

Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 18- 236340-1
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 equiparan 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. 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.

A continuación resolveremos los interrogantes de su consulta de fecha 19 de septiembre de 2018 en la que manifiesta lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que la Ley 1581 de 2012 desarrolla los artículos 15 y 20 de la Constitución Política relativos al derecho a la intimidad y a la información respectivamente; que dicha Ley contempla las reglas, principios, procedimientos y sanciones aplicables en materia datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada; que la norma en mención extiende tales prescripciones incluso a los casos exceptuados que posean normatividad especial en cuyo caso aplicaran las normas especiales y las del estatuto de manera concurrente; que dentro de los casos exceptuados figuran “las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico” y que “cuando éstas bases de datos o archivos vayan a ser suministrados a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización”;

Surgen algunas dudas respecto de la aplicación de la Ley 1581 de 2012 en el caso que en seguida se plantea:

Supóngase que en un procedimiento de tránsito, la autoridad operativa en vía (entiéndase el agente de tránsito) procede a tomar fotografías con el fin de conservar información contenida en los dispositivos móviles de propiedad del conductor o de alguno de los ocupantes de un vehículo.

PREGUNTAS:

Primer interrogante

“1. ¿El evento descrito se encuentra bajo el ámbito de protección de la Ley 1581 de 2012 bajo los supuestos del artículo 2 literal a)?”

Respuesta:

Sea lo primero señalar que esta Oficina Asesora Jurídica no puede resolver situaciones particulares como las señaladas en su escrito.

Ahora bien, el inciso tercero del artículo 2 de la Ley 1581 de 2012, señala las excepciones para la no aplicación de dicha norma, entre ellas, la siguiente:

"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".

En concordancia con lo anterior, el artículo 2.2.2.25.1.2., del Decreto 1074 de 2015 señala lo siguiente:

"Artículo 2. Tratamiento de datos en el ámbito personal o doméstico. De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 2 de la Ley 1581 de 2012, se exceptúan de la aplicación de dicha Ley y del presente Decreto, las bases de datos mantenidas en un ámbito exclusivamente personal o doméstico. El ámbito personal o doméstico comprende aquellas actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de las personas naturales."

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada señaló lo siguiente:

"Constitucionalidad del literal a): la excepción "las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico".

El literal a) ofrece tres contenidos normativos: (i) señala que uno de los casos exceptuados de la reglas del proyecto es el de "las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico". (ii) A continuación, indica que "cuando estas bases de datos vayan a ser suministradas a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización." Por último, (iii) precisa que en este último caso, es decir, cuando los datos son suministrados a un tercero, el respetivo responsable o encargado de las bases de datos y archivos quedará sujeto a las disposiciones de la ley.

En relación con el primer contenido normativo, uno de los intervinientes asegura que la excepción debe cobijar todo dato que circula internamente, es decir, no solamente a nivel personal y doméstico, sino también, por ejemplo, a nivel de una empresa, y entiende que lo que delimita la circulación interna es el

tratamiento del dato sin la intención de suministrarlo a terceros. La Sala, por el contrario, encuentra que la regla, tal cual está redactada en el proyecto, es compatible con la Constitución y que la Corte no puede extender el ámbito de la excepción a hipótesis que no fueron previstas por el legislador, por las razones que a continuación se exponen:

*El primer contenido normativo del literal a) tiene tres elementos: (i) hace referencia a datos personales, (ii) contenidos en bases de datos (iii) “mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico”. El último elemento, que es el cuestionado por el interviniente, se refiere **al ámbito de la intimidad de las personas naturales**; ciertamente, los ámbitos personal y doméstico son las esferas con las que tradicionalmente ha estado ligado el derecho a la intimidad, el cual, en tanto se relaciona con la posibilidad de autodeterminación como un elemento de la dignidad humana, no puede predicarse de las personas jurídicas. Por tanto, esta excepción busca resolver la tensión entre el derecho a la intimidad y el derecho al habeas data.*

Así, en tanto los datos mantenidos en estas esferas (i) no están destinados a la circulación ni a la divulgación, y (ii) su tratamiento tampoco puede dar lugar a consecuencias adversas para el titular, tiene sentido que su tratamiento esté exceptuado de algunas disposiciones del proyecto. Por ejemplo, no sería razonable que la protección de los datos personales mantenidos en estos ámbitos (por ejemplo, un directorio telefónico doméstico) estuviera a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio o que quien trata los datos estuviera sometido al régimen sancionatorio que prevé el proyecto.

Ahora bien, no puede entenderse que el primer contenido normativo del literal a) se extienda al tratamiento de cualquier dato cuando circule internamente, como pretende ASOBANCARIA. En primer lugar, si bien es cierto una de las razones por las cuales la excepción del literal a) es razonable es porque los datos “mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico” no están destinados a circular, de ahí no se sigue que todo dato que no circula o circula internamente deba ser exceptuado, pues para que opere la excepción, por voluntad del legislador, se requiere además que los datos sean mantenidos por una persona natural en su esfera íntima. Ciertamente, se trata de dos hipótesis diferentes, razón por la cual, por ejemplo, en el texto de la Ley 1266, si bien fueron tratadas conjuntamente, fueron unidas por la conjunción “y”, lo que significa que son dos ideas distintas.

En segundo lugar, no hay razones para concluir que, en el contexto de una regulación general y mínima del habeas data, el tratamiento de datos que circulan internamente merezca las mismas consecuencias jurídicas del tratamiento de datos “mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico”; en otras palabras, no hay argumentos constitucionales que lleven a concluir que las dos hipótesis deben recibir el mismo trato legal. El que los datos no circulen o circulen internamente, no asegura que su tratamiento no pueda tener consecuencias adversas para su titular. Piénsese por ejemplo en las hojas de vida de los empleados de una empresa mantenidas en el ámbito interno; si bien no van a ser divulgadas a terceros, su tratamiento y circulación

interna sí puede traer consecuencias negativas para el titular del dato (por ejemplo, en términos sancionatorios o de ascensos), razón por la cual deben estar sujetas a las reglas generales que consagra el proyecto de ley.

En este orden de ideas, siempre y cuando se cumplan las condiciones mencionadas previamente y se entienda que, en todo caso, esta hipótesis sí se encuentra sujeta a los principios del artículo 4, para la Sala la excepción prevista en la primera regla del literal a) se ajusta a la Carta.

(...)"

En consecuencia, la aplicación de la excepción prevista en el literal a) de la Ley 1581 de 2012 debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) que los datos personales no estén destinados a circular y (ii) que los datos sean mantenidos por una persona natural en su esfera íntima.

En el evento en que se pretenda suministrar los datos personales que se encuentran en una base o archivo de ámbito personal o doméstico a un tercero deberán informar previamente al titular de los mismos y solicitar su autorización y quedarán sujetas al cumplimiento de las disposiciones de la Ley 1581 de 2012 y sus decretos reglamentarios como responsables del tratamiento.

Segundo interrogante

"2. De ser positiva la respuesta anterior ¿Debería el servidor público obtener autorización expresa del titular de la información explicando previamente los motivos y la finalidad del recaudo de los datos?"

Respuesta:

La excepción de las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico, solo aplica si los datos personales no estén destinados a circular y que los datos sean mantenidos por una persona natural en su esfera íntima; una situación diferente requerirá de autorización del titular de los datos personales en los siguientes términos:

En el tratamiento de los datos personales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión de los mismos debe tenerse en cuenta el principio de libertad definido en el literal c) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012 así:

"c) Principio de libertad: El Tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento."

(Subrayas fuera de texto)

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-748 de 2011 señaló lo siguiente:

"[P]rincipio de libertad: El tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento.

Este principio, pilar fundamental de la administración de datos, permite al ciudadano elegir voluntariamente si su información personal puede ser utilizada o no en bases de datos. También impide que la información ya registrada de un usuario, la cual ha sido obtenida con su consentimiento, pueda pasar a otro organismo que la utilice con fines distintos para los que fue autorizado inicialmente.

El literal c) del Proyecto de Ley Estatutaria no sólo desarrolla el objeto fundamental de la protección del habeas data, sino que se encuentra en íntima relación con otros derechos fundamentales como el de intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el ser humano goza de la garantía de determinar qué datos quiere sean conocidos y tiene el derecho a determinar lo que podría denominarse su "imagen informática".

(...)

En materia de manejo de información personal, el consentimiento exigido es además, calificado, por cuanto debe ser previo, expreso e informado. Sobre el particular, en la Sentencia C-1011 de 2008 se sostuvo que tales características concretan la libertad del individuo frente al poder informático

(...)

En relación con el carácter previo, la autorización debe ser suministrada, en una etapa anterior a la incorporación del dato. (...)

En relación con el carácter expreso, la autorización debe ser inequívoca, razón por la cual, al contrario de lo sostenido por algunos intervinientes, no es posible aceptarse la existencia, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un consentimiento tácito. (...)

En relación con el carácter informado, el titular no sólo debe aceptar el Tratamiento del dato, sino también tiene que estar plenamente consciente de los efectos de su autorización. (...)"

Por lo anterior, el tratamiento de los datos personales solo puede realizarse cuando exista la autorización previa, expresa e informada del titular, con el fin de permitirle que se garantice que en todo momento y lugar pueda conocer en dónde está su información personal, para qué

propósitos ha sido recolectada y qué mecanismos tiene a su disposición para su actualización y rectificación.

La autorización del titular fue reglamentada a través del artículo 2.2.2.25.2.2., del Decreto 1074 de 2015 que señala lo siguiente:

"Autorización. El Responsable del Tratamiento deberá adoptar procedimientos para solicitar, a más tardar en el momento de la recolección de sus datos, la autorización del Titular para el Tratamiento de los mismos e informarle los datos personales que serán recolectados así como todas las finalidades específicas del Tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento."

En concordancia con lo anterior, el artículo 2.2.2.25.2.4., del precitado decreto dispone:

"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 (i) 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 a más tardar al momento de su recolección 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.

Ahora bien, el artículo 12 de la Ley 1581 de 2012 dispone lo siguiente sobre la información que se debe suministrar al titular de los datos personales al momento de recolectar su autorización:

“ARTÍCULO 12. Deber de informar al Titular. El Responsable del Tratamiento, al momento de solicitar al Titular la autorización, deberá informarle de manera clara y expresa lo siguiente:

- a) El Tratamiento al cual serán sometidos sus datos personales y la finalidad del mismo.*
- b) El carácter facultativo de la respuesta a las preguntas que le sean hechas, cuando éstas versen sobre datos sensibles o sobre los datos de las niñas, niños y adolescentes.*
- c) Los derechos que le asisten como Titular.*
- d) La identificación, dirección física o electrónica y teléfono del Responsable del Tratamiento.*

Parágrafo. El Responsable del Tratamiento deberá conservar prueba del cumplimiento de lo previsto en el presente artículo y, cuando el Titular lo solicite, entregarle copia de esta”.

En conclusión y para responder a su interrogante, los datos personales como las imágenes de las cámaras, permiten asociar a una persona natural determinada o determinable con las siguientes características: (i) están referidos a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, (ii) permiten identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; (iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y (iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.

Los responsables del tratamiento de los datos personales tienen la obligación de obtener la autorización por parte del titular al momento de su recolección informándole la finalidad específica del tratamiento, esto es, la recolección, el almacenamiento, la circulación, uso y/o supresión de los mismos a través de mecanismos que garanticen su consulta posterior. Se entiende que el titular de la información ha dado su autorización 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.

Cabe resaltar que al solicitar la autorización por parte del titular de los datos personales se le debe informar: (i) el Tratamiento al cual serán sometidos sus datos personales y la finalidad del mismo; (ii) el carácter facultativo de la respuesta, cuando éstas versen sobre datos sensibles o sobre los datos de las niñas, niños y adolescentes; (iii) los derechos que le asisten como Titular, entre ellos, el de la supresión de sus datos y (iv) la identificación, dirección física o electrónica y teléfono del Responsable del Tratamiento para que pueda ejercer sus derechos.

Tercer interrogante

“3. ¿Qué sucede si el servidor público omite el procedimiento descrito en la pregunta anterior?”

Respuesta:

Ante el incumplimiento de las disposiciones consagradas en la Ley 1581 de 2012 y sus decretos reglamentarios, esta Superintendencia adoptará las medidas o impondrá sanciones, de acuerdo al siguiente procedimiento así:

“Artículo 22. Trámite. *La Superintendencia de Industria y Comercio, una vez establecido el incumplimiento de las disposiciones de la presente ley por parte del Responsable del Tratamiento o el Encargado del Tratamiento, adoptará las medidas o impondrá las sanciones correspondientes.*

En lo no reglado por la presente ley y los procedimientos correspondientes se seguirán las normas pertinentes del Código Contencioso Administrativo”.

(Subrayas fuera de texto)

Por su parte el artículo 23 de la precitada ley dispone lo siguiente:

“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”.

En consecuencia, esta Superintendencia es la autoridad de protección de datos personales, y se encarga de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley 1581 de 2012 y sus decretos reglamentarios, para lo cual tiene la potestad de imponer las sanciones como: (i) multas de carácter personal o institucional hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; (ii) suspensión de las actividades relacionadas con el Tratamiento hasta por un término de seis (6) meses; (iii) Cierre temporal de las operaciones relacionadas con el Tratamiento de datos personales; (iv) Cierre inmediato y definitivo de la operación que involucre el Tratamiento de datos sensibles, ante el incumplimiento de las normas sobre protección de datos personales por parte de los responsables o encargados del tratamiento.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, los 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 la misma no compromete la responsabilidad de esta Superintendencia ni resulta de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Carolina Garcia Molina
Revisó: Rocío Soacha
Aprobó: Rocío Soacha