Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 18-202593-00002-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, "*por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo",* fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. **CUESTIÓN PREVIA.**

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO,** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

> *"Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparán a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no".*

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

2. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

De acuerdo con el Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce sus funciones en diversas materias entre las que se encuentran: (i)Protección de Datos Personales, (ii)Protección al Consumidor, (iii)Promoción a la Competencia, vigilancia a Cámaras de Comercio, (iv) Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, (v) la administración del registro de Propiedad Industrial es decir la concesión, cancelación y otros trámites en materia de marcas y patentes, lo anterior ha de entenderse en desarrollo de Funciones Administrativas. Igualmente, que en desarrollo de funciones Jurisdiccionales esta Superintendencia está facultada para adelantar procesos en materia de protección al consumidor, competencia desleal y Propiedad Industrial.

2.1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en Materia de Protección de Datos Personales.

La Ley 1581 de 2012, en su artículo 21 señala las siguientes funciones para esta Superintendencia:

"a) Velar por el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales;

b) Adelantar las investigaciones del caso, de oficio o a petición de parte y, como resultado de ellas, ordenar las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el derecho de hábeas data. Para el efecto, siempre que se desconozca el derecho, podrá disponer que se conceda el acceso y suministro de los datos, la rectificación, actualización o supresión de los mismos;

c) Disponer el bloqueo temporal de los datos cuando, de la solicitud y de las pruebas aportadas por el Titular, se identifique un riesgo cierto de vulneración de sus derechos fundamentales, y dicho bloqueo sea necesario para protegerlos mientras se adopta una decisión definitiva.

d) Promover y divulgar los derechos de las personas en relación con el Tratamiento de datos personales e implementara campañas pedagógicas para capacitar e informar a los ciudadanos acerca del ejercicio y garantía del derecho fundamental a la protección de datos.

e) Impartir instrucciones sobre las medidas y procedimientos necesarios para la adecuación de las operaciones de los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento a las disposiciones previstas en la presente ley.

f) Solicitar a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento la información que sea necesaria para el ejercicio efectivo de sus funciones.

g) Proferir las declaraciones de conformidad sobre las transferencias internacionales de datos.

h) Administrar el Registro Nacional Público de Bases de Datos y emitir las órdenes y los actos necesarios para su administración y funcionamiento.

i) Sugerir o recomendar los ajustes, correctivos o adecuaciones a la normatividad que resulten acordes con la evolución tecnológica, informática o comunicacional.

j) Requerir la colaboración de entidades internacionales o extranjeras cuando se afecten los derechos de los Titulares fuera del territorio colombiano con ocasión, entre otras, de la recolección internacional de datos personales.

k) Las demás que le sean asignadas por ley."

2.2. Ámbito de Aplicación de la Ley 1581 de 2012.

La Ley 1581 de 2012, en su Título I, señala el Objeto, Ámbito de Aplicación y Definiciones, el artículo 1 de la precita Ley, establece:

"ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. *Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.*

La presente ley aplicará al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.

El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación:

a) A las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico.

Cuando estas bases de datos o archivos vayan a ser suministrados a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización. En este caso los Responsables y Encargados de las bases de datos y archivos quedarán sujetos a las disposiciones contenidas en la presente ley;

b) A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo;

c) A las Bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia;

d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales;

e) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008;

f) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993.

***PARÁGRAFO.** Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley."*

Respecto a los interrogantes de su comunicación, es importante precisar que, a esta Superintendencia**,** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional, en concordancia con el pronunciamiento emitido en tal sentido por la Corte Constitucional en sentencia C-542 de 2005.

Sin embargo, en virtud de las competencias otorgadas a esta Superintendencia, esta Oficina Jurídica se referirá al tema en cuestión de manera general y en línea con la normatividad vigente, de la siguiente manera:

Primer interrogante:

"Si en mi empresa tengo datos personales en bases de datos las cuales fueron recolectadas mucho antes de la ley 1581 de 2012, y necesito llamar y enviar correos comerciales, como hago al saber que no tengo la autorización, Con base en lo anterior puedo aplicar el artículo 10 del decreto 1377 de 2013, como mecanismo alternativo?"

Respuesta:

El artículo 2.2.2.25.2.7. establece lo siguiente respecto a los datos recolectados antes del 27 de junio de 2013:

"Artículo 2.2.2.25.2.7. Datos recolectados antes del 27 de junio de 2013. Para los datos recolectados antes del de junio de 2013, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. Los responsables deberán solicitar la autorización de los titulares para continuar con el Tratamiento de sus datos personales del modo previsto en el artículo 2.2.2.25.2.4., a través de mecanismos eficientes de comunicación, así como poner en conocimiento estos sus políticas de Tratamiento de la información y el modo ejercer sus derechos.

2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral 1, se considerarán como mecanismos eficientes de comunicación aquellos que el responsable o encargado usan en el curso ordinario de su interacción con los Titulares registrados en sus bases de datos.

3. Si los mecanismos citados en el numeral 1 imponen al responsable una carga desproporcionada o es imposible solicitar a cada Titular el consentimiento para el Tratamiento de sus datos personales y poner en su conocimiento las políticas de Tratamiento de la información y el modo de ejercer sus derechos, el Responsable podrá implementar mecanismos alternos para los efectos dispuestos en el numeral 1, tales como diarios de amplia circulación nacional, diarios locales o revistas, páginas de Internet del responsable, carteles informativos, entre otros, e informar respecto a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días siguientes a su implementación.

Con fin de establecer cuándo existe una carga desproporcionada para responsable se tendrá en cuenta su capacidad económica, el número de titulares, la antigüedad de los datos, el ámbito territorial y sectorial de operación del responsable y el mecanismo alterno do comunicación a utilizar, de manera que el hecho de solicitar el consentimiento a cada uno los Titulares implique un costo excesivo y que ello comprometa la estabilidad financiera del responsable, la realización de actividades propias de su negocio o la viabilidad de su presupuesto programado.

A su vez se considerará que existe una imposibilidad de solicitar a cada titular el consentimiento para el Tratamiento de sus datos personales y poner en su conocimiento las políticas de Tratamiento de la información y el modo de ejercer sus derechos cuando el responsable no cuente con datos de contacto de los titulares, ya sea porque los mismos no obran en sus archivos, registros o bases de datos, o bien, porque estos se encuentran desactualizados, incorrectos, incompletos o inexactos.

4. Si en el término de treinta (30) días hábiles, contado a partir de la implementación de cualesquiera los mecanismos de comunicación descritos en

los numerales 1, 2 y 3, el Titular no ha contactado al Responsable o Encargado para solicitar la supresión de sus datos personales en los términos del presente capítulo, el responsable y encargado podrán continuar realizando el Tratamiento de los datos contenidos en sus bases de datos para la finalidad o finalidades indicadas en la política de Tratamiento de la información, puesta en conocimiento de los titulares mediante tales mecanismos, sin perjuicio de la facultad que tiene el Titular ejercer en cualquier momento su derecho y pedir la eliminación del dato.

5. En todo caso el Responsable y el Encargado deben cumplir con todas las disposiciones aplicables de la Ley 1581 de 2012 y el presente capítulo. Así mismo, será necesario que la finalidad o finalidades del Tratamiento vigentes sean iguales, análogas o compatibles con aquella o aquellas para las cuales se recabaron los datos personales inicialmente.

Parágrafo. La implementación de los mecanismos alternos de comunicación previstos en esta norma deberá realizarse a más tardar dentro del mes siguiente de la publicación del Decreto 1377 de 2013."

Ahora bien, respecto al tema concreto de su consulta es importante mencionar que el artículo 10 del Decreto 1377 de 2013 señaló un término perentorio[1] para que los responsables del tratamiento implementaran los mecanismos alternos que permitieran la obtención de la autorización del titular de los datos personales.

Una vez vencido dicho término esto fue el pasado el 27 de julio de 2013, los responsables solo pueden continuar con el tratamiento de los datos que fueron recolectados con anterioridad a la mencionada disposición cuando el titular haya otorgado su autorización de manera expresa, la cual puede ser solicitada a través de mecanismos eficientes de comunicación entendidos como aquellos que el responsable o encargado usan en el curso ordinario de su interacción con los titulares registrados en sus bases de datos.

Por último, es necesario resaltar que, entre todos los mecanismos dispuestos en el artículo 10 del mencionado decreto, para para continuar con el tratamiento de los datos personales de un titular, solo podrá realizarse el resaltado anteriormente, es decir, mecanismos eficientes de comunicación.

Segundo interrogante:

"Puedo continuar con el tratamiento de estos datos, o puedo estar expuesto a una sanción?"

[1] Definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua así: "1. m. Der. término improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó"

Respuesta:

Queremos reiterar que el artículo 10 del Decreto 1377 de 2013, señaló un término perentorio para que los responsables del tratamiento implementaran los mecanismos alternos que permitieran la obtención de la autorización del titular de los datos personales.

De esta manera, una vez vencido dicho término esto fue el pasado el 27 de julio de 2013, los responsables solo pueden continuar con el tratamiento de los datos que fueron recolectados con anterioridad a la mencionada disposición cuando el titular haya otorgado su autorización de manera expresa, la cual puede ser solicitada a través de mecanismos eficientes de comunicación entendidos como aquellos que el responsable o encargado usan en el curso ordinario de su interacción con los titulares registrados en sus bases de datos.

En concordancia lo anterior, el artículo 2.2.2.25.2.4., del Decreto 1074 de 2015, que incorpora el Decreto 1377 de 2013 dispone lo siguiente:

> *"**Modo de obtener la autorización.** Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012, los Responsables del Tratamiento de datos personales establecerán mecanismos para obtener la autorización de los titulares o de quien se encuentre legitimado de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.25.4.1., del presente Decreto, que garanticen su consulta. Estos mecanismos podrán ser predeterminados a través de medios técnicos que faciliten al Titular su manifestación automatizada.*
>
> *Se entenderá que la autorización cumple con estos requisitos cuando se manifieste (í) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. En ningún caso el silencio podrá asimilarse a una conducta inequívoca."*

Por lo anterior, los responsables del tratamiento de los datos personales deben obtener la autorización por parte del titular informándole la finalidad específica del tratamiento de los mismos, y debe utilizar mecanismos que garanticen su consulta posterior.

Se entiende que el titular de la información ha dado su autorización para el tratamiento de los datos personales cuando: (i) sea por escrito; (ii) sea oral o (iii) mediante conductas inequívocas, es decir, aquellas que no admiten duda o equivocación, del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. El silencio no puede asimilarse a una conducta inequívoca. Cuando se trate de datos personales sensibles la autorización para el tratamiento de tales datos deberá hacerse de manera explícita.

Por último, respecto a las sanciones que puede incurrir una empresa que no cuente con autorización para realizar tratamiento de datos personales, el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012, establece:

*"**Artículo 23. Sanciones.** La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento las siguientes sanciones:*

a) Multas de carácter personal e institucional hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción. Las multas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó;

b) Suspensión de las actividades relacionadas con el Tratamiento hasta por un término de seis (6) meses. En el acto de suspensión se indicarán los correctivos que se deberán adoptar;

c) Cierre temporal de las operaciones relacionadas con el Tratamiento una vez transcurrido el término de suspensión sin que se hubieren adoptado los correctivos ordenados por la Superintendencia de Industria y Comercio;

d) Cierre inmediato y definitivo de la operación que involucre el Tratamiento de datos sensibles;

Parágrafo. Las sanciones indicadas en el presente artículo sólo aplican para las personas de naturaleza privada. En el evento en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio advierta un presunto incumplimiento de una autoridad pública a las disposiciones de la presente ley, remitirá la actuación a la Procuraduría General de la Nación para que adelante la investigación respectiva."

Tercer interrogante:

"Que me pueden sugerir que realice con el fin de no perder esta base de datos histórica que es muy importante para la actividad social de la empresa, Si un titular de esta base de datos histórica, me solicita la autorización? qué puedo hacer."

Respuesta:

Nos remitimos a las respuestas de los interrogantes anteriores, en primer lugar en el sentido de recalcar que, una vez vencido el término perentorio señalado por el artículo 10 del Decreto 1377 de 2013, los responsables solo pueden continuar con el tratamiento de los datos que fueron recolectados con anterioridad a la mencionada disposición cuando el titular haya otorgado su autorización de manera expresa, la cual puede ser solicitada a través de mecanismos eficientes de comunicación entendidos como aquellos que el responsable o encargado usan en el curso ordinario de su interacción con los titulares registrados en sus bases de datos.

Es necesario resaltar que, entre todos los mecanismos dispuestos en el artículo 10 del mencionado decreto, para para continuar con el tratamiento de los datos personales de un titular, solo podrá realizarse el resaltado anteriormente, es decir, mecanismos eficientes de comunicación.

Por otra parte, respecto a la autorización para el tratamiento de datos personales, la misma deberá ser obtenida informando al titular la finalidad específica del tratamiento de los mismos, y debe utilizar mecanismos que garanticen su consulta posterior.

En este orden de ideas, se entiende que el titular de la información ha dado su autorización para el tratamiento de los datos personales cuando: (i) sea por escrito; (ii) sea oral o (iii) mediante conductas inequívocas, es decir, aquellas que no admiten duda o equivocación, del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. El silencio no puede asimilarse a una conducta inequívoca. Cuando se trate de datos personales sensibles la autorización para el tratamiento de tales datos deberá hacerse de manera explícita.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web **http://www.sic.gov.co/Doctrina-1**

En la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente link **http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ**

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Andrés Gómez
Revisó: Rocío Soacha
Aprobó: Rocío Soacha