones normativas que delimitan el margen de apreciación y valoración por parte de la Administración Pública, a esta técnica legislativa se le conoce como tipificación indirecta⁽²⁾.
- 4.6 Al respecto, el artículo 6 de la LPDP señala sobre el principio de finalidad que: “Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación (...)”.
- 4.7 Asimismo, el artículo 7 de la LPDP dispone sobre el principio de proporcionalidad que: “Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo para la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados”.
- 4.8 Mediante la resolución impugnada, la Dirección de Protección de Datos Personales dejó sin efecto la imputación referida al artículo 6 de la LPDP, pues consideró que la finalidad era legítima, ya que la recopilación de los datos del denunciante eran necesarios para que la empresa lo evalúe para la selección a un puesto de trabajo. Sin embargo, tuvo en cuenta que la recurrente solicitó exámenes médicos pre ocupacionales, así como la prueba VIH, datos sensibles no proporcionales para la finalidad de evaluarlo en el proceso de selección de trabajo para una actividad que no implica un riesgo laboral, contraviniendo el artículo 7 de la LPDP, es decir una vulneración al principio de proporcionalidad, lo cual era el hecho infractor específico aplicable al presente caso.
- 4.9 En este sentido, la Dirección de Protección de Datos Personales al momento de resolver la sanción destacó la desproporcionalidad del tratamiento de los datos referidos al examen de VIH realizado al denunciante, en tanto ello representaba una vulneración al principio de proporcionalidad de sus datos personales para acceder al puesto de trabajo ofertado por la recurrente. Así, la contravención del principio no se produjo por el hecho de haber solicitado el examen pre ocupacional al denunciante sino que este incluía la prueba de VIH, ya que ello afecta de la misma manera el principio establecido en la LPDP.

(2) NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, Cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 302.

4.10 De la revisión de la Resolución Directoral N° 230-2016-JUS/DGPDP-DS, la Dirección de Sanciones, para determinar el inicio del procedimiento sancionador, evaluó desde el numeral 5 al 17 del acápite IV del Informe de Supervisión y Control, en el cual se hace referencia a la desproporcionalidad de los datos de salud que incluía el examen de VIH para acceder al puesto de trabajo, consignando lo siguiente:

“(..)

“6. De la respuesta facilitada por DOMIRUTH el 22 de diciembre de 2015, ingresada con Hoja de Trámite N° 75220-2015, que obra a fojas 224 a 232, se desprende lo siguiente:

- DOMIRUTH manifiesta que el denunciante procedió a realizarse las pruebas médicas de salud y seguridad ocupacional, así como la prueba de VIH de manera voluntaria, tal como figuraría en el “Formulario para el Consentimiento Informado y Consejería sobre el Diagnóstico de Infección por el VIH”, añade que nunca se condicionó la realización de tal examen para cubrir la plaza laboral, para probar lo indicado, transcribe tres comunicaciones electrónicas mantenidas por el en las que figura lo siguiente: 1) Del 20.08.2014, enviada por DOMIRUTH al “(...) para continuar con el proceso de selección para el puesto del área de Turismo Receptivo, parte del proceso es que puedan también dar los exámenes médicos ocupacionales por ello necesitamos que el día de mañana te aproximes a la siguiente dirección: MEDLAB, Av. Santa Cruz 367 - Miraflores (...)”. 2) Del 22.08.2014 enviada por el a DOMIRUTH “Lamentablemente no pude recibir su comunicación ayer. Por favor confírmeme si es que podría aún acercarme al centro médico para la evaluación hoy o podría ser ya para mañana (...)”. 3) Del 22.08.2014, enviada por DOMIRUTH al Claro, agradeceremos que te puedas acercar a las 4:30 pm a la dirección que se te ha indicado, es necesario que te aproximes el día de hoy, ya que el médico ocupacional solo va los viernes (...)”

(...)

9. Así en el ejercicio de sus funciones, la DSC hizo de conocimiento de la Dirección de Sanciones, mediante Informe N° 032-2016-JUS/DGPDPDSC y demás documentación adjunta al respectivo expediente, hechos en los que se aprecia la posible comisión de infracciones a la LPDP y a su Reglamento, las mismas que serían las siguientes:

(i) Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento.

(...)

9.3 En consecuencia, al verificarse que DOMIRUTH TRA VEL S.A. C. había recopilado los datos de salud del postulante con el objeto de evaluar su postulación a un puesto laboral, estaría actuando vulnerando los principios de finalidad y proporcionalidad previstos en los artículos 6 y 7 de la LPDP, respectivamente”.

4.11 En tal sentido, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, en los considerados de la resolución la Dirección de Sanciones sí precisó que los datos de salud incluían el examen VIH, configurando un hecho constitutivo de infracción a la LPDP. Además la misma Dirección durante la etapa instructora del procedimiento requirió información adicional a la recurrente referida a si solicitó y pagó el costo del examen médico así como la prueba de VIH realizado al denunciante, por lo que esta Dirección General advierte que la recurrente sí tuvo oportunidad de conocer los hechos imputados, así como para presentar sus descargos correspondientes.

4.12 Por lo argumentos expuestos, esta Dirección General considera que la Dirección de Protección de Datos Personales no efectuó un cambio de imputación de cargos, ya que la Dirección de Sanciones cumplió con indicar en la resolución que dicho hecho infractor constituía una contravención de las disposiciones de la LPDP. Además, es importante la precisión realizada por la Dirección de Protección de Datos al momento de determinar la sanción, ya que la misma ha permitido apreciar el hecho denunciado en su integridad, además que dicho hecho específico permite la graduación de la sanción.

b) Sobre la afectación de su derecho de defensa

4.13 La recurrente manifestó que la resolución impugnada afectó su derecho de defensa, toda vez que la resolución que inició el procedimiento sancionador le imputó otros cargos y no pudo presentar oportunamente sus alegatos y promover pruebas a su favor.

4.14 De la revisión del expediente, se advierte que la resolución emitida por la Dirección de Sanciones imputó la conducta consistente en: “Dar tratamiento desproporcionado de los datos personales de los postulantes” como una infracción de los artículos 6 y 7 de la LPDP; asimismo conforme con lo señalado en el punto a), la Dirección de

Sanciones evaluó en la resolución de inicio que la recopilación de los datos de salud incluían la prueba VIH, por lo que la recurrente tuvo pleno conocimiento de los alcances de la infracción imputada.

- 4.15 En efecto, si bien la imputación de cargos estaba conformada por la infracción principal y la consecuencia de la misma, desde el Informe N° 032-2016-JUS/DGPDP-DSC de fecha 10 de mayo de 2016, mediante el cual se comunicó los resultados del procedimiento de fiscalización, la recurrente tuvo conocimiento de lo que se analizaría a efectos de determinar la infracción, lo cual sería el tratamiento de los datos de salud que incluían la prueba de VIH para acceder a un determinado puesto de trabajo, en tanto ello evidenciaba una vulneración a los principios de finalidad y proporcionalidad.
- 4.16 Al respecto, es preciso señalar lo prescrito en el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG:

“1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra; (...) El subrayado es nuestro.

- 4.17 Por tanto, corresponde desestimar el alegato de la recurrente en este extremo, ya que esta Dirección General considera que la evaluación realizada por la Dirección de Protección de Datos Personales es válida, sobre todo cuando la recurrente durante todo el procedimiento tuvo la oportunidad de presentar una serie de alegatos destinados a defenderse de la conducta imputada en su integridad.

Sobre la obligación del empleador de realizar un examen médico pre ocupacional para postulantes

- 4.18 En el numeral 21.22 de la resolución impugnada, la Dirección de Protección de Datos Personales, señala lo siguiente:

“Respecto a lo alegado por DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. en relación a que el examen médico realizado al denunciante se hizo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo que establece la obligación del empleador de realizar un examen médico ocupacional al inicio o para el inicio de la relación laboral respecto de los trabajadores que realizan actividades comunes, cabe indicar que como ya se analizó en párrafos anteriores, la Ley N° 29783 indica de manera explícita que únicamente en el supuesto de que las actividades sean de alto riesgo, el empleador tiene la obligación de realizar un examen médico ocupacional antes, durante y al término de la relación laboral, con lo cual se evidencia que existe una contradicción del Reglamento en relación a la Ley N° 29783”.

- 4.19 Es necesario indicar que, el literal a) del artículo 101⁽³⁾ del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 006-2014-TR publicado el 09 de agosto de 2014, establece lo siguiente:

“Artículo 101. - El empleador debe realizar los exámenes médicos comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley, acorde a las labores desempeñadas por el trabajador en su récord histórico en la organización, dándole énfasis a los riesgos a los que estuvo expuesto a lo largo de desempeño laboral. Los exámenes médicos deben ser realizados respetando lo dispuesto en los Documentos Técnicos de la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores expedidos por el Ministerio de Salud.

Respecto a los exámenes médicos ocupacionales comprendidos en el inciso d) del artículo 49 de la Ley:

a) *Al inicio de la relación laboral o, para el inicio de la relación laboral, se realiza un examen médico ocupacional que acredite el estado de salud del trabajador. Los trabajadores deberán acreditar su estado de salud mediante un certificado médico ocupacional que tendrá validez por un periodo de dos (2) años, (...). El costo de estos exámenes es de cargo del empleador”.*

- 4.20 Es así que, considerando que la fecha del examen pre ocupacional realizado al denunciante se llevó a cabo el 22 de agosto de 2014, corresponde la aplicación del artículo señalado en el punto precedente. La precisión es en razón a la modificación realizada con fecha 22 de diciembre de 2016 mediante el Decreto Supremo N° 016-2016-TR.

- 4.21 Conforme con lo señalado en el literal d) del artículo 49 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, modificada por la Ley N° 30222, se establecen las obligaciones del empleador, esto es: “(...) d) Practicar exámenes

(3) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 016-2016-TR publicado el 22 de diciembre de 2016.

médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida son facultativos, y podrán realizarse a solicitud del empleador o trabajador. En el caso de los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, el empleador se encuentra obligado a realizar los exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral. (...)”.

- 4.22 De la revisión de los artículos señalados anteriormente, esta Dirección General considera que no existe una contradicción entre el Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo en relación a la Ley N° 29783, toda vez que el Reglamento complementa a la Ley y lo único que contiene es una determinación de la obligación de realizar exámenes médicos ocupacionales antes, durante y al término de la relación laboral a aquellos trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, sin que ello resulte un impedimento para aquellos que realicen actividades comunes, ya que el de hecho que no sea necesario no significa que no pueda realizarse.
- 4.23 En ese sentido, se concluye que en el caso en particular, el examen médico ocupacional podía realizarse antes del inicio de la relación laboral, independientemente del tipo de actividad del puesto laboral; es decir, sin hacer distinción entre actividades comunes y de alto riesgo, de conformidad al numeral a) del artículo 101 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Sobre la desproporcionalidad de solicitar prueba de VIH para acceder al puesto de trabajo “Ejecutivo de Producto Receptivo”

- 4.24 Es importante precisar que, el “Documento técnico: Protocolos de exámenes médicos ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad” emitido por el Ministerio de Salud, establece que la evaluación médico pre-empleo o pre-ocupacional “Es la evaluación médica que se realiza al trabajador antes de que ingrese al puesto de trabajo. Tiene por objetivo determinar el estado de salud al momento del ingreso, y su aptitud al puesto de trabajo”.
- 4.25 Respecto a la obligatoriedad de realizar los exámenes ocupacionales, que incluyen la prueba de VIH, cabe señalar que el artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, establece que “está prohibido que el empleador exija la prueba de VIH o la exhibición del resultado de esta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para continuar en el trabajo”.
- 4.26 Asimismo, el artículo 5 de la Ley N° 26626, modificada por el artículo 2 de la Ley N° 28243 publicada el 01 de junio de 2004, establece que los resultados de las pruebas diagnosticadas con VIH/SIDA son de carácter confidencial; asimismo, el artículo 4 de la referida ley señala que: “las pruebas para diagnosticar el VIH y SIDA son voluntarias y se realizan previa consejería obligatoria. Se consideran casos de excepción a la voluntariedad:
- a) El de los donantes de sangre y órganos.
 - b) El de la madre gestante (...).
 - c) Los demás casos establecidos por leyes específicas”.
- 4.27 De lo señalado en el punto anterior, se advierte que las pruebas son voluntarias, salvo excepciones y sus resultados son de carácter confidencial; por tanto, el empleador no puede exigir ninguna prueba de diagnóstico de VIH como requisito para acceder a un centro de trabajo, salvo se trate de un puesto de trabajo de actividad de alto riesgo, vinculada al sector salud o centros penitenciarios⁽⁴⁾, el cual deberá realizarse de acuerdo a las Guías técnicas aprobadas por la Autoridad Nacional de Salud, de conformidad a lo establecido en el “Documento técnico: Protocolos de exámenes médicos ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad”.
- 4.28 En consecuencia, esta Dirección General advierte que la prueba de VIH fue excesiva para la finalidad que motivó el tratamiento; es decir, para acceder al puesto de trabajo “Ejecutivo de Producto Receptivo”, ya que el perfil presentado por la recurrente no califica como un puesto de trabajo que se encuentre relacionado con el sector salud o centros penitenciarios, lo cual es una contravención al principio de proporcionalidad, tal como lo ha señalado la Dirección de Protección de Datos Personales.

(4) “Documento técnico: Protocolos de exámenes médicos ocupacionales y guías de diagnóstico de los exámenes médicos obligatorios por actividad”. Guía para exámenes médicos obligatorios por actividad. Página 11. http://www.digesa.minsa.gob.pe/norma_consulta/PROTOCOLOS-DE-EXAMENES-MEDICOS-OCUPACIONALES-2.pdf.”

Sobre los medios probatorios valorados por la Dirección de Protección de Datos Personales.

- 4.29 En cuanto al argumento de la recurrente referido a la no remisión de los documentos⁽⁵⁾ presentados por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. en la fiscalización realizada por la Dirección de Supervisión y Control, cabe señalar que mediante el Oficio N° 137-2016-JUSIDGPD-DSC, notificado a la recurrente el 17 de mayo de 2016, se le remitió el Informe N° 032-2016-JUS/DGPD-DSC de fecha 10 de mayo de 2016, a través del cual mediante el numeral 10 del punto IV, se precisó lo siguiente:

“Respecto a lo alegado por DOMIRUTH en relación a que no se solicita exámenes de VIH a los postulantes ni tampoco los encargaría a MEDLAB, es importante indicar que MEDLAB ha remitido con fecha 17 y 26 de febrero de 2016, la siguiente información que obra de fojas 361 a 379 y 402 a 405 del expediente:

- El registro de órdenes de análisis del 01.01.2014 al 31.12.2015, en este documento se consigna como cliente a DOMIRUTH y los análisis clínicos tomados a 79 personas, incluido el denunciante, se observa que entre los exámenes tomados figura el HIV Antígeno - Anticuerpo y su costo.

- El interfaz de pantalla del Sistema de Órdenes de Trabajo y Facturación de MEDLAB, en el que se observa la Factura N° 025-0107756 girada a favor de DOMIRUTH con el detalle de las personas a las que se les ha realizado los análisis clínicos, incluido el denunciante.

- Copia de la Factura N° 025-0107756 del 28.08.2014 girada por MEDLAB a favor de DOMIRUTH por los análisis clínicos realizados”.

- 4.30 Al respecto, es importante resaltar que conforme con lo establecido en el artículo 113 del Reglamento de la LPDP, el procedimiento fiscalizador culmina con el informe que expida la Dirección de Supervisión y Control en el que determinará con carácter preliminar las circunstancias que justifican la instauración de un procedimiento sancionador. Antes de ello, la Dirección de Sanciones tiene las competencias de requerir información, realizar las visitas correspondientes y levantar las actas de fiscalización, y todo ello se realizó dentro del adecuado marco procedimental.
- 4.31 En ese sentido, se advierte que el 19 de enero de 2017 la recurrente dio respuesta al requerimiento realizado por la Dirección de Sanciones, adjuntando copia de la Factura N° 025-0107756 emitida por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C., por lo que no es atendible lo alegado por la recurrente en el sentido que no tuvo conocimiento de dicha prueba a fin de presentar su descargo.
- 4.32 Asimismo, se verifica que el Informe N° 032-2016-JUS/DGPD-DSC fue debidamente notificado, por lo que la recurrente tomó conocimiento de los hechos materia de fiscalización. Además, la recurrente, al presentar sus descargos con fecha 07 de noviembre de 2016, es decir, 6 meses después de haber tomado conocimiento de los documentos presentados por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. (documentos que formaban parte del informe de fiscalización), no cuestionó ni ejerció su derecho de defensa respecto a dichos documentos; por lo cual, esta Dirección General considera que en caso de no haberse encontrado conforme con ello, pudo haberlo cuestionado en sus descargos, lo cual demuestra que no se vulneró el derecho de defensa de la recurrente al valorar los documentos como medios probatorios en la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP.

Sobre las acciones de enmienda respecto a las medidas de seguridad

- 4.33 Respecto a la infracción referida a no haber implementado las medidas de seguridad exigidas por el numeral 1 del artículo 39 del Reglamento de la LPDP, por no documentar de manera adecuada la gestión de accesos y privilegios para el acceso de los usuarios a los bancos de datos personales automatizados, así como por el artículo 43 del Reglamento de la LPDP, debido a que personal no autorizado tiene puertos USB activos y acceso al correo personal hotmail que permitiría la lectura y grabación de archivos o enviar cualquier tipo de información, propiciando con ello riesgo de generación de copias de documentos que contengan datos personales, lo cual contraviene el principio de seguridad recogido en el artículo 9 de la LPDP. Cabe señalar que la recurrente manifestó en sus descargos y en su recurso de apelación haber realizado las acciones de enmienda por dicha infracción, sin embargo, esta Dirección General advierte que según la Hoja de Trámite N° 70340-2017MSC sólo se ingresó por mesa de partes 29 folios (fojas 614 del expediente), por lo que no cumplió con adjuntar prueba alguna para sustentar dicha acción de enmienda.

(5) Los documentos son: (i) registro de órdenes de análisis supuestamente tomados a solicitud de DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., por el concepto de análisis clínicos de 79 personas, incluido el denunciante, en los que se observaría que entre los exámenes tomados figura el HIV Antígeno - Anticuerpo y su costo; y, (ii) la factura N° 025-0107756 del 28 de agosto de 2014 girada por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. a favor DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. por los análisis clínicos realizados.

- 4.34 Sobre el particular, correspondía a la recurrente presentar los medios de prueba que desvirtuaran la comisión de la infracción. Al respecto, NIETO GARCÍA ha señalado lo siguiente⁽⁶⁾:

“(...) en cuanto elemento integrante del tipo de la infracción ha de ser probado por la administración, quien soporta la carga de justificar la ocurrencia de todos los elementos constitutivos de aquél (...). Los anterior no obsta con todo (...), si se pone a cargo del imputado la de acreditar unos hechos o circunstancias que a su juicio deban también valorarse al decidir sobre tal procedimiento. si estos hechos o circunstancias son de tal naturaleza que es el imputado, y no la Administración, quien posee una plena disponibilidad de los medios de prueba.” (El subrayado es nuestro)

- 4.35 Por lo expuesto, solo se tomará en cuenta como un atenuante, el reconocimiento expreso realizado por la recurrente respecto al incumplimiento de adoptar las medidas de seguridad para realizar un tratamiento adecuado de datos personales.

Sobre la aplicación del principio de irretroactividad

- 4.36 El principio de impulso de oficio previsto en el numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, prescribe que la autoridad administrativa, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para la continuación del procedimiento; además, que deberá determinar la norma aplicable al caso, aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal⁽⁷⁾. En este sentido, corresponde a esta Dirección General, última instancia administrativa en el procedimiento sancionador, evaluar las normas que resulten aplicables al caso en concreto.
- 4.37 Mediante Decreto Supremo N° 019-2017-JUS de fecha 15 de septiembre de 2017, se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1353 que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses.
- 4.38 La Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del mencionado reglamento, incorpora el capítulo de infracciones al Título VI del Reglamento de la LPDP, agregando el artículo 132 que tipifica las infracciones⁽⁸⁾.
- 4.39 En atención a la retroactividad benigna, contemplada como una excepción del principio de irretroactividad⁽⁹⁾ que rige la potestad sancionadora administrativa, es de aplicación la disposición más favorable a la administrada.

(6) NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición. Editorial Tecno. Madrid, 2005.

(7) GUZMAN NAPURÍ, Christian. Los principios generales del Derecho Administrativo. Ius La Revista N° 38. p. 238.

(8) **Tercera.- Incorporación del Capítulo IV de Infracciones al Título VI de Infracciones y Sanciones al Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.**

Incorpórese el Capítulo IV de Infracciones al Título VI al Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, en los siguientes términos:

TÍTULO VI INFRACCIONES Y SANCIONES

CAPÍTULO IV

INFRACCIONES

Artículo 132.- Infracciones

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

(...)

(9) **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.** “Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

(...)”.

- 4.40 La retroactividad benigna se hace efectiva si luego de la comisión de un ilícito administrativo, se produce una modificación normativa que establezca una consecuencia más beneficiosa para el infractor, sea la derogación de la tipificación de una infracción, así como el establecimiento de supuestos de hecho distintos o una sanción menor que la contemplada en la norma vigente al momento que se cometió dicho ilícito, por lo que debe aplicarse retroactivamente la nueva norma.
- 4.41 Cabe señalar que la retroactividad debe ser el resultado de una evaluación integral por parte de la Administración y, como tal, debe verificarse los supuestos y requisitos que la norma exija de manera que produzca consecuencias jurídicas favorables para el administrado.
- 4.42 En tal sentido, el numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG contempla el principio de irretroactividad, precisando los supuestos sobre los cuales se podría aplicar la retroactividad benigna, que son los siguientes:
- Tipificación de la infracción más favorable.
 - Previsión de la sanción más favorable, incluso entre aquellas que se encuentran en etapa de ejecución.
 - Plazos de prescripción más favorables.
- 4.43 En la línea de lo expuesto, apreciándose que el supuesto de hecho (incumplimiento de la obligación) en el cual habría incurrido la administrada, ha variado de tipificación y de sanción (respecto del momento en que se detectó la infracción), en atención a la retroactividad benigna establecida en el principio de irretroactividad que rige la potestad sancionadora administrativa, se aplicará la disposición que resulte más favorable a la administrada.
- 4.44 Sobre la recopilación de datos de salud (prueba de VIH) no proporcionales para la postulación a un puesto de trabajo que no se encontraba relacionado a la salud o centros penitenciarios, se tiene la siguiente situación:

Normas	Regulación anterior	Regulación actual
Sustantiva	Artículo 7 de la LPDP.	Artículo 7 de la LPDP.
Tipificadora	Literal a. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP; esto es: "Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento".	Literal d. del numeral 2 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP; esto es: "Recopilar datos personales sensibles que no sean necesarios, pertinentes ni adecuados con relación a las finalidades determinadas, explícitas y lícitas para las que requieren ser obtenidas"
Eventual sanción	Numeral 2 del artículo 39 de la LPDP que establece la infracción grave sancionada con más de 5 hasta 50 UIT.	Numeral 2 del artículo 39 de la LPDP que establece la infracción grave sancionada con más de 5 hasta 50 UIT.

- 4.45 Se advierte de lo anterior, a decir de la prognosis de la sanción a imponer, que el marco normativo actual (norma que entró en vigencia el 16 de setiembre de 2017) no es más favorable para el recurrente que la norma vigente a la fecha en la que se cometió la infracción (2016), toda vez que la sanción conforme a la tipificación vigente en la actualidad se mantiene como grave. Por tal motivo, es inconducente aplicar el principio de retroactividad benigna al supuesto de hecho referido a la recopilación del examen VIH para una finalidad que no es la adecuada.
- 4.46 Respecto de la aplicación de medidas de seguridad al tratamiento de datos personales, en observancia del Principio de Seguridad, se presenta la siguiente situación:

Normas	Regulación anterior	Regulación actual
Sustantiva	<ul style="list-style-type: none"> - Numeral 1 del artículo 39 y artículo 43 del Reglamento de la LPDP. - Artículo 9 de la LPDP. 	<ul style="list-style-type: none"> - Numeral 1 del artículo 39 y artículo 43 del Reglamento de la LPDP. - Artículo 9 de la LPDP.

Tipificadora	Literal a. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP, esto es: <i>“Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”.</i>	Literal a) del numeral 1 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP, esto es: <i>“Realizar tratamiento de datos personales incumpliendo las medidas de seguridad establecidas en la normativa sobre la materia”.</i>
Eventual sanción	Numeral 2 del artículo 39 de la LPDP que establece la infracción grave sancionada con más de 5 hasta 50 UIT.	Numeral 1 del artículo 39 de la LPDP que establece la infracción leve sancionada con 0,5 UIT hasta 5 UIT.

4.47 Se advierte de lo anterior que el marco normativo actual (norma que entró en vigencia el 16 de setiembre de 2017) es más favorable para el recurrente en comparación con la norma vigente a la fecha en la que se cometió la infracción (2016), toda vez que la sanción, conforme a la tipificación vigente en la actualidad, resulta más beneficiosa, al haber cambiado de grave a leve. Por tal motivo, corresponde aplicar la retroactividad benigna al supuesto de hecho referido a la no adopción de las medidas de seguridad sobre el tratamiento de datos personales, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 39 y artículo 43 del Reglamento de la LPDP, en inobservancia del Principio de Seguridad prescrito en el artículo 9 de dicha ley.

Sobre la graduación de la sanción

- 4.48 La recurrente manifiesta que la multa de 58 UIT resulta ser excesiva y desproporcionada, ya que actuaron conforme a la normatividad vigente respecto a realizar pruebas médicas a sus trabajadores o postulantes a puestos de trabajo.
- 4.49 Corresponde a la Dirección General examinar los elementos de evaluación empleados por la Dirección de Protección de Datos Personales para la determinación de las sanciones de multa de cincuenta y ocho (58) unidades impositivas tributarias, conforme con lo establecido por el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG⁽¹⁰⁾, que regula el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora, el cual establece que 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. En este sentido, los criterios a evaluar son los siguientes:

(10) Artículo 246 del TUO de la LPAG, numeral 3), Razonabilidad.

“(...) las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

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

Concordado con las siguientes disposiciones normativas:

Artículo 39 de la LPDP.- Sanciones administrativas.

“(...) La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales determina la infracción cometida y el monto de la multa imponible mediante resolución debidamente motivada. Para la graduación del monto de las multas, se toman en cuenta los criterios establecidos en el artículo 230, numeral 3), de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, o la que haga sus veces. La imposición de la multa se efectúa sin perjuicio de las sanciones disciplinarias sobre el personal de las entidades públicas en los casos de bancos de datos personales de administración pública, así como de la indemnización por daños y perjuicios y de las sanciones penales a que hubiera lugar.”

Artículo 125 del Reglamento de la LPDP.- Graduación del monto de la sanción administrativa de multa.

“Para graduar la sanción a imponerse debe observarse el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora reconocido en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, así como la condición de sancionado reincidente y la conducta procedimental del infractor.

(...)”

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción.- Se trata del beneficio que obtiene o que espera obtener al no cumplir con alguna obligación de la LPDP o su Reglamento, es decir, es el ingreso ilícito que percibe o espera percibir así como el costo que ahorra o ahorraría cometiendo la infracción.
Se advierte entonces, que en el expediente no se ha evidenciado un ingreso ilícito o algún costo ahorrado en favor de la administrada.

- La probabilidad de detección de la infracción.- Se trata de la probabilidad de detección de la comisión de una infracción por parte de la Autoridad.

Se advierte que existe una probabilidad de detección baja ya que sólo ha sido posible determinar la comisión de la infracción a partir de las visitas de fiscalización así como de la revisión de diversos documentos y la solicitud de información complementaria para determinar el tratamiento desproporcionado de los datos personales, ya que el solo hecho de la presentación de una denuncia ante la Autoridad no acredita la comisión de una infracción.

- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.- Se advierte que la conducta infractora ha afectado el derecho fundamental a la protección de los datos personales reconocido en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, en cuanto al haber dado tratamiento a la prueba de VIH contraviniendo el principio de proporcionalidad, se advierte que la infracción cometida por la recurrente está tipificada como “grave” conforme al literal a. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP. Su incumplimiento ha producido una afectación concreta al denunciante, puesto que ha perdido el control de su información al no tener la certeza que su dato sería utilizado para otra finalidad que no es legítima, es decir, para la evaluación a un puesto de trabajo que no requería solicitarlo.

En cuanto a la vulneración del principio de seguridad recogido en el artículo 9 de la LPDP, se advierte que la infracción cometida por la recurrente está tipificada como “leve” conforme al literal a. del numeral 1 del artículo 132 en el Reglamento de la LPDP. Su incumplimiento ha producido un daño potencial a los titulares de los datos personales, colocando en un estado de indefensión a los titulares, ya que no se ha adoptado las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar su seguridad.

- El perjuicio económico causado.- Se refiere a la estimación económica de los daños generados.

De la evaluación del expediente administrativo no se advierte elementos que permitan el cálculo de manera efectiva; sin embargo, se considerará la gravedad del daño al interés público y bien jurídico protegido analizado en el punto anterior.

- La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.- Se advierte de la conducta infractora que:

- La recurrente no es reincidente en cuanto a la comisión de las infracciones detectadas por la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales.

- Las circunstancias de la comisión de la infracción.- Se tomará en cuenta la conducta del infractor con posterioridad a la detección de las infracciones, en este sentido, el artículo 255 del TUO de la LPAG que regula los atenuantes en cuanto a la responsabilidad por infracciones dispone que:

“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones.

(. . .)

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

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

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

b) Otros que se establezcan por norma especial”. (Subrayado es nuestro)

Asimismo, el artículo 126 del Reglamento de la LPDP dispone que:

“Artículo 126. - Atenuantes:

La colaboración con las acciones de la autoridad y el reconocimiento espontáneo de las infracciones acompañado de acciones de enmienda se considerarán atenuantes. Atendiendo a la oportunidad del reconocimiento y a las fórmulas de enmienda, la atenuación permitirá incluso la reducción motivada de la sanción por debajo del rango previsto en la Ley”. (El énfasis es nuestro)

De ahí que, respecto al tratamiento desproporcionado de la prueba VIH, la Dirección General considera que la recurrente no ha demostrado “colaboración con las acciones de la autoridad” como atenuante de responsabilidad ni ha demostrado “reconocimiento espontáneo” ni “acciones de enmienda” de la infracción, como atenuante que deba ser tomada en cuenta para la graduación del monto de la sanción, toda vez que durante el procedimiento ha negado su responsabilidad.

En cuanto a la implementación de las medidas de seguridad, no presentó los documentos que demuestren su adecuación como una acción de enmienda, que si bien señala en su escrito de apelación cuenta con los documentos sobre el procedimiento de gestión de privilegios y el procedimiento de medidas de seguridad de protección de datos personales, estas no se encuentran adjuntas al escrito, por lo que solo se tomará en cuenta su reconocimiento expreso de responsabilidad.

- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.- La Dirección General advierte que la intencionalidad del infractor es un factor para graduar las sanciones y no un elemento constitutivo de la sanción.

Sobre la infracción referida al tratamiento desproporcionado de la prueba VIH, se advierte que durante todo el procedimiento la recurrente ha negado su responsabilidad, a pesar de sustentarse en la resolución impugnada que mediante el registro de órdenes de análisis tomados a solicitud de la recurrente (fojas 361 a 377 del expediente), así como de la Factura N° 025-0107756 del 28.08.2014 girada por MEDLAB CANTELLA COLICHON S.A.C. a favor de la recurrente (fojas 400 del expediente) fue quien solicitó y pagó el examen médico realizado al denunciante que incluía la prueba VIH. Asimismo, niega haber tomado conocimiento de la Factura N° 025-0107756, cuando se advierte en el expediente que la misma recurrente presentó dicho documento a la Dirección de Sanciones. En este sentido, no existen elementos que permitan advertir su *no intencionalidad* en la comisión de la infracción.

Respecto a la infracción referida a la vulneración al principio de seguridad, se verifica que la recurrente tiene la intencionalidad de cumplir con adecuarse con las disposiciones establecidas en la LPDP y su Reglamento, ya que ha señalado un reconocimiento expreso de su incumplimiento, sin embargo no cumple objetivamente con demostrar su adecuación.

4.50 Con los criterios evaluados anteriormente, corresponde determinar el monto de las sanciones conforme a lo siguiente:

4.51 En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales del denunciante, se advierte que dicha conducta cometida por la recurrente está tipificada como “grave”, y conforme con lo establecido por el numeral 2 del artículo 39 de la LPDP que regula las sanciones administrativas, es sancionada con multa desde más de cinco (5) hasta cincuenta (50) unidades impositivas tributarias (UIT); por lo que:

- La infracción corresponde a una afectación directa del bien jurídico protegido, por lo que se aplicará el promedio del rango de la sanción que es veintisiete punto cinco (27.5) unidades impositivas tributarias (UIT); y que a partir de allí, es razonable que, se apliquen los atenuantes (o agravantes, cuando sea el caso).
- Esta Dirección General considera que al existir un denunciante, quien es el afectado directo de la infracción, se adicionará el 10 % como un agravante a la aplicación de la sanción.
- De la evaluación realizada, no existen acciones que se consideren como atenuantes (reconocimiento expreso o acciones de enmienda).

4.52 En cuanto a la contravención del principio de seguridad establecido en la LPDP se advierte que dicha conducta cometida por la recurrente está tipificada como “leve” conforme al literal a. del numeral 1 del artículo 132 en el Reglamento de la LPDP que regula las sanciones administrativas, es sancionada con multa mínima de (0.5) hasta cinco (5) unidades impositivas tributarias (UIT); por lo que:

- La infracción corresponde a una afectación indirecta del bien jurídico protegido, ya que se trata de un riesgo potencial, por lo que se aplicará el 50 % del promedio del rango de la sanción que es (1.38) unidades impositivas tributarias (UIT); y que a partir de allí, es razonable que, se apliquen los atenuantes (o agravantes, cuando sea el caso).
- Esta Dirección General considera que al existir un reconocimiento expreso de la infracción cometida, se restará el 5 % a la aplicación de la sanción.
- De la evaluación realizada, no existe agravantes que se consideren para la graduación de la sanción.

4.53 En consecuencia, no existe una vulneración al principio del debido procedimiento conforme a lo establecido por el TUO de la LPAG. Asimismo, cuando la recurrente manifiesta que con la interposición del recurso de apelación busca que se declare nula la resolución impugnada, expresa una pretensión que no resulta razonable ni coherente, conforme a los argumentos expuestos en la presente resolución.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS; y, el artículo 71, literal I, del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. contra la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP del 07 de setiembre de 2017 emitida por la Dirección de Protección de Datos Personales, en consecuencia **REVOCAR** el Artículo 1 referido al monto de la multa que dispuso:

En su Artículo 1.- “Sancionar a *DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C.*, con RUC N° 20100999430, con la multa ascendente a cincuenta unidades impositivas tributarias (50 UIT) por “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”, toda vez que se ha comprobado que *DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A. C.* solicitó al denunciante exámenes médicos pre ocupacionales, así como la prueba del VIH, datos sensibles no proporcionales para la finalidad de evaluarlo en el proceso de selección a un puesto de trabajo para una actividad que no implica un riesgo laboral, contraviniendo el principio de proporcionalidad, configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP; y **REFORMÁNDOLA** en este extremo, disponer:

Artículo 1.- Sancionar a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., con RUC N° 20100999430, con la multa ascendente a treinta punto veinticinco unidades impositivas tributarias (30.25 UIT) por “Dar tratamiento a los datos personales contraviniendo los principios establecidos en la presente Ley o incumpliendo sus demás disposiciones o las de su Reglamento”, toda vez que se ha comprobado que DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. solicitó al denunciante la prueba del VIH, datos sensibles no proporcionales para la finalidad de evaluarlo en el proceso de selección a un puesto de trabajo para una actividad que no se encuentra relacionado al sector salud o centros penitenciarios, contraviniendo el principio de proporcionalidad, configurándose la infracción grave prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP.

Artículo 2.- Aplicar el principio de irretroactividad previsto en el numeral 5 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en consecuencia, **REVOCAR** el Artículo N° 2 de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP por la infracción tipificada en el literal a. del numeral 2 del artículo 38 de la LPDP; y **REFORMÁNDOLA** disponer:

Artículo 2.- Sancionar a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., con RUC N° 20100999430, con la multa ascendente a uno punto treinta y uno unidades impositivas tributarias (1.31 UIT) por “Realizar tratamiento de datos personales incumpliendo las medidas de seguridad establecidas en la normativa sobre la materia”, toda vez que DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C., no contaba con las medidas de seguridad exigidas por el numeral 1 del artículo 39 y artículo 43 del Reglamento de la LPDP, configurándose la infracción leve prevista en el literal a) del numeral 1 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP⁽¹¹⁾.

Artículo 3.- Declarar **INFUNDADA** la nulidad solicitada contra la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP del 07 de setiembre de 2017.

Artículo 4.- CONFIRMAR en lo demás que contiene la Resolución Directoral N° 384-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP del 07 de setiembre de 2017 emitida de la Dirección de Protección de Datos Personales, con lo cual se concluye el presente procedimiento sancionador, agotándose la vía administrativa.

Artículo 5.- REQUERIR a la recurrente la presentación de los documentos que contienen la implementación de las medidas de seguridad a fin de dar un adecuado tratamiento de los datos personales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 de la LPDP.

Artículo 6.- PONER EN CONOCIMIENTO de DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. que el literal d) del numeral 3 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP establece que constituye infracción muy grave no cesar en el indebido tratamiento de datos personales, cuando existiese un requerimiento previo de la Autoridad como resultado de un procedimiento sancionador.

Artículo 7.- Disponer la devolución del expediente administrativo a la Dirección de Protección de Datos Personales para los fines pertinentes.

Artículo 8.- NOTIFICAR a DOMIRUTH TRAVEL SERVICE S.A.C. y al Sr. la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

11 **Artículo 132.- Infracciones**

“(..)

1. Son infracciones leves:

a) Realizar tratamiento de datos personales incumpliendo las medidas de seguridad establecidas en la normativa sobre la materia.