



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RESOLUCIÓN NÚMERO 29602 DE 2022

(17 MAYO 2022)

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

Radicación 18 - 127153

EL DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el artículo 19 y los literales (a) y (b) del artículo 21 de la Ley 1581 de 2012, y el artículo 17 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 7 del Decreto 092 de 2022, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, la Dirección de Protección de Datos de la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”) sancionó a la sociedad comercial **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.** (“CLARO”) con NIT. 800.153.993-7, con una multa correspondiente a NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$950,000,000) correspondientes a veintiséis mil ciento sesenta y seis (26,166) Unidades de Valor Tributario (“UVT”), por la vulneración de los siguientes principios y deberes:

- Del principio de finalidad (L.1581/12, art. 4(b)) y el deber de informar de forma debida sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada (L.1581/12, art. 17(c)).
- Del principio de libertad (L.1581/12, art. 4(c)) y el deber de solicitar y conservar copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular en los términos establecidos por la ley ((L.1581/12, arts. 9 y 17(b), D.1377/13, arts. 5, 7, y 8 -incorporado en el D.1074/15.

Dentro de la actuación, las sociedades comerciales **COLOMBIA MÓVIL S.A. - ESP**, (“TIGO”) y **AVANTEL S.A.S. -EN REORGANIZACIÓN-** (“AVANTEL”), solicitaron su participación como terceros interesados de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (“C.P.A.C.A.”), artículo 38, como terceros intervinientes, con los mismos derechos y deberes de CLARO; por lo que, como medio para garantizarles el debido proceso y derecho de defensa se les concedió a través de la Resolución en cuestión un término de diez (10) días contados a partir de la notificación, para que presentaran el recurso de reposición ante el Director de Investigación de Protección de Datos Personales y de apelación ante el Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales. El Acto Administrativo, de acuerdo con el radicado 18-127153 - - 150 del 3 de noviembre de 2021, quedó notificada por aviso el 29 de octubre de 2021.

SEGUNDO: Que, dentro del plazo otorgado por la mediante la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, se presentaron los siguientes recursos: (i) radicado 18-127153 - - 151 del 10 de noviembre de 2021 por parte de TIGO; (ii) radicado 18-127153 - - 152 del 11 de noviembre de 2021 por parte de AVANTEL, y; (iii) radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021. El estudio y resolución de los recursos se hará de forma conjunta por ejes temáticos.

2.1. Recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por parte de TIGO: Radicado 18-127153 - - 151 del 10 de noviembre de 2021.

- (a) **Supuesta violación al debido proceso:** Tigo indicó que, en relación con a la supuesta violación al debido proceso de Claro, así:

“(. . .) que bien hace la SIC al desestimar argumentos infundados de la investigada por la supuesta violación al debido proceso derivada de la dificultad para acceder al expediente, pues quedó suficientemente demostrado que COMCEL tuvo pleno conocimiento del plenario de la

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

investigación desde su notificación, lo que de hecho le permitió ejercer su derecho a la contradicción. Bien hace la SIC al desvirtuar este argumento, pues podría pensarse que el investigado solo trata de desviar una inminente sanción tratando de configurar un inexistente error de forma.”¹

(b) Incumplimiento de la norma y del principio de finalidad:

“(. . .) La base de datos centralizada de portabilidad numérica móvil de la que COMCEL ha extraído información para configurar la lista de números a contactar de clientes que no pertenecen a este operador, como quedó consignado en la visita efectuada por la SIC a las instalaciones de este operador, tiene por finalidad permitir el proceso de portabilidad numérica de acuerdo con lo dispuesto en el título II de la Resolución compilatoria CRC 5050 de 2016.

La base de portabilidad es en esencia aquella administrada por el ABD que para este caso se encuentra en cabeza de la sociedad Informática El Corte Inglés S.A. y es puesta a disposición de todos los operadores de servicios de telecomunicaciones con la única finalidad de implementar la portabilidad numérica, específicamente para el enrutamiento de llamadas hacia los números portados.

De acuerdo con el artículo 2.6.3.1, Capítulo 6 del Título II de la Resolución CRC 5050, en la solución técnica para la implementación y operación de la portabilidad numérica en Colombia, los operadores móviles deberán enrutar las comunicaciones con destino a números no geográficos de redes, de acuerdo con el esquema de ACQ all call query de dos niveles en el que se utiliza la base de datos administrativa centralizada, y se dispone de bases de datos operativas a cargo de los operadores, por tanto, es con este objetivo que los operadores pueden tener acceso a la información de todos los números portados hacia todos los operadores móviles del país.”

(. . .) Situación que enrostra de forma correcta la SIC en la resolución aquí recurrida, de lo cual se puede extraer que:

- 1. COMCEL pese a tener acceso a la base de portabilidad numérica administrada por la ABD como cualquier operador, la utiliza para fines distintos a la que fue creada.*
- 2. COMCEL no solicitó la autorización de los usuarios para dar un tratamiento distinto a los datos personales contenidos en la base de portabilidad ni informó adecuadamente a los titulares de los datos sobre este hecho.*
- 3. COMCEL no señaló condiciones jurídicas que justifiquen el tratamiento de las bases de datos que realizó, lo que evidencia que la base de datos de portabilidad tiene la finalidad específica de permitir el enrutamiento de llamadas de líneas portadas y no puede ser usada para nada distinto.*
- 4. COMCEL desconoce el principio de finalidad consagrado la Ley 1581 de 2012 en su artículo 4, esto es, todo uso de información personal que se pretenda debe tener un propósito específico, acorde a la ley e informando el titular de manera previa, clara y suficiente y en todo caso, el tratamiento de datos personales para una finalidad distinta a la permitida por ley deberá contar con autorización expresa del titular de los datos.*

Según personales con fines distintos a los manifestados en la Ley 1581 de 2012, sino que además no cuenta con los consentimientos de los titulares de la información para este efecto, ni para ningún otro tipo de tratamiento que pudiera equipararse a las finalidades de la base de datos de portabilidad.

Así las cosas, salta de bulto la necesidad de endurecer la sanción impuesta a COMCEL, ya que es flagrante la violación a la norma y el desconocimiento de los derechos de los titulares de la información.”²

(c) Dimensión del daño ocasionado por Comcel y ganancia económica derivada de ello (dosificación de la multa):

¹ Radicado 18-127-153189 - - 151 del 10 de noviembre de 2021, p. 4.

² Ibidem, p. 4.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

“(. . .) hubo un error de cálculo pues es evidente la magnitud del daño ocasionado por COMCEL, y el provecho económico que obtuvo de su actuar. A continuación, presentamos nuestros motivos de reproche al particular:

Tal y como resalta la SIC hay dos elementos fácticos evidenciados dentro de la investigación por parte de COMCEL:

(i) Utilizó la bases de datos de portabilidad numérica, -cuya finalidad es exclusivamente para dichos efectos-, al tratar, clasifica, y remitir dicha información a sus call center -propios y contratados- para realizar llamadas masivas de telemarketing con el fin de captar un mayor número de titulares, sin que mediara tampoco la autorización previa de los titulares para estos efectos;

(ii) Capitalizó la bases de datos de portabilidad numérica, gratuita para los titulares pero onerosa para los PRSTM, con el fin de recibir un beneficio económico de los clientes que migraron de otros operadores a este a través de las llamadas masivas realizadas para efectos de migrarlos a su servicio.

(. . .) en relación con el literal (i), es evidente que la utilización de la bases de datos de portabilidad numérica con una finalidad diferente y sin la autorización de los titulares de los datos allí recolectados es una afectación grave, no solo para el Régimen de Protección de Datos, sino para los derechos fundamentales de los titulares como sujetos especiales de protección del Régimen, pues COMCEL realizó para usuarios inscritos a COLOMBIA MÓVIL y otros operadores más de 7 millones de llamadas no autorizadas utilizando los datos contenidos en la base de datos de portabilidad numérica, lo que de entrada configura suficientemente el cumplimiento del criterio contenido en el literal a del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012.)

(. . .) respecto al literal (ii), la SIC realiza un ejercicio matemático respecto a los ingresos que pudo obtener COMCEL de las llamadas efectuadas, limitándose únicamente a las que se hicieron a AVANTEL, dejando de lado el 1.6 millones de llamadas efectuadas a usuarios COLOMBIA MÓVIL, lo que incrementaría proporcionalmente el beneficio económico de \$13.416.000.000 mencionado por la SIC, evidenciando la desorbitante ventaja económica obtenida por COMCEL y que de ninguna manera se refleja en la sanción que le fue impuesta.

(. . .) COMCEL tiene posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones, pues mediante resolución N° 2058 de 2009, reafirmada por la resolución N° 2062 de 2009, que fuera confirmada a su turno por la resolución N° 2152 de 2009, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante la CRC), determinó que COMCEL detenta la posición dominante en el mercado relevante de “Voz Saliente Móvil” y recientemente declarado dominante “en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado “Servicios Móviles (2.5. del ANEXO 3.1.)” mediante la resolución CRC 6146 de 2021, reafirmada por la resolución CRC 6380 DE 2021, lo que de entrada supone una importante ventaja de este operador por ser el PRSTM con mayor número de abonados en el territorio (. . .)

*En conclusión, salta de bulto que COMCEL, por medio de su estrategia comercial de mercadeo y con el uso ilegal de la base de datos de portabilidad numérica, generó, en palabras de la SIC, **“una ganancia económica significativa durante el período de 2018 a 2021 en perjuicio de los derechos fundamentales de los titulares cuya información se encontraba resguardada y sobre la cual no se solicitó autorización previa para iniciar el contacto e ignorando, cuando es expresa, su finalidad específica y acceso restringido.”**³*

En ese sentido, solicitaron se modificara la sanción impuesta en contra de CLARO a través de la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, y se procediese a aumentarla.

2.2. Recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por parte de AVANTEL: Radicado 18-127153 - - 152 del 11 de noviembre de 2021.

³ Op. Cit., p. 5 – 7

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

(a) Sobre la vulneración al régimen de protección de la competencia y la ausencia de traslado del expediente a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia:

“En las diferentes actuaciones procesales adelantadas, tanto por COLOMBIA MOVIL, como por AVANTEL se expuso a su Despacho que los hechos denunciados podrían materializar una infracción al Régimen de Protección de la Competencia, en la medida que el sujeto investigado es reconocido expresamente mediante acto administrativo como operador dominante en los mercados susceptibles de regulación ex ante de “Voz saliente móvil” y “Servicios Móviles”.

(. . .) la Resolución No. 67646 de 20 de octubre de 2021, respecto del cual concluyó lo siguiente:

*“Frente a esta solicitud, se debe indicar que si bien la SIC, es la autoridad nacional de competencia, lo cierto es que **esta Delegatura no tiene las facultades para determinar si el actuar de CLARO tiene efectos anticompetitivos por abuso de posición dominante** o cualquiera de los actos que se consideran como sujetos del accionar de la autoridad, dado que la Delegatura se limita al ejercicio de sus funciones en el marco dado por la Ley 1581 de 2012, Decreto 1377 de 2013, Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, y las especificadas dadas por el Decreto 4886 de 2011. **Sin embargo, dentro de sus funciones se encuentra remitir a cualquier otra autoridad los casos que considere que son de su competencia**” (NCySFT).*

*Conforme a lo anterior, su despacho reconoció que, de existir una potencial afectación al Régimen de protección de la competencia (. . .) Sin embargo, al hacer una revisión de las autoridades respecto de las cuales se ejerció dicha facultad oficiosa (Artículo Noveno del acto administrativo), encontramos que su Despacho no dio traslado de los hechos a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia **no obstante, haber sido solicitada expresamente por los terceros interesados en la actuación administrativa.***

“(. . .) solicitamos respetuosamente a su Despacho que proceda a adicionar el acto administrativo recurrido en el sentido de adicionar el artículo noveno del acto administrativo aquí recurrido en el sentido de ordenar la REMISION DE COPIA del expediente administrativo a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia (. . .)”⁴

(b) Respeto a ausencia de reproche respecto al uso indebido de información de bases de datos administrativa positiva de hurto de celulares y de la información de tráfico de competidores a quienes Claro da acceso mediante Roaming Automático Internacional:

“Desde el mismo acto de apertura de investigación administrativa, su Despacho tuvo en cuenta que Claro pudo haber hecho uso indebido de la Base de Datos Administrativa Positiva de Hurto a Celulares, en la cual reposa la información de todos los IMEI que han ingresado legalmente a Colombia.

A punto 7.1.2. de la parte considerativa del acto administrativo 67646 de 2021, su despacho hizo un escueto análisis respecto de estas bases de datos, en el cual no llegó a ninguna conclusión y en el cual no se hizo ninguna referencia o análisis a pronunciamiento de COMCEL, sobre el particular, razón por la cual consideramos que con la decisión de instancia y ante ausencia de pruebas y manifestaciones en contrario, debió presumir como ciertos los hechos denunciados por Avantel y haber declarado que COMCEL hizo un uso no autorizado de las bases de datos reguladas de hurto a celulares.

*Haber expedido el acto sin dicho análisis y conclusiones, no solo favorece a CLARO, quien tenía la carga de la prueba, sino que agravó la situación de los terceros interesados, ya que el acto de sanción no abarcó la totalidad de supuestos de hecho denunciados, los cuales reiteramos, **tampoco fueron desestimados mediante decisión motivada por parte de su Despacho.***

En similar sentido, advertimos que Avantel desde el memorial de 28 de julio de 2020, en el cual se solicitó a su Despacho reconocer a Avantel como tercero interesado y posteriormente se ratificó y reiteró en el memorial de alegatos de conclusión, se puso en su conocimiento que COMCEL podría estar haciendo uso

⁴ Radicado 18 -127153 - - 152 del 11 de noviembre de 2021, p. 1 – 5.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

ilegal de la información de tráficos generados por el acceso otorgado a su red, mediante ROAMING AUTOMATICO NACIONAL (. . .)

No obstante, respecto a este punto no se hizo ninguna referencia ni análisis siquiera sumario en la parte considerativa del acto sancionatorio que aquí se recurre, y en consecuencia, tampoco fue tratado en su parte resolutive (. . .)”⁵

Por tanto, solicitan adicionar pronunciamiento expreso a la resolución en relación este punto por cuanto existió una denuncia expresa con relación al uso de las bases de datos de registro positiva y negativa de IMEI al igual que la base de datos de roa Ming internacional.

2.2. Recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por parte de CLARO: Radicado 18-127153 - - 15 del 16 de noviembre de 2021.

La sociedad en su recurso de reposición y subsidio a la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, presentó dos ejes temáticos sobre los cuales presentan sus inconformidades de la siguiente manera:

(i) **De la resolución impugnada:** presentando los siguientes argumentos, a saber:

(a) **Violación al debido proceso por imposibilidad de acceso al expediente:** “(. . .) la Dirección indicó que para el caso objeto de debate no existió vulneración alguna al debido proceso y al derecho de contradicción, en cuanto que, a juicio de la autoridad, mi representada tuvo acceso integral al expediente a través de medios electrónicos. Con independencia de si pudo hacerlo durante el tiempo que por ley se otorga al investigado para preparar sus descargos.

‘De todo lo anteriormente expuesto, lleva a concluir que la SIC, teniendo en cuenta las circunstancias especiales creadas por el COVID-19, garantizó el derecho al acceso al expediente de la investigada CLARO en tanto, en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, presto los medios - físicos y electrónicos- necesarios para que esta pudiera ejercer su derecho al acceso al expediente, y por ende de contradicción desde el radicado 18 – 127153 - - 54 del 3 de agosto de 2020, permitiendo el acceso a la totalidad del expediente a través del drive Google de la entidad, así como a través de visita a las instalaciones de la SIC el día 5 de agosto de 2020, a la cual asistió uno de los abogados del área jurídica de CLARO, y el cual saco copia integral del expediente físico, con el fin de poder ejercer el derecho de contradicción a pesar de la habilitación dada a través del Google Drive de la Entidad²³, así como el 22 de abril de 2021, a la cual se abstuvo de presentarse.

Este derecho al acceso al expediente se vio extendido, una vez la Entidad fijo las pautas definitivas de acceso a la plataforma digital, para que de forma permanente y en tiempo real los investigados tuvieran acceso a cada actuación administrativa que se iba surtiendo, sin perjuicio de aquellas que se debían hacer por notificación personal, aviso o comunicación; lo cual, en el caso del presente, se vio concretizado a través radicado 18-127153 - - 109 del 14 de octubre de 2020, con lo cual, como ya se indicó arriba, se permitió el acceso al expediente, pero sujeto al registro por parte de CLARO, y los terceros intervinientes; lo cual no ocurrió en el caso de CLARO, y la solicitud efectiva solo ocurrió, bien como la manifestó CLARO en sus alegatos de conclusión, el día 8 de abril de 2021 para el Representante Legal de la sociedad, Fernando Andrés Perdomo Córdoba, a través de su correo corporativo; razón por la cual el 12 de abril de 2021, se les recordó el procedimiento de acceso, y se les reiteró que también tenían acceso al expediente a través del drive de Google de la entidad. Cabe destacar que, contraria a las manifestaciones de CLARO, no se reportó solicitud de acceso a este medio en ninguna etapa del proceso del proceso, con excepción de aquel solicitado por parte de la encargada de la gestión del correo de notificaciones de CLARO. ”⁶

(b) **Sobre el principio de finalidad y el deber de informar por parte del responsable a los titulares sobre los derechos que le asisten en virtud de la autorización otorgada;** “En relación con la supuesta a la vulneración a los principio de finalidad, el cual está consagrado en literales (b) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012 en los

⁶ Radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 5 -6.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

siguientes términos: “b) Principio de finalidad: El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular; la autoridad de cara al caso objeto de análisis indicó:

‘En relación con la formación a la lista de clientes no CLARO, el RESPONSABLE indicó el procedimiento de recolección se realiza a través de diversos pasos, entre ellos el “Cruce de información de clientes portados del Corte inglés para identificar clientes que se portaron a otra empresa’ (...)

Se hace énfasis en el recuadro 4 del anexo 3 donde manifestaron de forma expresa que se utilizó la base de portabilidad numérica “Fuente: BD Corte Inglés/listado aleatorio depurado” para procesos de mercadeo tal como expone el recuadro 5, sumado a que se trata de la formación de una lista de clientes NO-CLARO.

Lo anteriormente expuesto confirma la teoría del caso creada por el Despacho sobre el uso que le da CLARO al doble acceso que tienen los PRSTM a la base de datos de portabilidad numérica: (i) a través del proceso de portabilidad numérica donde si se recolecta información personal de los titulares (C.R.C. Resolución 5050 de 2016, art. 2.6.4.1.), y; (ii) el acceso que los demás PSRTM tienen a la base de datos BDA/BDO donde reposa los números de cada uno de los titulares como información base (Resolución 5050 de 2016, arts. 2.6.3.3.2.6. y 2.6.11.4.)³⁶, para formar una base de datos de alrededor de 100.000 números mensuales para ser remitida a los call center contratados por parte de CLARO, lo cual contraría la finalidad específica establecida por la Ley 1245 de 2008 y la C.R.C. Resolución 5050 de 2016, a la base de datos de portabilidad numérica, sin tener en cuenta la extrapolación con las llamadas a cabo a millones de usuarios de otros PRSTM. (...)

De esta manera nos encontramos con una flagrante vulneración al Régimen de Protección de Datos en cuanto el uso de los datos contenidos, si bien no del todo personales, si son privados, puesto que su uso permite la individualización de los titulares de la misma, y que en todo caso, su uso en actividades de tele-mercadeo resulta contraria al principio de finalidad en los términos establecidos por el artículo 4, literal (b) y el deber de informar la finalidad del tratamiento de conformidad con el artículo 17, literal (c) de la Ley 1581 de 2012, a lo cual se le suma que los audios de las llamadas allegados a la actuación, así como de las quejas remitidas por parte de algunos titulares a la SIC y a través de sus respectivos operadores, no evidenció que estas incluyeran la solicitud de un nuevo consentimiento, salvo aquellas donde se realizó la portación efectiva, ni como tampoco una explicación, dentro del espectro de los posibles usos razonables de la información de acuerdo con la autorización inicialmente otorgada y vinculada con la finalidad específica dada por la ley, la cual, en el presente caso, de la razón por la cual fueron los titulares contactados para llamadas de tele-mercadeo por parte de CLARO.”⁷

- (c) Sobre el Principio de Libertad y del deber de solicitar y conservar la copia de la autorización de la respectiva autorización otorgada por los titulares en los términos establecidos en la Ley:** *“En lo que respecta a la supuesta violación al literal (c) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, el cual dispone que “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” y el literal (b) del artículo 17 de la misma Ley, el cual indica que deber del responsable del tratamiento “Solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular”, la Dirección adujo:*

‘En el caso en concreto de Claro, se evidenció que utilizó la base de datos de portabilidad numérica para generar base de datos propias o listados propios de números que era remitidas por parte del Departamento de Inteligencia de los Negocios al Departamento de Telemercadeo y de esta a los Call Center contratados CLARO. (...)

De igual forma, Claro ignoró los dos mecanismos establecidos por parte de la C.R.C. R. 5050/16 que limitan el uso de la información que es recolectada por parte de los PRSTM: (i) la información no fue utilizada para efectos de la prevención y control de fraudes de comunicación y el cumplimiento de la actividad regulatoria, como tampoco, por tratarse de información personal, se

⁷ Ibidem

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

solicitó la autorización de expresa de los titulares (C.R.C. Resolución 5050 de 2016, art. 2.1.1.8.) cuyos números telefónicos estaba registrados obligatoriamente en los BDO de los operadores tales como TIGO y AVANTEL, sin perjuicio de aquellos PRSTM y usuarios que hayan podido ser afectados por esta misma práctica; (ii) utilización de la base de datos, y los datos allí contenido para efectos específicos de la portabilidad numérica (C.R.C. Resolución 5050 de 2016, art. 2.6.7.3.)’

‘CLARO, con excepción de los casos donde adquirió la autorización de los titulares que decidieron portarse a otro PRSTM, realizó el tratamiento de la información sin la autorización previa que requiere el Régimen, no estando tampoco los datos dentro de las excepciones contempladas por el artículo 10 de Ley 1581 de 2012, toda vez que, como se indicó, si bien la base de datos de portabilidad numérica es una base de datos de creación legal para beneficio del público, su acceso es de finalidad y acceso restringida -solo es posible a través del aplicativo PORTANODE-, por lo que no recae tampoco en la excepción establecida por el Decreto Único Reglamentario 1074/14, artículo 2.2.2.25.2.2.46; nunca se buscó, en los términos del artículo 17, literal (b) de la Ley 1581 de 2012, solicitar y conservar copia de la respectiva autorización, ya que de los audios se evidencia también una ausencia, al menos para aquellos donde no hay interés de realizar la portabilidad numérica, de mecanismos técnicos que permitieran prestar su autorización por parte del titular ya sea (i) por escrito, (ir) de forma oral o (di) mediante conductas inequívocas, teniendo en cuenta que el silencio nunca podrá ser signo de aceptación. A lo cual se debe adicionar que actuó en expresa contradicción de prohibición de utilizar los datos de portabilidad, los cuales incluyen pero no se limitan a, los números dentro de los BDO de cada PSRTM, y aquellos que componen la BDA de administrada por el BDA. ’⁸

- (d) Sobre la imposición y graduación de la sanción:** En punto a la imposición y graduación de la sanción, la cual correspondió al valor de NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$950,000,000), la Dirección analizando los criterios establecidos en el artículo 24 de la Ley 1581 de 2012 indicó:

‘9.1.1. La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la ley

De la lectura de la norma citada, resulta claro que para que haya lugar a la imposición de una sanción por parte de este Despacho, basta que la conducta desplegada por la investigada haya puesto en peligro los intereses jurídicos tutelados por la Ley 1581 de 2012.

También se tendrán en cuenta para la dosificación de la sanción, el tamaño de la empresa, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, su información financiera, de tal forma que la sanción resulte disuasoria más no confiscatoria. Así como, la conducta de la investigada durante el trámite de la investigación administrativa (...)

‘9.1.2. Dimensión de los daños a los intereses de los titulares y ganancia económica por parte de CLARO

Para proceder a la imposición de la multa, es necesario tener en dos elementos facticos evidenciados dentro de la investigación por parte del CLARO: (i) Utilizó la bases de datos de portabilidad numérica, -cuya finalidad es exclusivamente para dichos efectos-, al tratar, clasifica, y remitir dicha información a sus call center - propios y contratados- para realizar llamadas masivas de tele mercadeo con el fin de captar un mayor número de titulares, sin que mediara tampoco la autorización previa de los titulares para estos efectos; (ii) Capitalizó la bases de datos de portabilidad numérica, gratuita para los titulares pero onerosa para los PRSTM, con el fin de recibir un beneficio económico de los clientes que migraron de otros operadores a este a través de las llamadas masivas realizadas para efectos de migrarlos a su servicio. (...)

En el caso en concreto, frente al literal (a), tal como ya se indicó, la utilización de la bases de datos de portabilidad numérica con una finalidad distinta y sin la autorización de los titulares de los datos personales allí recolectados es una afectación grave, no solo para el Régimen de Protección de Datos, sino para los derechos fundamentales de los titulares como sujetos especiales de

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

protección del Régimen, en tanto, como ya se advirtió en su momento, CLARO realizó para titulares inscritos en el operador AVANTEL, solo en el período de julio de 2020 hasta la fecha en que se presentaron los Descargos, 5.658.820 llamadas no autorizadas utilizando los datos contenidos en la base de datos de portabilidad numérica (...)

‘En cuanto al literal (b), o la ganancia o beneficio económica generado por parte de Claro, es necesario recordar nuevamente que la portabilidad numérica para los titulares es gratuita, y no debe generar costos en su solicitud, ya sea por el operador receptor o el donante; pero si genera costos de implementación y funcionamiento para los operadores que no deben ser cargados a los titulares, y cuya finalidad, es solo para efectos de la portabilidad, por lo que no puede ser utilizada para otros efectos. Sin embargo, Claro generó, posiblemente buscando un retorno a la pérdida de clientes por el efecto de la posibilidad de la portabilidad y los costos de operatividad del ADB, un proceso de capitalización de la base de datos a través de la captación masiva de clientes a través de telemarketing, por lo que se generó mensualmente millones de llamadas desde el 2018.

Ahora, si se tiene en cuenta, solo para efectos de los titulares de Avantel, el promedio de llamadas mensual reportado para el mes de abril de 2021, esto es 232.426 llamadas, y el promedio de planes post-pago55 más económicos ofrecidos por Claro, esto es \$55.900, y que tan solo el 5% de los titulares llamados, sin autorización expresa, esto es 11.621 titulares, hubiesen migrado, se tendría un ingreso operaciones mensual para Claro de \$649.630.670, suma la cual multiplicada por hasta la fecha de esta sanción le generaría, un ingreso total desde abril de 2021, de: \$2.598.522.680. Ahora, si se tiene en cuenta que, si la operación se hubiese realizado dentro del número de llamadas mensuales que Claro reportó, 100.000 llamadas al mes, y se le aplica la misma operación anteriormente expuesta, se tiene como ingresos operacionales mensual, con solo el 5% de éxito en la portabilidad, un valor correspondiente a \$279.500.000, lo cual multiplicado por el tiempo en que se ejecutó la conducta 2018 a 2021 -48 meses-, asciende a un total de \$13.416.000.000, en promedio; lo que resulta solo ser un estimado para los efectos económicos a favor de Claro desde 2018, año en que se reportó la operación ilegal’

‘Por último se aclara que los criterios de graduación de la sanción señalados en los literales (c), y (d) del artículo 24 de la Ley 1581 de 2008 no serán tenidos en cuenta debido a que: (i) no hubo reincidencia en la comisión de la infracción; (ii) no hubo resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora de la SIC, y; (di) o hubo renuencia o desacato a cumplir las órdenes e instrucciones del Despacho. En todo caso, si existió un daño a los intereses jurídicos tutelados por la L.1581/12 y se reportó un beneficio económico para CLARO en cuanto los datos que reposan en la base de datos de portabilidad numérica fueron utilizados para hacer campañas para afiliación masiva de clientes de otros operadores de telefonía celular’

(ii) Motivos de inconformidad: presentando los siguientes argumentos en concreto contra de la resolución 67646 del 2021, a saber:

(a) La sanción impuesta no toma en consideración que COMCEL no hizo alguno de datos personales:

“Lo primero a indicar es que nuestro ordenamiento jurídico ha entendido como dato personal “Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables.” De conformidad con la definición en cita, para que un dato pueda ser considerado como personal es menester que esté vinculado a una persona, así también lo ha indicado la Corte Constitucional:

‘En este sentido, es innegable que la existencia de un dato personal se somete a la posibilidad de poder vincular una información concreta con una persona natural, específica o determinable.’

Esta definición también ha sido adoptada por la propia Superintendencia de Industria y Comercio:

‘Cuando hablamos de datos personales nos referimos a toda aquella información asociada a una persona y que

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

permite su identificación. Por ejemplo, su documento de identidad, el lugar de nacimiento, estado civil, edad, lugar de residencia, trayectoria académica, laboral, o profesional. Existe también información más sensible como su estado de salud, sus características físicas, ideología política, vida sexual, entre otros aspectos’

De esta forma, los datos que resultan impersonales no entran dentro de tal calificación, esto es así en tanto la protección que ha otorgado nuestro ordenamiento está encaminada a proteger los derechos que le asisten a las personas con las que se vincula el dato, no siendo posible afirmar lo mismo cuando el dato no tiene relación alguna con una persona determinada o determinable. Esto, cobra relevancia, ya que determina la aplicabilidad o no de la Ley 1581 de 2012, la cual dispone:

‘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 (...)

De lo anterior se resalta que el ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012 está limitada al tratamiento de datos personales y no a cualquier dato. En relación con este punto resulta importante reiterar lo ya explicado por COMCEL en sus alegatos de conclusión, esto es, que los datos que reposan en las bases de portabilidad no pueden ser considerados como personales. Así, en varias oportunidades se ha reiterado que los datos a los que tuvo COMCEL, a través de la BDA, corresponden a un listado de números de celular correspondientes a los rangos de numeración autorizada por la CRC que en nada se asocian a datos personales. Prueba de ello es que cuando el personal de COMCEL procedía hacer las llamadas para ofrecer sus servicios a través de la figura de portabilidad, no conocían el nombre de la persona a la que se dirigían, su sexo, raza, condición, estrato. Ni siquiera si se trataba de números corporativos, de SIM cards no vinculadas a uso personal. Es decir, el único dato al que tenían acceso es el número celular. Lo anterior puede ser corroborado por la dirección con el guion de llamada preparado por COMCEL para que fuera usado por el personal de compañía en las campañas de portabilidad, el cual se adjunta con este escrito.

Claro Claro es Cercana Claro es Audaz Claro es Comprometida

GUIÓN LLAMADA: Campañas Portabilidad Feria A y Feria B – May 2017

1. APERTURA:

Buenos días o Tardes Sr(a), mi nombre es xxxxxx, ejecutivo comercial de CLARO, el día de hoy tengo un excelente beneficio para ofrecerle, con quien tengo el gusto de hablar ¿?

HABEAS DATA

Sr(a) (Nombre Suministrado) Para continuar es necesario que autorice a Claro a tratar sus datos acorde a la ley 1581 del año 2012 junto con sus normas. Usted me autoriza a recolectar, almacenar y actualizar sus datos para fines comerciales para CLARO. ¿?

Si – No
Si = sigue con el ofrecimiento NO = despido y terminación de la llamada.

2. MOTIVO DE LA LLAMADA:

Sr(a) (Nombre Suministrado), el motivo de nuestra llamada es entregarle un excelente beneficio que Claro ha diseñado para que disfrute del mejor portafolio de servicios de telecomunicaciones móviles del país.

Permítame 5 minutos de su tiempo para informarle y explicarle lo nuevo que traemos en Mayo para usted....

- Accede a continuar con la llamada Proceder con el ofrecimiento.
- No puede atender la llamada, pide que lo llamen en otro día/hora.
- No puede atender la llamada, cuelga.
- Cuelga.
- No Accede a continuar con la llamada... Indagar motivos para no continuar con la llamada:
 - Tipificar de acuerdo a listado de tipificaciones adjunto al final del documento.

Del guion referenciado se resalta que al inicio de la llamada el personal de COMCEL debe preguntar “¿Con quién tengo el gusto” esto en tanto no conoce el nombre de la persona a la que se dirige. Además de esto, contrario a lo que adujo la Superintendencia, nótese como una vez el nombre de la persona es suministrado, al interlocutor se le solicita su autorización para el tratamiento de datos personales con fines comerciales. Es decir, resulta evidente que COMCEL bajo ningún supuesto vulneró el régimen de datos personales, pues tan pronto tuvo acceso a datos que en efecto pueden denominarse como “personales” la compañía procede a solicitar la autorización para el debido tratamiento.

Sobre el particular también debe considerarse la respuesta del CORTÉ INGLÉS, que es citada en la propia Resolución 67646 de 2021:

‘BASE DE DATOS ADMINISTRATIVA (BDA) PARA LA PORTABILIDAD NUMÉRICA: Base de datos administrada por el ABD, que contiene como mínimo la información necesaria para el enrutamiento de comunicaciones hacia

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

números portados, y que se actualiza de conformidad con el Proceso de Portación.

Es importante aclarar que la BDA de portabilidad numérica no está interconectada ni tiene relación con la BDA positiva y negativa de terminales móviles, ni con las BDO positiva y negativa de los operadores.

BASES DE DATOS OPERATIVA (BDO) PARA LA PORTABILIDAD NUMÉRICA: Base de datos administrada por un determinado Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones, que contiene la información necesaria para el enrutamiento de las comunicaciones hacia números portados, la cual es obtenida y actualizada desde la BDA. La información que intercambia a través de servicios web con el ABD solo es del determinado Operador (solicitud de portación, solicitud de nip, cancelación de portación).

El intercambio de información entre el ABD y el operador móvil se realiza a través de una conexión segura establecida entre las 2 entidades (ABD y Operador Móvil), a través de protocolos de comunicaciones seguros como VPN, donde la información viaja cifrada por seguridad.

*Como resultado del proceso de portabilidad, al final de cada día el ABD deja en su servidor varios ficheros que contienen la numeración, código donante, código receptor, NRN, identificador del proceso y fecha de ventana de cambio. Este archivo resultante de los procesos exitosos de portabilidad es descargado desde el ABD por los operadores móviles para realizar el enrutamiento y activación de los servicios móviles en las redes de comunicaciones. **Se aclara que este archivo no contiene datos personales y/o información sensible de los abonados de telefonía móvil***

Nótese como el propio CORTE INGLÉS le indicó a la Superintendencia que los datos que reposan en las bases de datos de portabilidad y que son utilizados para el proceso de portabilidad no son datos personales. De hecho, en su resolución de sanción la propia dirección reconoce lo mismo:

‘De esta manera nos encontramos con una flagrante vulneración al Régimen de Protección de Datos en cuanto el uso de los datos contenidos, si bien no del todo personales, si son privados, puesto que su uso permite la individualización de los titulares de la misma, y que en todo caso, su uso en actividades de telemarketing resulta contraria al principio de finalidad’

De la cita en mención deben hacerse varias precisiones. Si bien la propia dirección reconoce que los datos contenidos en las bases de portabilidad no contienen datos personales (lo que de contera significa que las disposiciones de la Ley 1581 de 2012 no son aplicables a este supuesto), intenta, de forma errónea, justificar su decisión. Para lo anterior, de forma contradictoria la autoridad aduce que los datos no son personales pero sí privados, ya que permiten la individualización de los titulares. Sobre este punto se precisa que la posibilidad de individualizar es una característica propia de los datos personales y no de los privados que están definidos como:

‘Dato Privado. Es el dato que por su naturaleza íntima o reservada solo es relevante para el titular.’

Sin perjuicio de que como ya se indicó los datos que reposan en las bases de datos de portabilidad no son personales, se debe resaltar que se equivoca la dirección al indicar que dado su supuesto carácter de “privado” (pese a no ser personales) los mismos deben ser tratados con sujeción a lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012, pues lo cierto es que para que el raciocinio de la autoridad fuera correcto, se requiere que el dato sea personal y que luego se determine si este es o no privado, no al contrario.

De esta forma, el reproche que hace la dirección en punto al uso de datos personales que presuntamente se encuentran en las bases de datos de portabilidad resulta ser incorrecto, ya que allí no se encuentran datos de dicha índole.”⁹

⁹ Radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 10 – 14.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

- (c) **El reproche que hace la Superintendencia escapa sus competencias como autoridad de protección de datos personales:** En su escrito de impugnación, el apoderado de la sociedad sancionada indicó que la Resolución 67646 del 2021, y los reproches realizados por la SIC en esta, no resultan acorde a sus competencias.

Expusieron que el artículo 19 de la Ley 1581 de 2012, dispuso que la Delegatura para Protección de Datos Personales, ejerce la vigilancia para garantizar el debido tratamiento de los datos personales, se respete los principios, derechos y garantías y procedimientos previstos en la ley. Tal como ya se expuso, CLARO no utilizó bases de datos de carácter personal, la censura que planteó la SIC sobre la utilización de las bases de datos de portabilidad numérica refiera a un incumplimiento al régimen de telecomunicaciones, citando el siguiente apartado de la Resolución 67646 del 2021, en los siguientes apartes:

“Para proceder a la imposición de la multa, es necesario tener en dos elementos facticos evidenciados dentro de la investigación por parte del CLARO: (i) Utilizó la bases de datos de portabilidad numérica, -cuya finalidad es exclusivamente para dichos efectos-, al tratar, clasifica, y remitir dicha información a sus call center - propios y contratados- para realizar llamadas masivas de tele mercadeo con el fin de captar un mayor número de titulares, sin que mediara tampoco la autorización previa de los titulares para estos efectos; (ii) Capitalizó la bases de datos de portabilidad numérica, gratuita para los titulares pero onerosa para los PRSTM, con el fin de recibir un beneficio económico de los clientes que migraron de otros operadores a este a través de las llamadas masivas realizadas para efectos de migrarlos a su servicio.”¹⁰

Indicó el recurrente que este Despacho erró en el raciocinio la imposición de su sanción al afirmar que CLARO actuó en contravención de la propia finalidad de la base de datos de portabilidad numérica para obtener beneficios económicos, dado que es una afirmación que escapa de las funciones otorgadas a la Entidad, pues hace mención aspectos propios del Régimen de las Telecomunicaciones, tal como la portabilidad numérica, los cuales son vigilados por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, y no por la SIC.

- (d) **El procedimiento de imposición de la sanción impuesta viola el artículo 29 de la Constitución Política:** El apoderado de la sociedad recurrente, CLARO, indicó que existió violación al derecho al debido proceso es *“(. . .) una garantía que las decisiones estatales no se preocupan solo por alcanzar un resultado, sino que ellas se toman respetando la dignidad humana del sujeto sometido a decisión y la racionalidad, y con ella la predictibilidad, de la actuación, entre otros valores.”¹¹*

Manifestó que el debido proceso debe seguir los siguientes lineamientos, a saber:

“1) de manera cuidadosa la autoridad se cerciora con la evidencia relevante y de manera rigurosa traza todos sus argumentos de manera calmada y deliberada; 2) decide de acuerdo con los méritos del caso que se presenta a su consideración y 3) presenta todas las razones por las cuales decidió de la manera que lo hizo. Cumplir con esas máximas, permite a los participantes en un proceso tomar decisiones y planificar como enfrentarlo, debido a que la certeza y predictibilidad son las condiciones mínimas para que a las personas sometidas a decisión estatal conozcan su posición en relación con la autoridad estatal.”¹²

Por otra parte, indicaron que desde el inicio de la actuación la sociedad recurrente intentó tener acceso al expediente para poder preparar de forma adecuada su defensa. Adicionó que: *“(. . .) debe recordarse que dentro de las garantías al debido proceso se encuentra que cada decisión debe respetar las formas de cada juicio. En palabras de la Corte Constitucional sobre el artículo 29 de la Constitución Política:*

‘Forma parte de ese mandato constitucional también el derecho fundamental a la defensa, el cual supone, así mismo, las facultades de presentación,

¹⁰ Ibidem, p. 14 – 15.

¹¹ Op.cit. p. 15.

¹² Radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 15. (citando a: Summers R.S., “Evaluating and Improving Legal Process A Plea for Process Values” de Cornell Law Review, p. 60).

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

controversia y valoración probatoria. Por su lado, el derecho de acceso a la justicia se incorpora al núcleo esencial del debido proceso y, además, una de sus garantías consiste en que las controversias sean adoptadas con el pleno respeto de las formas propias de cada juicio’

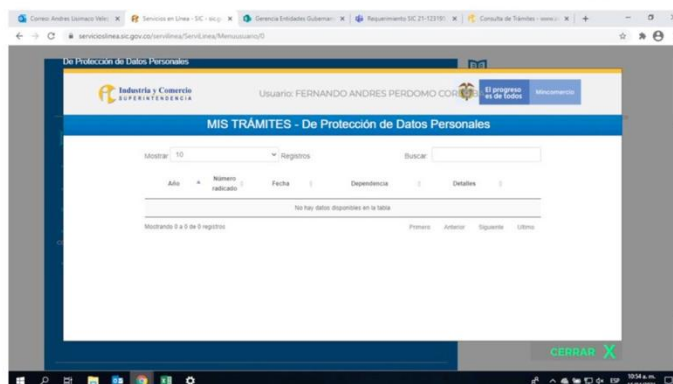
Así, la Corte Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia clara, y explica la expresión “formas propias de cada juicio” de la siguiente manera:

“Para que la protección del debido proceso sea efectiva, es necesario que las pautas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como “formas propias de cada juicio”, y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función. La libertad de escoger las formas de los juicios perjudicaría a los administrados, antes que agilizar y personalizar la aplicación de la justicia; traería confusión y caos en el seno de la sociedad y pondría en entredicho el pilar de la seguridad jurídica.” (. . .)

Así mismo es importante resaltar que los colaboradores de mi representada tuvieron toda serie de problemas técnicos para acceder a la información supuestamente dispuesta para su acceso, como la propia autoridad muestra en la hoja 35 de la Resolución recurrida. La garantía a las formas propias de cada juicio impide que la autoridad que decide disponga cambios procedimentales y exigencias adicionales para contar con la información con la cual se prepara una decisión en su contra, además, dados los múltiples participantes en el proceso y que tenían la facultad de aportar toda serie de documentos y otros medios de prueba, el acceso al expediente en unas fechas puntuales no representa el respeto por la garantía a las formas propias de cada juicio, ya que ellas siempre han requerido el acceso continuo y sin requerimientos especiales para que el investigado conozca en todo momento el expediente en su contra.

El respeto por el debido proceso es una carga procesal de la Autoridad Estatal y ella no puede unilateralmente imponer requisitos no contemplados por el Congreso de la República o el Legislador de Excepción y no se puede afirmar que le corresponde al investigado superar dificultades insuperables, dadas las múltiples comunicaciones en ese sentido y las pruebas de las dificultades técnicas de acceso, cumplir con requisitos establecidos durante la investigación para presentar su defensa y conocer las pruebas en su contra.

Así cuando mí representada en aras de consultar la información con la que cuenta la autoridad estatal se encuentra con esta imagen, resulta ineficaz cualquier pretensión que se ha respetado las formas propias de cada juicio:



De la imagen en cuestión se resalta que cuando COMCEL intentó consultar de forma virtual el expediente se encontró con que para el número de expediente no se encontraban datos, de ahí que mi representada no tuvo la oportunidad de consultar el procedimiento en el que estaba siendo investigada y sobre el cual debería preparar su defensa.”¹³

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

(e) La sanción impuesta viola el principio de tipicidad de las sanciones: El apoderado de la sociedad apelante presentó lo siguiente como sustento a su impugnación, en relación con la supuesta vulneración al principio de tipicidad por parte de la SIC, en los siguientes términos:

“(. . .) la Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales impone una desproporcionada sanción por la infracción de un principio: el definido en el literal b del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012. Al respecto debe recordarse que un principio constituye un estándar que debe ser observado, no porque promueva una situación económica, política o social que se considera deseable, sino que es un requerimiento de la justicia o equidad o alguna de las dimensiones de la moralidad jurídica, los principios se distinguen de las reglas en que los primeros no establecen las consecuencias legales que se derivan automáticamente de cumplir las condiciones previstas por el principio.”¹⁴

La “(. . .) generalidad de los principios generan que tengan las siguientes funciones: fundamentar la interpretación de las reglas; motivar la modificar reglas; sustentar una excepción a la aplicación de una regla a un caso concreto; articular los motivos para expedir nuevas reglas y delimitar el ejercicio de las facultades discrecionales de las autoridades publicas”¹⁵

“(. . .) la aplicación de los principios se restrinja a los momentos de creación de nuevas reglas y a la aplicación de las existentes para asegurar una adecuada flexibilidad al cambiar reglas y evitar las consecuencias inesperadas e indeseadas de un régimen normativo inflexible. Sobre esta materia, la Corte Constitucional ha explicado que:

‘La doctrina coincide en considerar que las normas que reconocen valores son de naturaleza abstracta e inconcreta; para algunos son normas que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y que en tal condición fijan criterios de contenido para otras normas; para otros, las normas que reconocen valores al igual que las que consagran principios, determinan el contenido de otras normas, y aquellas solo se diferencian de estas por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Lo cierto es que en todas las anteriores formulaciones subyace la idea de que las normas que reconocen valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento’

De acuerdo con la Corte Constitucional existe una graduación entre el nivel de abstracción de los postulados legales valores, principios y reglas. Los valores y los principios determinan el contenido de otras normas, y su aplicación se da en el ámbito de la interpretación de una regla, es decir un postulado redactada con un supuesto de hecho y la consecuencia de el, en concreto. Así es importante resaltar que los principios contenidos en el artículo 4 de la Ley 1581 fueron establecidos por el Legislador para desarrollar, interpretar y aplicar es Ley”.¹⁶

“De esta manera resulta pertinente señalar que el propósito de la existencia de la base de datos de portabilidad numérica es el de permitir el conjunto de procedimientos para cambiar de Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones conservando el número cuando el Usuario lo haya solicitado. Así, resulta pertinente señalar que el artículo 2.6.2.1.4 de la Resolución CRC 5050 de 2016 determina que la información referente a la Portabilidad Numérica tendrá carácter público.

El proceso de portabilidad numérica requiere la disponibilidad de la información necesaria para el enrutamiento de comunicaciones hacia números portados, lo que involucra información sobre si un número de teléfono celular existe o no. De esta manera verificar si un número existe o no, es esencial para cumplir con el propósito de la Base de Datos de Portabilidad, cuya única información es un listado de números que no permiten identificar a un individuo, y no constituye un dato sujeto de protección, como la misma Dirección lo reconoce.

Al respecto es importante recordar lo explicado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones que, en documento de consulta de la Revisión de Condiciones Regulatorias Aplicables a Recursos de Identificación, expresó:

¹⁴ Radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 18 (citando a Dworkin, R. M., “The Model Rules,” The University of Chicago Law Review, p. 14 – 46)

¹⁵ Radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 19 (citando a Raz, J., “Legal Principles and the Limits of the Law”, Yale Law Journal”, p. 81, 823).

¹⁶ Radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 19.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

‘Desde este primer momento, la necesidad de identificar un abonado o dispositivo entre miles de manera instantánea e inequívoca para así poder establecer una comunicación específica entre dos puntos se hizo vital para el desarrollo de las telecomunicaciones. Esta necesidad se hizo más evidente y crítica con la invención y posterior evolución de las comunicaciones móviles. Hoy en día, de acuerdo con cifras de la GMSA (Asociación Mundial de Operadores GSM), existen aproximadamente 4.7 billones de usuarios suscriptores de telefonía móvil en el mundo, que se comunican a través de más de 4.400 redes en 237 países, esto sin contar las redes de telefonía fija, satelital o las redes de datos.

Debido a lo anterior, en el mundo de hoy puede resultar sumamente complejo identificar un dispositivo determinado de entre miles de millones de ellos, o identificar un usuario, un servicio o una red específica para lograr una comunicación, y por ello se requiere de esquemas técnicos que contengan reglas y estándares globales para el diseño, construcción y utilización de las diferentes redes de comunicaciones (...)¹⁷

La administración del complejo sistema que permite identificar un equipo involucra un conjunto de reglas de asignación de números, contenida en un Plan Nacional de Numeración, ya que los números disponibles para cada equipo es un recurso escaso que requiere su administración por parte de las autoridades estatales. Así, el regulador debe adoptar, en desarrollo de las recomendaciones de la UIT una cadena de cifras, caracteres o símbolos, para el caso de los equipos de comunicación móviles, esa numeración es no geográfica, de acuerdo con la Resolución CRC 5050 de 2016, que en su artículo 6.2.1.2.2 dispone que:

‘Para la identificación de usuarios que accedan a los servicios de voz y datos provistos por las redes de acceso móvil terrestre, móvil satelital, fijo satelital y troncalizado – trunking, se atribuye la serie de NDC comprendidos entre el 300 y el 399 de conformidad con la distribución dispuesta en el SIGRI’.

De acuerdo con esa regla y el Plan Nacional de Numeración, de los 10 dígitos que permiten conectar a un dispositivo se conocen 3, lo que permite establecer que, si se quisiera encontrar de manera aleatoria una conexión se deberían intentar permutaciones de números, actividad que de acuerdo con la Superintendencia no sería objeto de reproche si el telemarketing se realizara de esa manera, pero la revisión de los simples números, sin información adicional que identifique a una persona concreta, que ya se conocen sí es objeto de sanción.

De esta manera el comportamiento encaminado a simplemente a descartar números aleatorios, ni afecta el mencionado principio de finalidad ni constituye una infracción alguna al régimen de protección de datos personales. De esta manera Claro expuso que su proceso de identificación de números activos consistía en generar números aleatorios y de ellos descartar, en sus propias bases de datos y con el lleno de los requisitos de la Ley 1581 de 2012, aquellos que ya eran clientes, como se expuso:

PROCESO PARA GENERACION DE LISTADOS PARA PORTACIÓN



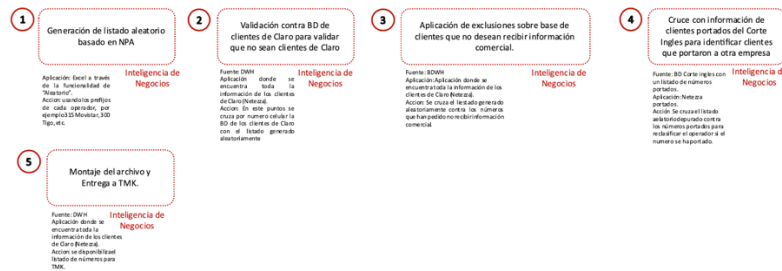
Así mismo, se presenta el flujograma del proceso empresarial del proceso de depuración de los números para actividades de mercadeo.

¹⁷ Radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 20 (citando a Comisión de Regulación de Comunicaciones, “Documento de Consulta Regulación de Infraestructura”, en: https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/Documento_consulta_publicar.pdf).

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

PROCESO PARA GENERACION DE LISTADOS



Para resaltar la inconsistencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, la consecuencia del precedente que fijan si mantiene en firme la decisión contenida en la Resolución Número 67646 de 2021, implicaría que no habría reparo en que una persona realizar llamadas de forma aleatoria, haciendo las combinaciones que desee sobre los 7 números pues lo censurable de acuerdo a la tesis de la autoridad es que dicho números con los que se hace la llamada se encuentren en un listado.

La diferencia entre reglas y principios cobra importancia al analizar el principio de tipicidad de las sanciones, que consiste en que no puede haber una sanción por una conducta que no esté previamente tipificada en la Ley como sancionable. En materia de sanciones a cargo de las autoridades administrativas, la Corte Constitucional ha expresado:

“Esta Corporación ha señalado que el principio de legalidad exige: (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable” y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad.

4.3.2.1. El primero de ellos exige que sea el Legislador, como autoridad de representación popular, el facultado para producir normas de carácter sancionador. Sobre este principio de reserva de ley, la Corte ha señalado que de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional, solo el Legislador puede establecer con carácter previo, la infracción y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellas.

4.3.2.2. Por su parte, el principio de tipicidad se concreta a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto - la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción - y de la sanción - la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto - y busca que la descripción que haga el legislador sea de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables, evitando de esta forma que la decisión sobre la consecuencia jurídica de su infracción, pueda ser subjetiva o arbitraria.

Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la “exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras.

Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

- Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

- (ii) *Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley;*
- (iii) *Que exista correlación entre la conducta y la sanción;”*

De acuerdo con lo expuesto, incluso en materia sancionatoria administrativa, el legislador debe establecer una función, orden o prohibición y de manera genérica que el incumplimiento de ellas merece una sanción, pero en ese caso debe existir una descripción inequívoca por parte del legislador que la sanción se impone por incumplir esa orden o prohibición.

Así mismo, debe recordarse que el artículo 19 de la Ley 1581 de 2012, establece las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en los siguientes términos:

‘La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de una Delegatura para la Protección de Datos Personales, ejercerá la vigilancia para garantizar que en el Tratamiento de datos personales se respeten los principios, derechos, garantías y procedimientos previstos en la presente ley.’

Al respecto se debe aclarar que el concepto vigilancia se restringe “al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada” por lo que la función de vigilar no implica las acciones de inspeccionar, solicitar documentos ni mucho menos controlar, que sí implican la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones.

Como se expuso anteriormente un principio no contiene un deber, orden o prohibición alguna, ya que su nivel de generalidad es alto y no contempla ni prescribe una conducta específica, por lo tanto, sancionar administrativamente la violación de un principio sin que este se encuentre atado a un deber legal, constituye una violación al principio de legalidad de las sanciones que no es permitido constitucionalmente.”¹⁸

- (f) La sanción impuesta viola el artículo 29 de la Constitución Política por vulneración al principio del non bis in ídem:** El apoderado de la sociedad recurrente, Claro, manifestó que existió por parte de la SIC una violación al derecho fundamental al debido proceso, en especial al principio del non bis in ídem al haber sido sancionado dos veces por los mismo hechos, en los siguientes términos:

“(. . .) la sanción impuesta por la Dirección de investigación de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones a través de la Resolución 67646 de 2021 vulnera el principio del non bis in ídem. Esto, en tanto se sanciona la vulneración de dos normas distintas basándose en los mismos hechos.

Aun cuando los cargos fueron formulados de forma independiente y por supuestas faltas diferentes, esto es, vulneración al principio de finalidad y al principio de libertad y como fueron analizados por la entidad, reprochando una causa común, esto es no contar con el consentimiento previo para el tratamiento de los datos, los cuales, como previamente ya se explicó no corresponden a datos personales.

Sobre la supuesta vulneración al principio de finalidad, la entidad al momento de hacer el reproche que en cualquier caso se reitera no puede ser censurado pues se está frente a datos personales, la Dirección indicó:

*‘De esta manera nos encontramos con una flagrante vulneración al Régimen de Protección de Datos en cuanto el uso de los datos contenidos, si bien no del todo personales, si son privados, puesto que su uso permite la individualización de los titulares de la misma, y que en todo caso, su uso en actividades de tele-mercadeo resulta contraria al principio de finalidad en los términos establecidos por el artículo 4, literal (b) y el deber de informar la finalidad del tratamiento de conformidad con el artículo 17, literal (c) de la Ley 1581 de 2012, a lo cual se le suma que los audios de las llamadas allegados a la actuación, así como de las quejas remitidas por parte de algunos titulares a la SIC y a través de sus respectivos operadores, **no evidenció que estas incluyeran la solicitud de un nuevo consentimiento, salvo aquellas donde se realizó la portación efectiva, ni como tampoco una explicación, dentro del espectro de los posibles usos***

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

razonables de la información de acuerdo con la autorización inicialmente otorgada y vinculada con la finalidad específica dada por la ley, la cual, en el presente caso, de la razón por la cual fueron los titulares contactados para llamadas de tele-mercadeo por parte de CLARO.’ (Negrilla fuera del texto)

A su vez, respecto del principio de libertad, la autoridad adujo:

‘CLARO, con excepción de los casos donde adquirió la autorización de los titulares que decidieron portarse a otro PRSTM, realizó el tratamiento de la información sin la autorización previa que requiere el Régimen, no estando tampoco los datos dentro de las excepciones contempladas por el artículo 10 de Ley 1581 de 2012, toda vez que, como se indicó, si bien la base de datos de portabilidad numérica es una base de datos de creación legal para beneficio del público, su acceso es de finalidad y acceso restringida -solo es posible a través del aplicativo PORTANODE-, por lo que no recae tampoco en la excepción establecida por el Decreto Único Reglamentario 1074/14, artículo 2.2.2.25.2.2.46; nunca se buscó, en los términos del artículo 17, literal (b) de la Ley 1581 de 2012, solicitar y conservar copia de la respectiva autorización, ya que de los audios se evidencia también una ausencia, al menos para aquellos donde no hay interés de realizar la portabilidad numérica, de mecanismos técnicos que permitieran prestar su autorización por parte del titular ya sea (i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas, teniendo en cuenta que el silencio nunca podrá ser signo de aceptación. A lo cual se debe adicionar que actuó en expresa contradicción de prohibición de utilizar los datos de portabilidad, los cuales incluyen, pero no se limitan a, los números dentro de los BDO de cada PSRTM, y aquellos que componen la BDA de administrada por el BDA’ (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, es claro que en el reproche que hace la Dirección respecto del principio de finalidad, incluye simultáneamente en su análisis una supuesta vulneración al principio de libertad. Tan es así que, al inicio de su juicio frente a este cargo indica:

“El artículo 4, literal (b) de la Ley 1581 de 2012, establece como principio orientativo de la actividad de recolección y tratamiento, el de finalidad, el cual obliga a los responsables a que “El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley, la cual deberá ser informada al titular”. De forma consecutiva, la misma norma en su artículo 17, literal (c), estableció el deber para el responsable del Tratamiento de los datos de: “informar debidamente al titular sobre la finalidad de la recolección y de los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada”.

Es de resaltar que el literal (C) del artículo 4 corresponde es al principio de libertad y no de finalidad, lo que demuestra que la autoridad en su análisis frente a la presunta vulneración al principio de finalidad hace reproches que son propios del segundo cargo imputado, esto es, la supuesta violación al principio de libertad. Esto, implica una vulneración al principio de non bis in ídem en la medida en que existe identidad:

1. En el sujeto incriminado: COMCEL S.A.
2. Del objeto, es decir, de los hechos por los cuales fue sancionada mi representada, esto es, un supuesto incumplimiento al principio de libertad para el tratamiento de datos personales
3. Al motivo de la iniciación del proceso que tal y como fue descrita en la Resolución 35890 de 2020 obedece a la supuesta infracción al principio de finalidad (incluyendo en sus fundamentos el principio de libertad) y al principio de libertad para el tratamiento de datos personales por parte de COMCEL S.A.

En esa medida, aun cuando la Dirección investigó y sancionó a mi representada por una supuesta vulneración al principio de libertad para el tratamiento de datos personales, a su juicio, los mismos supuestos de hecho darían lugar para una sanción por una violación al principio de finalidad para el tratamiento de datos personales. Esta interpretación, tal y

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

como se expuso previamente es contraria al principio de non bis in ídem y por consiguiente al debido proceso.”¹⁹

- (g) **La sanción impuesta viola el artículo 29 de la Constitución Política por vulneración a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción derivada de su indebida dosificación:** En cuanto a la graduación de la sanción, el apoderado de la sociedad sancionada indicó lo siguiente:

“(. . .) Pese a que la entidad indicó que tomó en consideración lo dispuesto en el artículo citado para el caso en concreto, lo cierto es que el análisis propuesto por la Dirección no se hizo de cara a las circunstancias fácticas propias del caso sino de forma genérica. En este punto se reitera que la Administración cuenta con el deber de respetar y salvaguardar el derecho al debido proceso en cada una de las actuaciones que realice, en específico, se debe considerar que el debido proceso administrativo se compone de las siguientes garantías:

‘Las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por este alto Tribunal, son las siguientes: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (di) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (ib.) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ir) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso’ (Subraya fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, una de las garantías que es fundamental para el derecho al debido proceso es *“que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico”* es decir, conforme al principio de legalidad, tipicidad y antijuricidad.

Por consiguiente, la administración debe ser rigurosa en la decisión de imponer una sanción, ya que esa labor punitiva del Estado se encuentra regida por principios superiores, como lo es el debido proceso y la proporcionalidad, según este último, la imposición de una sanción debe considerar la magnitud del daño efectivamente generado. Respecto a ese principio la Corte Constitucional manifestó:

‘el interrogante acerca de la estricta proporcionalidad persigue determinar si el objetivo perseguido por la norma está en una relación de simetría con las restricciones que ella crea sobre los derechos de las personas, es decir, si los beneficios que se derivan de la aplicación del precepto superan los perjuicios que se causa a los individuos con el mismo’

El alto tribunal Constitucional ha determinado que la proporcionalidad es un postulado de la función administrativa y explicó su naturaleza así:

‘Es decir, que el de proporcionalidad es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer.’

Como previamente se explicó, los hechos que analizó la Dirección y por los cuales decidió imponer una sanción en contra de COMCEL parten de un error que a su vez es utilizado para la graduación de la sanción, esto es, mi representada no hizo uso de datos personales para fines comerciales. De esta forma, el análisis propuesto para indicar “la dimensión del daño” resulta incorrecto. Sobre el particular la entidad adujo:

‘En el caso en concreto, frente al literal (a), tal como ya se indicó, la utilización de la bases de datos de portabilidad numérica con una finalidad distinta y sin la autorización de los titulares de los datos personales allí recolectados es una afectación grave, no solo para el Régimen de Protección de Datos, sino para los derechos fundamentales de los titulares como sujetos especiales de protección del Régimen, en tanto, como ya se advirtió en su momento, CLARO realizó para titulares inscritos en el operador AVANTEL, solo en el periodo de julio de 2020 hasta la fecha en que se presentaron los Descargos,

¹⁹ Radicado 18-127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 24 -28.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

5.658.820 llamadas no autorizadas utilizando los datos contenidos en la base de datos de portabilidad numérica´

Nótese como la Dirección aduce que el supuesto daño ocasionado por COMCEL se relaciona directamente con una infracción al régimen de protección de datos personales y los derechos fundamentales de los titulares de datos personales, que se reitera no fueron usados en ningún momento por COMCEL. De esta forma, la graduación que hace la autoridad en punto al daño ocasionado no corresponde a la realidad y no se adecua a los supuestos analizados por la Dirección.

Por otro lado, en lo que refiere al literal (b) del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012, esto es, la ganancia o beneficio económico generado por el infractor, la Dirección indicó:

En cuanto al literal (b), o la ganancia o beneficio económica generado por parte de Claro, es necesario recordar nuevamente que la portabilidad numérica para los titulares es gratuita, y no debe generar costos en su solicitud, ya sea por el operador receptor o el donante; pero si genera costos de implementación y funcionamiento para los operadores que no deben ser cargados a los titulares, y cuya finalidad, es solo para efectos de la portabilidad, por lo que no puede ser utilizada para otros efectos. Sin embargo, Claro generó, posiblemente buscando un retorno a la pérdida de clientes por el efecto de la posibilidad de la portabilidad y los costos de operatividad del ADB, un proceso de capitalización de la base de datos a través de la captación masiva de clientes a través de telemarketing, por lo que se generó mensualmente millones de llamadas desde el 2018.

Ahora, si se tiene en cuenta, solo para efectos de los titulares de Avantel, el promedio de llamadas mensual reportado para el mes de abril de 2021, esto es 232.426 llamadas, y el promedio de planes post-pago más económicos ofrecidos por Claro, esto es \$55.900, y que tan solo el 5% de los titulares llamados, sin autorización expresa, esto es 11.621 titulares, hubiesen migrado, se tendría un ingreso operaciones mensual para Claro de \$649.630.670, suma la cual multiplicada por hasta la fecha de esta sanción le generaría, un ingreso total desde abril de 2021, de: \$2.598.522.680. Ahora, si se tiene en cuenta que, si la operación se hubiese realizado dentro del número de llamadas mensuales que Claro reportó, 100.000 llamadas al mes, y se le aplica la misma operación anteriormente expuesta, se tiene como ingresos operacionales mensual, con solo el 5% de éxito en la portabilidad, un valor correspondiente a \$279.500.000, lo cual multiplicado por el tiempo en que se ejecutó la conducta 2018 a 2021 -48 meses-, asciende a un total de \$13.416.000.000, en promedio; lo que resulta solo ser un estimada para los efectos económicos a favor de Claro desde 2018, año en que se reportó la operación ilegal.´

Lo primero a indicar sobre la argumentación de la Dirección es que está se basa en supuestos no probados. Así, cuando la autoridad indica ´Claro generó, posiblemente buscando un retorno a la pérdida de clientes por el efecto de la posibilidad de la portabilidad y los costos de operatividad del ADB, un proceso de capitalización de la base de datos a través de la captación masiva de clientes a través de telemarketing, por lo que se generó mensualmente millones de llamadas desde el 2018´, el supuesto indicado es una suposición de la autoridad que carece de sustento probatorio. La Dirección aduce sin conocer las políticas de generación de ingresos de COMCEL que buscó compensar las supuestas pérdidas generadas por el proceso de portabilidad a través de lo que la autoridad denominó “un proceso de capitalización de la base de datos”. Como si lo anterior no fuera poco, la Dirección, sin ningún sustento, propone un cálculo de ganancias generadas con las llamadas que realizó COMCEL a números AVANTEL. No obstante, no se entiende, porque no hay fundamento para tal, como la Dirección puede concluir que 11.621 titulares AVANTEL habrían migrado a COMCEL, generando un ingreso operaciones mensual de \$649.630.670.

En la Resolución recurrida, la autoridad también indicó que ´los criterios de graduación de la sanción señalados en los literales (c), y (d) del artículo 24 de la Ley 1581 de 2008 no serán tenidos en cuenta debido a que: (i) no hubo reincidencia en la comisión de la infracción; (ii) no hubo resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora de la SIC´ absteniéndose así de pronunciarse frente a los literales (e) y (f) del artículo 24. Esto, pese a que la misma Dirección indicó que para graduar la sanción debida analizar la totalidad de criterios dispuestos en el mencionado artículo. En palabras de la autoridad:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

‘Siendo así, para la correcta adecuación de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico en materia de protección de datos personales debe analizar todos los criterios de graduación del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012 con la finalidad de establecer como se aplican al caso concreto y, de esa forma, seleccionar y graduar la sanción que se impondrá’

Así las cosas, los criterios que fueron analizados por la Dirección para graduar su sanción, esto es, literales (a) y (b) del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012 están basados ya sea en supuestos incorrectos o que carecen de fundamento alguno. Asimismo, la Dirección sin justificación para tal, no se pronunció sobre los literales (e) y (f) del artículo 24, los cuales, si hubieran sido tenidos en cuenta, serían a favor de COMCEL, es decir, hubieran tenido un impacto directo sobre la disminución de la multa impuesta. Debido a lo expuesto, la sanción impuesta por la Dirección carece de justificación para alcanzar el valor de NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$950,000,000).”

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, el apoderado de CLARO solicitó: (i) Revocar la resolución 67646 del 20 de octubre de 2021; (ii) subsidiariamente, y en caso de no revocar la resolución, reducir el monto de la multa, y; (ii) en caso de negar las dos anteriores, conceder el recurso de apelación ante el Superintendente Delegado de Protección de Datos Personales.

TERCERO: Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

La Ley 1581 de 2012 establece que la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Delegatura para la Protección de Datos Personales, ejercerá la vigilancia para garantizar que en el tratamiento de datos personales se respeten los principios, derechos, garantías y procedimientos previstos en la presente ley y sus decretos reglamentarios.

CUARTO: Que, dentro del término legal previsto para el efecto y una vez analizados los requisitos del artículo 77 de la Ley 1437 de 2011, con base en lo expuesto por los recurrentes, se procederá a dar resolver el recursos con base en los siguientes ejes temáticos siguiendo los mismos temas expuestos parte de los recurrentes TIGO, AVANTEL y CLARO: (i) Falta de competencia y violación al debido proceso por parte de la SIC; (ii) Indebida tasación y formulación de cargos por parte de la SIC; (iii) otros argumentos presentados por los recurrentes, y; (iv) sobre las pretensiones de los recurrentes en concreto.

4.1. Falta de competencia y violación al debido proceso por parte de la SIC:

(a) Presunta Violación del Régimen de Protección de Datos por parte de CLARO, puesto que los datos contenidos dentro de la base de portabilidad numérica son datos personales.

El apoderado de la sociedad recurrente CLARO expresó en su recurso que los datos contenido en la base de datos de Portabilidad Numérica no son datos personales para efectos de lo establecido por parte del Régimen de Protección de Datos en Colombia puesto que, citando a la ley 1581 de 2012, artículo 3 (e), y a la misma SIC en relación a la definición de datos personales, dato personal se define así:

“Cuando hablamos de datos personales nos referimos a toda aquella información asociada a una persona y que permite su identificación. Por ejemplo, su documento de identidad, el lugar de nacimiento, estado civil, edad, lugar de residencia, trayectoria académica, laboral, o profesional. Existe también información más sensible como su estado de salud, sus características físicas, ideología política, vida sexual, entre otros aspectos.”²⁰

El ordenamiento legal está encaminado a proteger personas vinculadas a datos específicos, no se predica lo mismo de datos que no tienen interrelación alguna con la persona, es decir, no es posible su vinculación a la persona; razón por lo cual, al tratarse de datos que no generan una vinculación específica con un determinado titular, no es posible la aplicación de la ley 1581 de 2012, en los términos establecidos en su artículo 2, la aplicación de los principios y disposiciones a los datos personales registrados en cualquier base de datos.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

Agregó el apoderado de la sociedad recurrente que los datos obtenidos por parte de CLARO pertenecen a un listado de números de celular correspondiente a los rangos de numeración autorizada por la CRC que en nada se asocian a datos personales. Lo anterior se sustentó indicando que el personal de call center de CLARO, al realizar las llamadas desconocían información personal privada y/o sensible. Por el contrario, tal como indicó el Manual de Llamadas de CLARO, se solicitó la autorización para el tratamiento de datos personales, lo cual es, en palabras del apoderado, que *“(. . .) bajo ningún supuesto vulneró el régimen de datos personales, pues tan pronto tuvo acceso a datos que en efecto pueden denominarse como “personales” la compañía procede a solicitar la autorización para el debido tratamiento.”*²¹

Así mismo, el apoderado de CLARO indicó que, de acuerdo con la Resolución 67646 de 2021, la cual citó la respuesta del INETUM o Corte Inglés, la BDO para portabilidad numérica *“(. . .) no contiene datos personales y/o información sensible de los abonados de telefonía móvil.”*²² Según el apoderado de CLARO, a pesar de la indicación de INETUM o Corte Inglés de que en dicha base de datos no se almacena Datos Personales, la SIC en la resolución 67646 del 2021 expresó que:

*“De esta manera nos encontramos con una flagrante vulneración al Régimen de Protección de Datos en cuanto el uso de los datos contenidos, si bien no del todo personales, si son privados, puesto que su uso permite la individualización de los titulares de la misma, y que en todo caso, su uso en actividades de tele-mercadeo resulta contraria al principio de finalidad”*²³

La anterior significa que la Dirección reconoció que los Datos no son personales, y por tanto escapan de su competencia al no ser aplicable la ley 1581 de 2012. Por tanto, la base de datos de portabilidad numérica no contiene datos personales, estando equivocada en su reproche.

Frente a lo anterior es necesario analizar los siguientes elementos: (i) definición de datos personales de acuerdo con la ley 1581 de 2012 y la sentencia C-748/11, y; (ii) los alcances dados por la C.R.C. R.5050/16 frente a los datos contenidos en la base de datos de portabilidad numérica (BDA y BDO):

El objetivo de la ley 1581 de 2012 establece como objetivo principal el desarrollo del derecho fundamental de las personas a conocer, actualizar y rectificar la información contenida en archivos y bases de datos, tal como lo indicó el artículo primero de dicha normativa. En cuanto al ámbito de aplicación, la norma estableció de forma expresa que: *“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 (. . .)”*²⁴. En relación con la definición de base de datos, el artículo 3(b) la definió como un *“conjunto organizado de datos personales que sea objeto de tratamiento”*; y en relación con la definición de dato personal, el artículo 3(c) lo define como *“**cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables.*** (subrayas y negrillas por fuera del texto)

Al referente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-748/11 -por medio de la cual se evaluó la constitucionalidad de la ley 1581 de 2012- indicó lo siguiente relacionado con la definición de datos personales:

*“(. . .) la jurisprudencia constitucional ha precisado que las características de los datos personales –en oposición a los impersonales- son las siguientes: “i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) **permitir 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*

²¹ Radicado 18 – 127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 11.

²² Ibidem, p. 13.

²³ Op.cit., p. 13.

²⁴ L.1581/12. Art. 2.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.”²⁵

De esta manera, se puede concluir que datos personales corresponde a cualquier pieza de información que, por sí misma o en asoció con otra, permite individualizar o identificar a una persona, por lo que un número un teléfono móvil es un dato personal de carácter privado, así se encuentre en una base de datos pública de finalidad específica y de uso restrictivo a quienes tiene acceso a esta.

(ii) Los alcances dados por la C.R.C. R.5050/16 frente a los datos contenidos en la base de datos de portabilidad numérica (BDA y BDO)

Como bien se estableció en la resolución objeto de controversia por parte de CLARO, las regulaciones específicas de la base de Datos de Portabilidad Numérica son la ley 1245 de 2008 y la C.R.C. Resolución 5050 de 2016. Siendo esta última la que desarrolla en su totalidad la forma de funcionamiento de esta base de datos, y la que define también la naturaleza jurídica de los datos que esta base de datos contiene, esto con el fin de establecer si son datos sujetos a la competencia de la SIC.

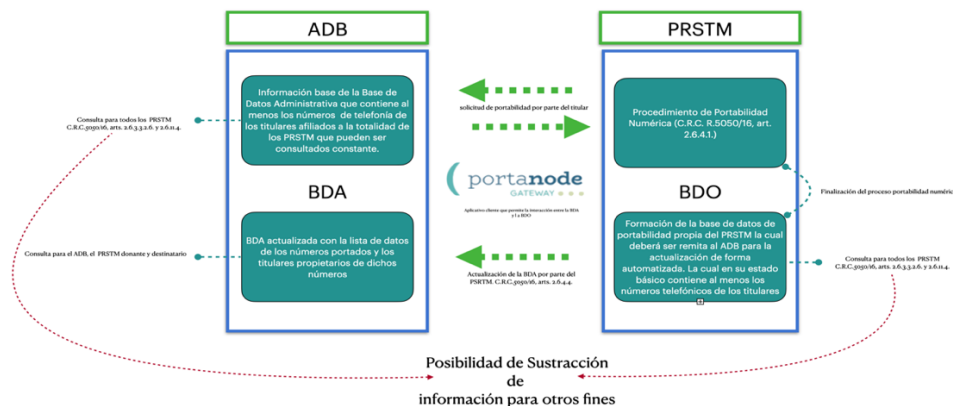
La base de portabilidad numérica, en sus aspectos operativos, se encuentra regulada por el C.R.C. Resolución 5050/16, Capítulo 6, secciones 1 – 17, y tal como se expuso en la Resolución objeto de impugnación y la información contenida en dicha base de datos está conformada por la información e interacción de dos bases de datos, por una parte: (i) La Base de Datos Administrativa (“BDA”): la cual es administrada por el ABD, y que contiene el mínimo de información necesaria para el enrutamiento de comunicación hacia números portados, y que se actualiza de acuerdo con el proceso de portación. Es necesario indicar que la información mínima necesaria es la siguiente, de acuerdo con la C.R.C. R.5050/16, art. 2.6.4.3., a saber: **(a) nombre completo; (b) número de documento de identidad; (c) autorización del suscriptor del contrato en caso de una línea pos-pago más una copia del documento de identidad, en caso de que el solicitante sea distinto al suscriptor; y números telefónicos asociados a la portabilidad numérica, (e) proveedor donante;** Por otra parte, (ii) la Base de Datos Operativa (“BDO”): Base de datos operada por los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones de Móviles (“PRSTM”), tal como lo es la sociedad recurrente, que **contiene la información necesaria para el enrutamiento de las comunicaciones hacia números portados, la cual es obtenida desde de la BDA.** En todo caso, siempre **se tendrá acceso**, a través de la BDO de cada PRSTM, **a la totalidad de los números telefónicos inscritos activos.**

Así mismo, como se indicó en la resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, la información es intercambiada entre la BDA y la BDO por los respectivos PRSTM, a través de un mecanismo automatizado que garantiza, de forma aparente, la rapidez, integridad y seguridad de la información (C.R.C. R.5050/16, art. 2.6.4.4.), lo cual se concretiza a través de una VPN denominada PORTANODE, de conformidad con lo indicado por el Corte Inglés (“Inetum”) como administrador de la base de datos (“ABD”). Así mismo e independientemente de la forma como se surte el proceso de portabilidad, y el cual ya fue explicado en la resolución impugnada, es necesario recordar que los datos anteriormente indicados (C.R.C. R.5050/16, art. 2.6.4.4.) solo se requieren al momento de que el titular solicita portar su número de un operador -donante- a otro -destinatario-, pero en todo caso pudiendo los PRSTM, como mínimo y en todo momento, consultar la totalidad de los números registrados en dicha base de datos, específicamente en la BDA, y los cuáles son la totalidad de los números activos de telefonía celular en Colombia.

Por tanto, le es posible a los PRSTM, como lo es CLARO, consultar en todo momento la información depositada en la BDA, esto es la totalidad de los números activos de telefonía celular en Colombia, justo como se expresó en la siguiente gráfica:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA



Fuente: Elaboración del Despacho

Frente a los usos específicos y la finalidad, es necesario que los usos dados por la C.R.C.R.5050/16, tal como se indicó en el acto administrativo objeto de impugnación, se realicen a través de tres (3) mecanismos que limitan el uso de la información (uno general y dos específicos): (a) General, hace referencia a cualquier actividad que realicen los PRSTM (C.R.C.R.5050/16, art. 2.1.1.8.²⁶); (b) Específicos: El Deber de los PRSTM de, mantener la confidencialidad de la información de los procesos de portación cuando dicha información, por disposición legal, tenga el carácter de confidencial o reservado, y **garantizar en todo momento la reserva de la información de la BDA, solo pudiendo utilizar, extensible para los PRSTM, la información que allí se recolecta para los fines específicos de la portabilidad numérica** (C.R.C.R.5050/16, art. 2.6.7.3.). En cuanto a la finalidad, la finalidad de la BDA y la BDO -ambas confirman la base de datos de portabilidad numérica- es la siguiente respectivamente: (a) Base de datos administrada por el ABD, que contiene como mínimo la información necesaria para el enrutamiento de comunicaciones hacia números portados, y que se actualiza de conformidad con el Proceso de Portación, y; (b) Base de datos administrada por un determinado Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones, que contiene la información necesaria²⁷ para el enrutamiento de las comunicaciones hacia números portados, la cual es obtenida y actualizada desde la BDA (C.R.C.R.5050/16, Tít. I); por lo que se puede concluir que la finalidad de esta base de datos es, teniendo en cuenta los usos específicos y definiciones anteriormente expuestos, la interacción de la totalidad de los PRSTM para la consecución de la portabilidad numérica de acuerdo con el plan nacional de portabilidad bajo criterios técnicos estandarizados, y de ninguna manera para otras finalidades como lo es la prospección comercial y/o las campañas masivas de marketing para captar a los titulares propietarios de los números de telefonía celular allí contenidos.

De este modo, se puede concluir que la base de datos de portabilidad numérica, donde se reúne la BDA y la BDA, contiene información privada, incluyendo el número de telefonía celular de propiedad del titular, y cuya finalidad es la consecución de la portabilidad numérica en Colombia, sin que sea posible su utilización para otras finalidades, y en caso de ser utilizada para otras finalidades no previsibles se requiere por parte del responsable y/o encargado, la obtención de una nueva autorización, previa y expresa, del titular propietario del número de telefonía celular, para lo cual tendrá que acudir, en toda circunstancia, a los criterios establecidos por el inciso primero del artículo 5 del Decreto 1377 de 2011 -incorporado al D.1074/15-, con el fin de garantizar una nueva autorización por parte de los titulares.

En el caso en concreto, el apoderado de la sociedad recurrente expuso que la base de portabilidad numérica es una base de datos pública que no contiene datos personales, puesto que los números de telefonía celular no se encuentran en dicha categoría. De igual forma, indicó la misma INETUM indicó que los datos contenidos en la base de datos -BDO- no son personales, razón por la cual la SIC no debió proferir decisión de fondo al referente ya que la autoridad competente para dirimir un conflicto en relación con la aplicación de la norma es la CRC. Frente a lo anterior, el Despacho no comparte la afirmación efectuada por el apoderado de la recurrente, según la cual, los números de teléfonos celulares no son datos personales,

²⁶ C.R.C. R.5050/16, art. 2.1.1.8.: “Los datos personales podrán ser intercambiados con otros proveedores de servicios de comunicaciones sólo para efectos de la prevención y control de fraudes en las comunicaciones y el cumplimiento de las disposiciones legales y regulatorias que así lo exijan. En todo caso, por tratarse de tratamiento de datos personales, se requerirá la autorización expresa del titular para este fin, la cual podrá obtenerse de manera expresa desde la firma del contrato.”

²⁷ Ver

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

al acudir a la siguiente definición “(. . .) *toda aquella información asociada a una persona y que permite su identificación. Por ejemplo, su documento de identidad, el lugar de nacimiento, estado civil, edad, lugar de residencia, trayectoria académica, laboral, o profesional. Existe también información más sensible como su estado de salud, sus características físicas, ideología política, vida sexual, entre otros aspectos.*”²⁸; desconociendo la cláusula contenida por el artículo 3, literal (c) de la Ley 1518 de 2012, la cual permite que cualquier tipo de información que se vincule o puede ser asociada a una o varias personas naturales, determinadas o determinables, entra en la categoría de información personal, de tal manera que la información contenida dentro de la base de portabilidad numérica, en especial la información básica -los números telefónicos- contenida en la BDA, y la otra información solicitada el proceso de portabilidad numérica contenida en la BDO, sea categorizada como información personal.

Por tanto, la información contenida en la BDA, la totalidad de los números activos de telefonía celular como información mínima, y la BDO, información requerida para realizar la portabilidad una vez es solicitada por el titular, debe ser catalogadas como información personal. Ahora bien, la información contenida en la BDA, según lo ha establecido la Corte Constitucional, si bien, por sí misma no permite la plena identificación de los titulares en asocio con otra información o realizando un nuevo tratamiento se puede lograr la individualización e identificación de los titulares tal como ocurre con el uso de dicha información para realizar llamadas para prospección comercial y/o marketing para la captación masiva de clientes. A lo anterior se le aúna que: (i) de acuerdo con la Sentencia C-748/11, antes citada, los datos personales son de propiedad de sus titulares, y la situación no se altera, de acuerdo con lo expuesto por el apoderado de la sociedad, porque la lista de números fue generada de los rangos de numeración aprobados por la CRC, por lo que los datos no son públicos, sino privados; y; (ii) el tratamiento de la información contenida en la BDA y BDO se encuentra reglada a lo específicamente establecido por la C.R.C. R.5050/16, en especial Capítulo 6, secciones 1 – 17, y en especial atención al deber del ABD y PRSTM de garantizar en todo momento la reserva de la información de la BDA, solo pudiendo utilizar la información que allí se recolecta para los fines específicos de la portabilidad numérica.

Ahora bien, en relación a la afirmación que realizó el apoderado en su recurso en relación con la afirmación realizada por el ABD Inetum de que la base de datos de portabilidad numérica no contenía datos personales, se debe que el ABD, hizo referencia solo a la BDO administrada por parte de los PRSTM. Esta afirmación resulta imprecisa, toda vez que, como ya se indicó, la BDO contiene la información mínima necesaria para realizar el proceso de portabilidad una vez es solicitada por parte del titular, siendo esta información la siguiente, a saber: **(a) nombre completo; (b) número de documento de identidad; (c) autorización del suscriptor del contrato en caso de una línea pos-pago más una copia del documento de identidad, en caso de que el solicitante sea distinto al suscriptor; (d) número telefónicos asociados a la portabilidad numérica, y (e) proveedor donante.** En ese orden de ideas, la BDO, que es parte esencial de la Base de Datos de Portabilidad Numérica, si contiene datos que pueden ser considerados personales, y dentro de los cuales se encuentran los números de telefonía celular, los cuales para efectos de categorización, deben ser catalogados como privados, pues su promulgación solo el corresponde al titular, y este, como regla general, es destinado para uso personal, por lo que se espera un mínimo de privacidad.

Debemos concluir entonces que, los datos contenidos en la Base de Datos de Portabilidad Numérica son datos personales, su tratamiento debe realizarse aplicando los principios y deber establecidos por la Ley 1581 de 2012 y las normas que la reglamenta y complementan, en especial los principios de libertad y finalidad y los deberes que de éstos se derivan, por tal razón, el argumento invocado por el apoderado de la recurrente no ésta llamado a prosperar. **Competencia exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio como máxima autoridad de protección de datos personales respecto de la vigilancia al Régimen de Protección de Datos.**

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

(b) La SIC tiene competencia para conocer la vulneración al Régimen de Protección de Datos toda vez que la se trata de un dato personal.

El apoderado de la sancionada en el recurso interpuesto afirmó que la Dirección de Investigaciones Administrativas de Protección de Datos Personales careció de competencia para haber proferido la decisión, toda vez que la información contenida en la Base de Datos de Portabilidad Numérica no contiene datos que puedan ser clasificados como personales, siendo la entidad competente para haber conocido cualquier disputa en cuanto su uso, es la Comisión de Regulación de Comunicación (“C.R.C.”), argumentando textualmente lo siguiente:

“En la Resolución 67646 de 2021, la dirección hace reproches que no resultan acordes a sus competencias como autoridad de protección de datos personales y que de por sí son tenidos en cuenta para la imposición de la multa impuesta a mi representada. El artículo 19 de la Ley 1581 de 2012 dispone que la Delegatura para la Protección de Datos Personales, ejercerá la vigilancia para garantizar que en el Tratamiento de datos personales se respeten los principios, derechos, garantías y procedimientos previstos en dicha ley.

Este tipo de afirmaciones escapa las competencias otorgadas a la Delegatura para la Protección de Datos Personales, pues refiere a aspectos propios del régimen de telecomunicaciones, como lo es la portabilidad numérica, los cuales son vigilados y controlados por la Comisión de Regulación de Comunicaciones y no por la Superintendencia de Industria y Comercio.”²⁹

Frente al argumento expuesto, ésta Dirección hará las siguientes precisiones:

El Régimen General de Protección de Datos de la SIC, específicamente en el artículo 1 de la ley 1581 de 2012, estableció que su objeto es el desarrollo y ejercicio del derecho fundamental de las personas a conocer, actualizar y rectificar la **información** que se hayan recogido de ellas **en bases de datos o archivos de entidades públicas o privadas**. Lo anterior debe ser leído en conjunto con el artículo 2 de la misma norma estatutaria, en el que se señala que el ámbito de aplicación de dicha norma al tratamiento de datos personales registrados en cualquier base de datos con las excepciones establecidas en los literales a) al f) de la regla citada³⁰.

Por su parte, el artículo 19³¹ establece que Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Delegatura para la Protección de Datos Personales ejercerá la vigilancia para que garantizar que el tratamiento de datos personales se haga en cumplimiento de los derechos, garantías y procedimientos dispuestos para el efecto.

La Corte Constitucional estableció lo siguiente respecto del ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012,

*“La inclusión del parágrafo obedece a que sin importar la finalidad que tenga la **base de datos**, mientras esta **contenga información y datos personales** se deberá respetar los principios generales que regulan el tratamiento y protección de datos; así lo ha sostenido en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional al enunciar el desarrollo y alcance que deben tener los principios que regulan el tema de la protección de la información. Una legislación unificada y clara sobre el tema en desarrollo se*

²⁹ Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 14 – 54.

³⁰ L.1581/12, art. 2: 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.

³¹ L.1581712, art. 19: La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de una Delegatura para la Protección de Datos Personales, ejercerá la vigilancia para garantizar que en el Tratamiento de datos personales se respeten los principios, derechos, garantías y procedimientos previstos en la presente ley. Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional en el plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley incorporará dentro de la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio un despacho de Superintendente Delegado para ejercer las funciones de Autoridad de Protección de Datos. Parágrafo 2°. La vigilancia del tratamiento de los datos personales regulados en la Ley 1266 de 2008 se sujetará a lo previsto en dicha norma.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

hace completamente necesaria respondiendo siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad, motivo por el cual pretender dejar bases de datos sin que les sea aplicable los principios de la administración de datos, solo debería hacerse en respuesta a un estudio particular de cada caso que sobre fundamentos verídicos y con argumentación suficiente que permita, a través del test de razonabilidad, decidir y motivar por qué no se aplicarán los principios básicos que desarrolla un derecho fundamental, basta con analizar desde la óptica de la Corte los principios de libertad, necesidad, veracidad, integridad, finalidad. Y su importancia en el desarrollo del derecho fundamental al Hábeas Data, la protección de datos personales y la autodeterminación informática.”³² (Negrilla fuera del texto)

Dicho lo anterior, es, a todas luces evidente, que para en el caso concreto resulta totalmente aplicable el Régimen de Protección de Datos Personales establecido en la Ley 1581 de 2012 y en las normas que lo adicionan y complementan puesto que: (i) Como se estableció líneas atrás, las bases de datos de portabilidad numérica denominadas (BDA Y BDO), sin lugar a dudas, contienen datos personales que son objeto de diversos tratamientos y (ii) dichas bases de datos no están dentro de las exceptuadas en los numerales a) al f) del artículo 2º de la Ley 1581 de 2012 y c) la información personal o impersonal contenida en las referidas bases de datos puede estar asociada a diversos usos frente a los cuales se pueden generar diversas competencias administrativas, sin embargo cuando tales usos implican tratamiento de datos personales, resulta aplicable el Régimen de Protección de Datos Personales contenido en la Ley 1581 de 2012 y demás normas que lo complementen. y .

De esta manera no es de recibo el argumento expuesto por el apoderado de la sociedad CLARO, confirmándose la decisión tomada por parte del Despacho en relación a la aplicación del Régimen de Protección de Datos al tratamiento de datos realizado dicha empresa respecto de la base de Datos de Portabilidad Numérica, y por tanto el deber de la misma de velar por la correcta aplicación de los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

(c) La Superintendencia de Industria y Comercio permitió a CLARO el acceso al expediente dentro de la actuación teniendo en cuenta las circunstancias especiales creadas por la declaratoria de emergencia económica y social causada por el COVID-19.

El apoderado de la sociedad CLARO en su escrito de apelación esgrime, tanto como en el numeral 3.1. y 4.3. que existió una vulneración al derecho fundamental al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, debido a que “(. . .) Desde el inicio de la actuación mí representada intentó tener acceso al expediente para poder preparar adecuadamente su defensa”³³, viéndose limitado para el efecto por parte de la SIC.

Agregó el apoderado, dentro del numeral 4.3. del recurso, lo siguiente en relación a la vulneración en concreto:

“Así mismo es importante resaltar que los colaboradores de mi representada tuvieron toda serie de problemas técnicos para acceder a la información supuestamente dispuesta para su acceso, como la propia autoridad muestra en la hoja 35 de la Resolución recurrida. La garantía a las formas propias de cada juicio impide que la autoridad que decide disponga cambios procedimentales y exigencias adicionales para contar con la información con la cual se prepara una decisión en su contra, además, dados los múltiples participantes en el proceso y que tenían la facultad de aportar toda serie de documentos y otros medios de prueba, el acceso al expediente en unas fechas puntuales no representa el respeto por la garantía a las formas propias de cada juicio, ya que ellas siempre han requerido el acceso continuo y sin requerimientos especiales para que el investigado conozca en todo momento el expediente en su contra.

El respeto por el debido proceso es una carga procesal de la Autoridad Estatal y ella no puede unilateralmente imponer requisitos no contemplados por el Congreso de la República o el Legislador de Excepción y no se puede afirmar

³² Corte Constitucional [C.C.] Sentencia C-748/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Gaceta de la Corte Constitucional [G. C. C.] (Vol. n/d, p. 20) (Colom.).

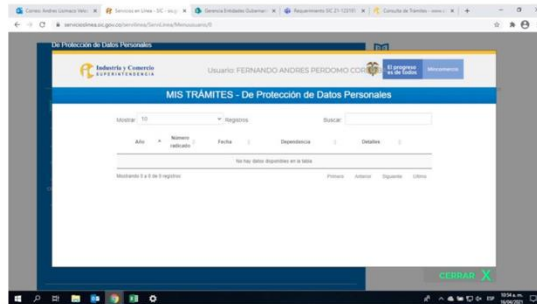
³³ Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 16.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

que le corresponde al investigado superar dificultades insuperables, dadas las múltiples comunicaciones en ese sentido y las pruebas de las dificultades técnicas de acceso, cumplir con requisitos establecidos durante la investigación para presentar su defensa y conocer las pruebas en su contra.

Así cuando mí representada en aras de consultar la información con la que cuenta la autoridad estatal se encuentra con esta imagen, resulta ineficaz cualquier pretensión que se ha respetado las formas propias de cada juicio:



De la imagen en cuestión se resalta que cuando COMCEL intentó consultar de forma virtual el expediente se encontró con que para el número de expediente no se encontraban datos, de ahí que mí representada no tuvo la oportunidad de consultar el procedimiento en el que estaba siendo investigada y sobre el cual debería preparar su defensa.”³⁴

Como fundamento legal, el apoderado de la sociedad indicó que el *“(. . .) debido proceso es una garantía que las decisiones estatales no se preocupan sólo por alcanzar un resultado, sino que ellas se toman respetando la dignidad humana del sujeto sometido a decisión y la racionalidad, y con ella la predictibilidad, de la actuación, entre otros valores.”³⁵*, y que dicho principio o garantía se debe sujetar a las siguientes lineamientos:

- “(1) de manera cuidadosa la autoridad se cerciora con la evidencia relevante y de manera rigurosa traza todos sus argumentos de manera calmada y deliberada;*
- (2) decide de acuerdo con los méritos del caso que se presenta a su consideración, y;*
- (3) presenta todas las razones por las cuales decidió de la manera que lo hizo. Cumplir con esas máximas, permite a los participantes en un proceso tomar decisiones y planificar como enfrentarlo, debido a que la certeza y predictibilidad son las condiciones mínimas para que a las personas sometidas a decisión estatal conozcan su posición en relación con la autoridad estatal.”³⁶*

En concreto, con la aplicación del derecho al debido proceso en Colombia, el apoderado de la sociedad recurrente indicó que la Corte Constitucional en sentencia C-163/19:

“(. . .) el derecho de acceso a la justicia se incorpora al núcleo esencial del debido proceso y, además, una de sus garantías consiste en que las controversias sean adoptadas con el pleno respeto de las formas propias de cada juicio (. . .) Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos, proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función. La libertad de escoger las formas de los juicios perjudicaría a los administrados, antes que agilizar y personalizar la aplicación de la justicia; traería confusión y caos en el seno de la sociedad y pondría en entredicho el pilar de la seguridad jurídica.”

Concluyó el apoderado, que *“(. . .) desde el punto de vista de la garantía al respeto por las formas propias de cada juicio, los cambios en los procedimientos de acceso al expediente ordenados mediante simples comunicaciones de la propia autoridad a cuyo cargo se encuentra la decisión.”*

Tal como se indicó en la resolución objeto de reposición, el derecho fundamental al debido proceso establecido en la Constitución Política, en su artículo 29, es un eje fundamental de

³⁴ Ibidem, p. 17 -18.

³⁵ Op.cit. p. 17.

³⁶ Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 15 (citando a . Summers, R. S. (1974). Evaluating and Improving Legal Processes A Plea for Process Values. Cornell Law Review)

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

la actuación administrativa, lo cual permea la actuación obligando a la administración a garantizarlo en cada una de las etapas del proceso administrativo -previa ley habilitante-; y el cual, en materia de la posibilidad de contradicción y aporte de pruebas, debe sujetarse a lo siguiente:

“i.) La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (CP, art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público (. . .)”³⁷

Por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto por parte de la Corte Constitucional en materia del derecho al debido proceso, y por expresa habilitación de los artículos 53 al 64 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (“C.P.A.C.A.”) habilitó a la Entidad para implementar el sistema de trámites, por medio del cual se pueden llevar a cabo los procedimientos administrativos mediante medios electrónicos. Para el efecto se debe tener en cuenta lo ordenado por los artículo 58 y 59 del C.P.A.C.A., los cuales permiten la formación de archivos y expedientes electrónicos, debiendo la entidad garantizar la autenticidad y veracidad para su reproducción. Así mismo, es necesario enfatizar en lo ordenado por el artículo 54 del C.P.A.C.A., que obliga a las entidades, como la SIC, de permitir a los ciudadanos, terceros e investigados de poder participar dentro de las actuaciones administrativas mediante dichos medios electrónicos. No obstante, los ciudadanos, terceros e investigados pueden consultar los expedientes de las actuaciones administrativas de manera presencial.

No obstante lo anterior, contrario a lo expresado por parte del apoderado de CLARO en referencia “(. . .) *cambios procedimentales y exigencias adicionales para contar con la información (. . .)*”³⁸, la solicitud de registro fue para el cumplimiento de la Resolución 28182 de 2020, la cual ordenó, debido a la emergencia económica, social y ecológica causada por el COVID-19, que “(. . .) *el trámite de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia, durante la vigencia de la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud, se adelantará de manera virtual a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida la asistencia a audiencias.* El cumplimiento del registro no significó, tal como lo quiere hacer ver el apoderado de la sociedad CLARO: (i) un cambio en las condiciones procedimentales aplicables al Despacho, y; (ii) la imposición de requisitos adicionales a los contemplados por la norma procesales para acceso al expediente imposibles de cumplir.

Con respecto al cambio de procedimiento, el aplicable en el caso en concreto, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 1581 de 2012, el procedimiento contenido en el título II, Capítulo III del C.P.A.C.A., procedimiento que le es aplicable a cualquier investigación administrativa sancionatoria adelantada por este Despacho, sin ninguna alteración en las etapas y mecanismo de impugnación dispuestos para el efecto. En cuanto, a la imposición de requisitos adicionales, el registro previo a la consulta del expediente, que tiene como fundamento los requisitos de bioseguridad exigidas en virtud del COVID-19, la SIC profirió la resolución 28182 del 2020, la cual estableció lo siguiente: (i) reanudación de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias desde el 16 de junio de 2020; (ii) la prestación de los servicios de la SIC de manera virtual y presencial, esta última en cumplimiento de los protocolos de bioseguridad vigentes en dicha fecha, y; (iii) la virtualidad debería permitir, dentro de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias, permitir el acceso del contenido documental y análogo de los expedientes mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones, lo cual garantiza a la fecha el derecho al debido, contradicción y defensa de los administrados, previo a la presentación de los escritos de defensa como descargos, alegatos de conclusión o recursos en contra de los actos administrativos. Debido a que las actuaciones administrativas contienen documentos y pruebas que solo le incumben a los investigados, o bien, están sujetos a reserva, por lo que se les solicita desde ese entonces a los administrados una condición adicional para su consulta, el registro en la base de datos del aplicativo de consulta, por lo que deben enviar un correo a contactenos@sic.gov.co, y de

³⁷ Corte Constitucional [C.C.] Sentencia C-034/14, M.P. María Victoria Correa Calle, Gaceta de la Corte Constitucional [G. C. C.] (Vol. n/d, p. 5) (Colom.) (citando la sentencia T-1341/01 sobre la aplicación del debido proceso a las actuaciones administrativas para evitar la arbitrariedad de la administración).

³⁸ Op.cit. p. 17

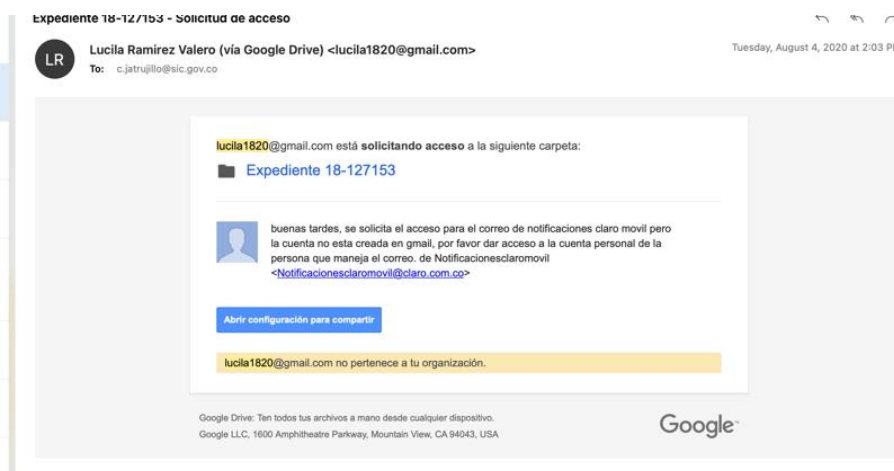
“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

forma adicional para las investigaciones surtidas por este Despacho, habeasdata@sic.gov.co. Una vez realizado el registro, le es posible a cualquier administrado realizar la consulta del expediente específico para el cual solicitó registro.

En el caso en concreto, tal como se expuso en la resolución y la resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, la sociedad CLARO mediante el radicado 18 – 127153 - - 47 del 22 de julio de 2020, solicitó como garantía procesal, lo siguiente: (i) De acuerdo con el Decreto 417 de 2020, Decreto 491 de 2020, y la Resolución 19831 de 2020 -esta última proferida por la SIC en relación a los proceso jurisdiccionales de competencia desleal y propiedad industrial-, remitir copia integral digital del expediente a la dirección electrónica para notificaciones judiciales, esto es, notificacionesclaromovil@claro.com.co; (ii) Suspender los términos en cuanto no tiene acceso a la totalidad del expediente. Frente a esta solicitud, el Despacho mediante radicado 18 -127153 - - 54 del 3 de agosto de 2020 indicó lo siguiente frente a la solicitud de CLARO: (i) la Resolución 19831 de 2020 aplicó solo para los procesos jurisdiccionales en conocimiento de la SIC, por lo que materia de actuaciones administrativas, como la presente, se emitió la Resolución 121169 del 2020, la cual suspendió a partir del 1 de abril de 2020 los términos para actuaciones administrativas avocadas ante la SIC, incluyendo los términos para la caducidad; (ii) la Resolución 28182 de 2020 reanudó, a partir del 16 de junio 2020, los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias que se surten en cualquier dependencia de la Entidad; (iii) la Resolución 28182 de 2020, en sus artículos 2 y 3, estableció la prestación de servicios de manera virtual y presencial pero bajo el estricto seguimiento de los protocolos de bioseguridad; (iv) Por virtud de la Resolución 28182 de 2020, y a partir de la notificación de la resolución de imputación de cargos del presente caso, CLARO tuvo y ha tenido la posibilidad de tener acceso al expediente digital y físico; (v) adicionalmente, para garantizar el derecho al acceso al expediente, y de esta manera el derecho fundamental al debido proceso, y en uso de las tecnologías de la información y comunicación, el expediente y su piezas físicas se digitalizaron en el Google drive, concediéndose acceso al correo de notificaciones de CLARO: notificacionesclaromovil@claro.com.co; (vi) En ese mismo sentido, se le permitió el acceso físico al expediente con visita programada el día 5 e agosto de 2020 a las 10 am., y a la cual asistió uno de sus abogados, el cual sacó copia del expediente y sus distintas piezas análogas.

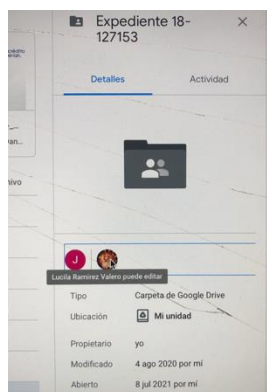
Es así la existencia de la garantía del acceso al expediente concedido al correo de notificaciones de CLARO, que la persona encargada de su gestión, debido a las razones expuesta en dicho correo, solicitó acceso al expediente en los siguientes términos en correo electrónico del 4 de agosto de 2020:



De esta manera, se le concedió acceso al expediente a la funcionara de CLARO encargada de la gestión, teniendo acceso al expediente físico digitalizado desde la misma fecha de la solicitud - 4 de agosto de 2020-, tal como se evidencia en la siguiente imagen:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA



En igual sentido, nuevamente se indica que el 5 de agosto de 2020 se le permitió el acceso a uno de los abogados del área jurídica de CLARO, el cual pudo hacer revisión integral del expediente físico, y al cual se le permitió sacar copia integral para que tuviera elementos de juicio para poder ejercer su derecho a la defensa, lo cual, junto con el acceso digital en el portal de la entidad y la copia en el drive de Google de la entidad, garantiza el derecho al debido proceso y contradicción de la investigada desde el inicio de la investigación administrativa con la imputación de cargos.

Por otra parte, y con el ánimo de reafirmar el interés del Despacho por garantizar el derecho al debido proceso de CLARO como investigada, mediante el radicado 18-127153 - - 108 del 14 de octubre de 2020 se les reafirmó las condiciones de acceso al expediente:

“(1) Enviar un correo electrónico a contactenos@sic.gov.co o habeasdata@sic.gov.co, solicitando el acceso al expediente a través de la plataforma servicios en línea, indicando: número de radicado, nombre completo de la persona que va a consultar el expediente, número de identificación y correo electrónico autorizado;

(2) Una vez reciba respuesta positiva respecto de la solicitud de acceso, la sociedad debe registrarse en servicios en línea link <https://servicioslinea.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/Portada.php> y a través del mismo link posteriormente al registro puede consultar el expediente de manera digital.”³⁹

Dentro de ese mismo radicado se les indicó la posibilidad de acceso al expediente ubicado en el drive de Google de la entidad, para lo cual solo requerían enviar un correo electrónico en los términos establecidos en el numeral (1) arriba citado. De igual forma, el contenido del radicado 108 les fue remitido nuevamente mediante el radicado 18 – 127153 - - 109 del 14 de octubre de 2020, y como se indicó en su momento, sin que se hayan manifestado al respecto.

El interés del Despacho de garantizar el derecho al debido proceso de CLARO, así como de los terceros interesados dentro de la actuación, mediante la resolución 64874 del 2020 *“por medio de la cual se incorporaron pruebas, se rechazan unas y se decretas otras”*, en su considerando noveno indicó expresamente lo siguiente para el acceso al expediente:

“(. . .) Que en virtud de la situación actual, teniendo en cuenta el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional, se ha restringido el ingreso a las instalaciones de la Superintendencia, en consecuencia, se establecieron las medidas pertinentes para permitir el acceso completo a los expedientes, por lo que las sociedades CLARO, AVANTEL y TIGO deberán:

- (i) Una vez reciba respuesta positiva respecto de la solicitud de acceso, la sociedad debe registrarse en servicios en línea link <https://servicioslinea.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/Portada.php> y a través del mismo link posteriormente al registro puede consultar el expediente de manera digital;*
- (ii) Enviar un correo electrónico a contactenos@sic.gov.co o habeasdata@sic.gov.co, solicitando el acceso al expediente a través de la plataforma servicios en línea, indicando: número de radicado, nombre completo de la persona que va a consultar el expediente, número de identificación y correo electrónico autorizado.*

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

No obstante, en aras de garantizar los derechos de defensa y contradicción de la sociedad investigada, en el caso en que la misma considere necesario el acceso del expediente en físico, deberá enviar un correo electrónico a la dirección de correo habeasdata@sic.gov.co, solicitando que le asignen una cita para que pueda examinar el expediente, con el número de la referencia, en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en la ciudad de Bogotá. Lo anterior por cuanto se deben garantizar el ingreso a las instalaciones con las adecuadas medidas de bioseguridad. Lo anterior sin perjuicio que se adopte cualquier otra medida especial y excepcional para la revisión del expediente por parte de la investigada y los terceros interesados.”

La resolución 64874 del 2020 fue debidamente notificada a la sociedad CLARO mediante los radicados 18 – 127153 - - 116 del 16 de octubre de 2020 – notificación personal- y 18 – 127153 - - 118 del 9 de noviembre de 2020, dejando en evidencia que el acuse de recibo del mencionado Acto Administrativo fue el 16 de octubre de 2020, lo que claramente permite evidenciar que para CLARO conocía la metodología de acceso al expediente al expediente, sin perjuicio de los accesos concedidos a través del drive de Google de la Entidad y el acceso físico en cumplimiento de los requisitos de bioseguridad.

Pese a lo anterior, y conociendo plenamente las condiciones de acceso, al cual ya tenía acceso ,mediante el correo notificaciones, como al personal de la funcionaria encargada de la gestión del mismo, y con el fin de poder configurar una posible vulneración al debido proceso, CLARO por conducto de su representante legal, FERNANDO ANDRÉS PERDOMO CORDOBA (el “Representante Legal”), requirió a través del radicado 18 -127153 - - 129 del 8 de abril de 2021, acceso al expediente digital por mediante solicitud realizada desde su correo electrónico corporativo; razón por la cual este Despacho, mediante el radicado 19-127153- - 130 del 12 de abril de 2021, le informó lo siguiente:

“(. . .) En virtud de la situación actual, teniendo en cuenta el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional, se ha restringido el ingreso a las instalaciones de la Superintendencia, en consecuencia, se establecieron las medidas pertinentes para permitir el acceso completo a los expedientes, por lo que la sociedad debe:

- (i) Enviar un correo electrónico a contactenos@sic.gov.co o habeasdata@sic.gov.co, solicitando el acceso al expediente a través de la plataforma servicios en línea, indicando: número de radicado, nombre completo de la persona que va a consultar el expediente, número de identificación y correo electrónico autorizado;*
- (ii) Una vez reciba respuesta positiva respecto de la solicitud de acceso, la sociedad debe registrarse en servicios en línea link <https://servicioslinea.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/Portada.php> y a través del mismo link posteriormente al registro puede consultar el expediente de manera digital.*

En todo caso, se aclara que la sociedad comercial CLARO, tal como establece el radicado 18 -127153 - - 54 del 3 de agosto de 2020, actualmente posee acceso digital al expediente mediante el correo:notificacionesclaromovil@claro.com.co, y con este mismo, acceso a la copia del expediente en Google Drive de la Entidad.

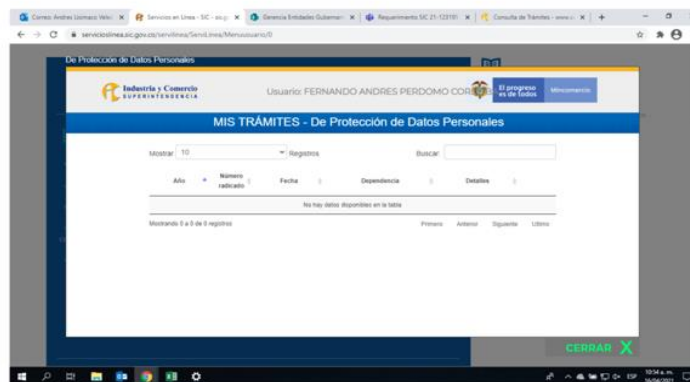
No obstante lo anterior, en aras de garantizar los derechos de defensa y contradicción de la sociedad comercial CLARO, en el caso en que la misma considere necesario el acceso del expediente en físico, deberá enviar un correo electrónico a la dirección de correo habeasdata@sic.gov.co, solicitando que le asignen una cita para que pueda examinar el expediente, con el número de la referencia, en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en la ciudad de Bogotá. Lo anterior por cuanto se deben garantizar el ingreso a las instalaciones con las adecuadas medidas de bioseguridad.”

En replica, CLARO mediante radicado 18 – 127153 - - 131 del 16 de abril de 2021, el Representante Legal de CLARO manifestó que: (i) *“(. . .) el correo del 8 de abril de 2021 fue el correo donde solicitamos el acceso al expediente de la referencia, incluso en dicho correo se encuentra toda la información que ustedes requieren para el acceso (Numero de radicado del expediente, nombre completo de la persona que consulta, número de identificación y correo electrónico autorizado), sin embargo, una vez ingresamos a la plataforma virtual con*

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

dicho correo y contraseña, no se visualiza el expediente 18-127153, tal y como lo demuestra el siguiente pantallazo:



(. . .) No hemos recibido respuesta positiva frente a la solicitud de acceso al correo fernando.perdomoc@claro.com.co; (ii) En relación con el acceso al expediente a través del drive de Google de la Entidad y el servicio web de la entidad, no fue posible el acceso a estos mediante el correo: notificacionesclaromovil@claro.com.co. Razón por la cual solicitó nuevamente a la plataforma de servicios de la SIC con el correo del apoderado de CLARO, y; (iii) también solicitó cita presencial para el lunes 19 de abril 2021, en el entendido de que el plazo para presentar alegatos de conclusión culminaba el 21 de abril de 2021, y el acceso al expediente, particularmente para el representante legal de la sociedad, se solicitó desde el 8 de abril de 2021.

Frente a la petición en particular, este Despacho, y pese a que el representante legal de CLARO no cumplió con el ya mencionado procedimiento de acceso, mediante el radicado 18-127153 - 133 del 20 de abril de 202, se le concedió acceso a través de su correo electrónico desde el 19 de junio de 2020 acceso a la plataforma de la SIC para su consulta. De igual forma, se le programó visita para la revisar físicamente el expediente en las instalaciones de la SIC el día 22 de abril de 2021 en la franja entre 9 am y 11 am, y a la cual no se presentó.

Seguidamente, la sociedad CLARO al presentar sus alegatos de conclusión mediante el radicado 18 – 127153 – 135 del 22 de abril de 2021, indicó que la SIC violó el derecho al debido proceso de CLARO por imposibilidad de acceso oportuno al expediente toda vez que: (i) la sociedad solo obtuvo acceso al expediente hasta el 20 de abril de 2021 a pesar de las múltiples solicitudes de acceso al expediente digital y físico, por lo que dejan constancia de la radicación de la solicitud del 8 de abril de 2021, donde se solicitó el acceso para el Representante Legal de la sociedad, y cuya respuesta fue obviada por parte de la SIC en la respuesta del 12 de abril de 2021 a pesar de haber cumplido los requisitos para el acceso de forma previa; (ii) La SIC advirtió que CLARO tenía acceso al expediente digital a través del correo de notificaciones de CLARO, notificacionesclaromovil@claro.com.co; sin embargo, también se intentó el ingreso con este correo y no fue posible realizar la revisión del expediente, y (iii) debido a esta imposibilidad, solicitó urgente acceso al expediente a través del correo del representante legal, y cita presencial en las instalaciones de la Superintendencia el 22 de abril de 2021, siendo que los alegatos de conclusión debían presentarse máximo el 21 de abril de 2021, lo cual le parece una grave transgresión al debido proceso que le asiste a CLARO.

A pesar de las afirmaciones del representante legal de no poder acceder al expediente, y haberse verificado por parte del Despacho si existió alguna solicitud que cumpliera con las condiciones⁴⁰ que reiteradamente se le dio a conocer a la sociedad y los terceros interesados, y sin que estas se cumplieran por parte de la investigada, se le dio acceso al expediente digital al representante legal de la sociedad desde el 19 de abril de 2021:

⁴⁰ Para acceso al expediente se debió agotar el siguiente procedimiento: “(1) Enviar un correo electrónico a contactenos@sic.gov.co o habeasdata@sic.gov.co, solicitando el acceso al expediente a través de la plataforma servicios en línea, indicando: número de radicado, nombre completo de la persona que va a consultar el expediente, número de identificación y correo electrónico autorizado; (2) Una vez reciba respuesta positiva respecto de la solicitud de acceso, la sociedad debe registrarse en servicios en línea link <https://servicioslinea.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/Portada.php> y a través del mismo link posteriormente al registro puede consultar el expediente de manera digital.”

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

| Número de radicado | Persona autorizada | Funcionario que autoriza | Fecha de autorización | Estado |
|--------------------|--|--------------------------|-----------------------|--------|
| 18-127153 - 0 | CC 114623575 FERNANDO ANDRES PERDOMO CORDOBA | [REDACTED] | 2021-04-19 17:01:27 | Activo |
| 18-127153 - 1 | CC 114623575 FERNANDO ANDRES PERDOMO CORDOBA | [REDACTED] | 2021-04-19 17:01:27 | Activo |
| 18-127153 - 2 | CC 114623575 FERNANDO ANDRES PERDOMO CORDOBA | [REDACTED] | 2021-04-19 17:01:27 | Activo |
| 18-127153 - 3 | CC 114623575 FERNANDO ANDRES PERDOMO CORDOBA | [REDACTED] | 2021-04-19 17:01:27 | Activo |
| 18-127153 - 4 | CC 114623575 FERNANDO ANDRES PERDOMO | [REDACTED] | 2021-04-19 17:01:27 | Activo |

Es necesario acotar que se requirió a la mesa de ayuda de la SIC información si existió solicitud de acceso remoto distintos a los solicitados por parte del Representante legal, siendo la respuesta negativa, por lo que el único acceso solicitado fue aquel realizado por el Representante Legal de la sociedad, el 8 de abril de 2021 y 16 de abril de 2021, respectivamente.

De este modo, el Despacho, en sujeción al derecho al debido proceso y a las reglas procedimentales fijadas para el tipo de investigación, pero teniendo en cuenta las circunstancias especiales de acceso al expediente fijadas a causa del COVID-19, garantizó el derecho al acceso al expediente de la investigación a CLARO, tanto en su versión física como digital, para que esta pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción, y lo cual se permitió desde el 18 – 127153 - - 54 del 3 de agosto de 2020, y reafirmado en los actuaciones y actos administrativos posteriores, fijando pautas racionales y cumplibles de acceso por parte de la investigada, pautas que fueron acatadas por los terceros interesados sin que por parte de ellos se haya presentado un incidente manifestando limitaciones de acceso al expediente. Nuevamente, tal como se advirtió en la resolución objeto de impugnación, la Entidad garantizó el derecho al debido proceso de claro a mediante la implementación de dos mecanismos de consulta que fueron advertidos, a pesar de las circunstancias creadas por el COVID-19:

- (1) consulta a través del aplicativo de consulta en línea condicionado al registro a la base de datos de la SIC para efectos de autorización, y;
- (2) Visita programada para revisión del expediente.

Sobre el primer mecanismo, se le informó a CLARO a través de los siguientes radicados: (i) 18-127153 - - 54 del 3 de agosto de 2020; (ii) 18 – 127153 - - 108 del 14 de octubre de 2020; (iii) 18 – 127153 - - 107 a 110 del 14 de octubre de 2020; (iv) Resolución 64874 del 2020; (v) 18-128153 - - 126 del 7 de abril de 2021; (vi) 18 -127153 - - 130 del 12 de abril de 2020, y (vii) 18-127153 - - 133 del 20 de abril de 2020, lo cual incluyó un acceso al expediente digitalizado a través del drive de Google de la entidad. Frente al segundo mecanismo, se le permitió el acceso al expediente, teniendo en cuenta las circunstancias especiales creadas por el COVID-19, en las siguientes fechas por solicitud propia de CLARO: (i) 5 de agosto de 2020 (Rad. 18 – 127153 - - 54 del 3 de agosto de 2020), y; (ii) 22 de abril de 2022 (Rad. 18 – 127 153 - - 133 del 20 de abril de 2021) a la cual no asistió, sin que presentar justificación para el efecto.

En conclusión, contrario a las manifestaciones del apoderado de la sociedad CLARO, no existió un cambio de procedimiento ni la imposición arbitraria de nuevos requisitos para el acceso al expediente, solo aquellos relacionados a las exigencias que estableció el Gobierno Nacional y la Superintendencia en materia de acceso y bioseguridad, y por el contrario se le garantizó, aun cuando no cumplió, una vez su representante legal realizó la solicitud particular, acceso al expediente digital; materializando el derecho fundamental al debido proceso de la investigada, con lo cual se garantizó también el mandato legal establecido por el C.P.A.C.A. en relación con el deber de la administración de habilitar el espacio idóneo para la consulta del expediente y documento, no existiendo bajo ninguna circunstancia una vulneración al debido proceso, sino una negligencia por parte de CLARO en cumplir su deber de consulta, razón por la cual su solicitud de la existencia al debido proceso resulta improcedente.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

(a) Inaplicación del principio del Non Bis In Ídem toda vez que las acciones aducidas por el recurrente son sancionatorias de distinta naturaleza.

El apoderado de la sociedad sancionada, en su escrito de impugnación bajo el radicado 18 - 127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio erró en la realizar la imputación de cargos mediante la resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, toda vez que: *“(. . .) en tanto se sanciona la vulneración de dos normas distintas basándose en los mismos hechos. Aun cuando los cargos fueron formulados de forma independiente y por supuestas faltas diferentes, esto es, vulneración al principio de finalidad y al principio de libertad y como fueron analizados por la entidad, reprochando una causa común, esto es no contar con el consentimiento previo para el tratamiento de los datos, los cuales, como previamente ya se explicó no corresponden a datos personales”*⁴¹; razón por la cual éste Despacho vulneró el principio de Non bis In Ídem, y por tanto, el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Cómo sustento a las afirmaciones arriba expuestas, CLARO manifestó lo siguiente: en relación al principio de finalidad, *“(. . .) la supuesta vulneración al principio de finalidad, la entidad al momento de hacer el reproche que en cualquier caso se reitera no puede ser censurado pue se está frente a datos personales (. . .)”*⁴² puesto que *“(. . .) el reproche que hace la Dirección respecto del principio de finalidad incluye simultáneamente en su análisis una supuesta vulneración al principio de libertad. Tan es así que, al inicio de su juicio frente a este cargo indica:*

“El artículo 4, literal (b) de la Ley 1581 de 2012, establece como principio orientativo de la actividad de recolección y tratamiento, el de finalidad, el cual obliga a los responsables a que “El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley, la cual deberá ser informada al titular”. De forma consecutiva, la misma norma en su artículo 17, literal (c), estableció el deber para el responsable del Tratamiento de los datos de: “informar debidamente al titular sobre la finalidad de la recolección y de los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada”.⁴³

El apoderado agregó que el *“(. . .) literal (C) del artículo 4 corresponde es al principio de libertad y no de finalidad, lo que demuestra que la autoridad en su análisis frente a la presunta vulneración al principio de finalidad hace reproches que son propios del segundo cargo imputado, esto es, la supuesta violación al principio de libertad”*⁴⁴. Lo cual, para el apoderado de la sociedad impugnante constituye una vulneración al principio del Non Bis In Ídem, toda vez que: (i) se trata de la misma persona imputada, CLARO; (ii) los hechos objeto de sanción, y; (iii) los motivos que dieron lugar a la sanción por parte de la SIC a través de la Resolución 35980 del 2020, esto es, la vulneración del principio de finalidad - fundamentado en el principio de libertad- y la vulneración al principio de libertad para el tratamiento de datos personales por parte de CLARO.

El apoderado de la sociedad concluyó sobre este punto lo siguiente: *“(. . .) aun cuando la Dirección investigó y sancionó a mi representada por una supuesta vulneración al principio de libertad para el tratamiento de datos personales, a su juicio, los mismos supuestos de hecho darían lugar para una sanción por una violación al principio de finalidad para el tratamiento de datos personales. Esta interpretación, tal y como se expuso previamente es contraria al principio de non bis in ídem y por consiguiente al debido proceso.”*⁴⁵

Dentro del ordenamiento jurídico Colombiano ha dispuesto que el principio de Non Bis in Ídem sea un elemento esencial del debido proceso, y a su vez como parte esencial del *ius puniendi* del Estado, permitiendo que los administrados tengan seguridad y certeza de que un hecho u acto por el cual ha sido previamente sancionado no sea base factual y jurídica para futuras sanciones de la misma naturaleza o jurisdicción; y que estos aplican en estricto cumplimiento de los elementos de: (i) identidad de la(s) persona(s); (ii) identidad del objeto u hecho, e; (iii)

⁴¹ Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 26 – 27.

⁴² Ibidem, p. 27.

⁴³ Op. Cit., p. 28.

⁴⁴ Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 28.

⁴⁵ Ibidem, p. 28.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

identidad de la causa. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho la claridad de que *“(. . .) la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho, a que alude el artículo 29 de la Constitución Política, no implica considerar que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza (. . .) sino **que la prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza**”*⁴⁶, tal como realizar la imputación doble sanción en razón de un mismo hecho generador, lo cual conllevaría a la vulneración del mencionado principio y por ende del derecho fundamental al debido proceso.

Teniendo en cuenta que el principio del *Non Bis in Ídem* es parte esencial del *ius puniendi* del Estado dentro de la cláusula del debido proceso, no debe olvidarse los otros principios rectores que regulan la actividad punitiva administrativa del Estado: (i) legalidad; (ii) proporcionalidad, (iii) independencia de la sanción de otro tipo de sanciones civiles y penales, y (iv) tipicidad. Con respecto a esta último principio, obliga al legislador dentro de su poder de configuración, alejado de la rigurosidad que exige la tipicidad penal, si lo obliga a la descripción de la conducta o del comportamiento que da a lugar a la aplicación de la sanción correspondiente, previa determinación de la sanción en concreto. Con respecto a la concretización del principio de tipicidad de la ley 1581 de 2012, esta se debe analizar desde el punto de vista de: (i) el artículo 4 de la ley 1581 de 2012 que estableció que: *“En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se aplicarán de manera armónica e integral, los siguientes principios”*, y; (ii) lo indicado por la Corte Constitucional en relación la aplicación del principio de tipicidad en la ley 1581 de 2012, así: *“(. . .) pese a la generalidad de la ley, es determinable la infracción administrativa en la medida en que se señala que la constituye **el incumplimiento de las disposiciones de la ley**, esto es, en términos específicos, la regulación que hacen los artículos 17 y 18 del proyecto de ley, en los que se señalan los deberes de los responsables y encargados del tratamiento del dato.*⁴⁷

De esta manera, debe entenderse que la aplicación de las infracciones disciplinarias establecidas en el artículo 23 deben ser interpretadas, cuando existe incumplimiento de los deberes contenidos para los responsables y/o encargados establecidas en los artículos 17 y 18, en conjunto, y de *“(. . .) manera armónica e integral (. . .)”* con los principios contenidos en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012. Por tanto, es posible la imputación por una conducta por incumplimiento en conjunto con los principios rectores del tratamiento de datos, ya que es posible una lectura sistemática de las normas que reglamentan la actividad de protección de datos, tal como indicó el artículo 4 en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional. Al respecto la misma Corte, ha establecido lo siguiente:

*“(. . .) definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las normas en blanco. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. Sobre los tipos en blanco, la Corte ha dicho esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el (. . .)”*⁴⁸ alcance de la conducta y la sanción correspondiente.

Con respecto a la doble utilización de un mismo principio para realizar la imputación por incumplimiento de un deber, esto resulta posible porque los principios ayudan a la interpretación y aplicación de la norma, más no constituyen la infracción por sí misma, ya que la imputación solo es posible por el incumplimiento de los deberes que le corresponden al administrado; siendo posible la imputación de un cargo donde se especifica el tipo en concreto junto con la ayuda interpretativa de un principio, y luego usar ese mismo principio para realizar la imputación de otro tipo con la misma finalidad interpretativa, sin que esta configuración constituya un vulneración al principio de non bis in ídem, y por ende al debido proceso, puesto que la vulneración se constituye cuando la administración imputa la misma

⁴⁶ Consejo de Estado [C.E.], Sala. Admin., marzo 12, 2002, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp. 1999 – 0228, An. Consejo de Estado [A.C.E.] (No.n/d, p. 1, 8).

⁴⁷ Corte Constitucional [C.C.] SentenciaC-748/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Gaceta de la Corte Constitucional [G. C. C.] (Vol. n/d, p. 40) (Colom.) (Interpreta el principio de tipicidad aplicable a la norma en concreto)

⁴⁸ Corte Constitucional [C.C.] Sentencia C-030/12, M.P. Luis Ernesto Vargas, Gaceta de la Corte Constitucional [G. C. C.] (Vol. n/d, p. 25) (Colom.).

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

conducta típica en dos ocasiones, más no el mismo principio orientador, en presencia los siguientes elementos. (i) identidad de la(s) persona(s); (ii) identidad del objeto u hecho, e; (iii) identidad de la causa. Así mismo, es posible que la administración puede, sin que esto genera vulneración al debido proceso, y por ende el citado principio del non bis in ídem, cuando de un mismo hecho generador se imputa cargos de dos normas distintas, o bien, dos tipos incluidos dentro de en un mismo cuerpo normativo.

En el caso en concreto, el apoderado de la sociedad sancionada, CLARO, indicó en su escrito de impugnación que la SIC:

“(. .) a través de la Resolución 67646 de 2021 vulnera el principio del non bis in ídem. Esto, en tanto se sanciona la vulneración de dos normas distintas basándose en los mismos hechos. (. .) Aun cuando los cargos fueron formulados de forma independiente y por supuestas faltas diferentes, esto es, vulneración al principio de finalidad y al principio de libertad y como fueron analizados por la entidad, reprochando una causa común, esto es no contar con el consentimiento previo para el tratamiento de los datos, los cuales, como previamente ya se explicó no corresponden a datos personales.

(. .) Así las cosas, es claro que en el reproche que hace la Dirección respecto del principio de finalidad, incluye simultáneamente en su análisis una supuesta vulneración al principio de libertad (. .):

Es de resaltar que el literal (C) del artículo 4 corresponde es al principio de libertad y no de finalidad, lo que demuestra que la autoridad en su análisis frente a la presunta vulneración al principio de finalidad hace reproches que son propios del segundo cargo imputado, esto es, la supuesta violación al principio de libertad. Esto, implica una vulneración al principio de non bis in ídem en la medida en que existe identidad:

- 1. En el sujeto incriminado: COMCEL S.A.*
- 2. Del objeto, es decir, de los hechos por los cuales fue sancionada mi representada, esto es, un supuesto incumplimiento al principio de libertad para el tratamiento de datos personales*
- 3. Al motivo de la iniciación del proceso que tal y como fue descrita en la Resolución 35890 de 2020 obedece a la supuesta infracción al principio de finalidad (incluyendo en sus fundamentos el principio de libertad) y al principio de libertad para el tratamiento de datos personales por parte de COMCEL S.A.*

En esa medida, aun cuando la dirección investigó y sancionó a mi representada por una supuesta vulneración al principio de libertad para el tratamiento de datos personales, a su juicio, los mismos supuestos de hecho darían lugar para una sanción por una violación al principio de finalidad para el tratamiento de datos personales. Esta interpretación, tal y como se expuso previamente es contraria al principio de non bis in ídem y por consiguiente al debido proceso.

Como ya se indicó, el artículo 4 de la ley 1581 de 2012, en conjunto con los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-748/11, constituye la imputación de cargos mediante la articulación entre principios y deberes, ya que es posible la aplicación armónica e integral, de la ley 1581 de 2012, o bien, el Régimen General de Protección de Datos Personales, y la utilización de principios y deberes, con una misma base fáctica, la ausencia de autorización previa, expresa e informada por parte de los titulares, siendo esencial que no se imputara cargos por un mismo deber de los contenidos en el artículo 17 de la ley 1581 de 2012. En ese sentido, es posible la utilización de un mismo hecho para la formulación diversos cargos que tengan el mismo elemento fáctico que encajen dentro del tipo específico, siempre y cuando no se realice una doble imputación -mismo cargo-, puesto que esto si configuraría una vulneración al principio de non bis in ídem, y por ende una vulneración al derecho al debido proceso.

Dicho lo anterior, es necesario aclarar que la Superintendencia de Industria y Comercio, en la formulación de los cargos, realizó una análisis al principio de libertad y de finalidad que dio por conclusión la ausencia de autorización en los términos establecidos por el Régimen General de Protección de Datos Personales, no significa que la imputación en cada cargo haya estado ligada a un mismo deber, sino a deberes independientes de los contenidos en

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

el artículo 17, esto es las obligaciones contenidas en los literales (b) y (c), y como ya se indicó la imputación debe estar hilada a un tipo específico, con la posible interpretación armónica con un principio, que puede o no, dar a lugar a la misma conclusión, la cual, en el caso en concreto, es la ausencia de pruebas que certifique que CLARO obtuvo de los titulares las respectivas autorizaciones previas, expresas e informadas, sin que ellos constituya una vulneración al principio al debido proceso.

La base argumentativa de CLARO, y de forma errónea, está encaminada exclusivamente indicar que en al contrastar dos principios -libertad y finalidad- y dos deberes, por una parte, el de solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la ley 1581 de 2012, copia de la respectiva autorización otorgada por el titular, y por otra parte, el informar debidamente al titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten en virtud de la autorización otorgada por el titular, con el hecho de que CLARO destinó los datos personales contenidos en la base de portabilidad numérica para una finalidad distinta, actividades de marketing y publicidad para la captación masiva de clientes de otros operadores, sin que existiera bajo ninguna circunstancia una autorización previa, expresa e informada por parte de los titulares, ni menos aún una aviso de sus derechos frente al cambio de finalidad o destinación de sus datos.

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta la ausencia de autorización por parte de los titulares cuyos datos personales se encuentran dentro de la base de portabilidad numérica, y que para los principios de libertad y finalidad, la autorización es el eje esencial de cumplimiento, el Despacho llegó a la misma conclusión para cada uno de los cargos sujetos a impugnación, sin que ello signifique una doble imputación, pues se le imputó cargos por el incumplimiento de dos deberes de forma independiente, que tiene como eje central la ausencia de autorización, expresa e informada, de los titulares de los datos de la base de portabilidad numérica, razón por la cual la conclusión para cada uno de ellos es similar en su redacción, no por ello implica una vulneración al debido proceso, específicamente al principio del non bis in ídem, más teniendo en cuenta que el apoderado de la sociedad solo hace un estudio parcial de cada uno de los cargos, y no de ellos en su totalidad, respectivamente. El único elemento presente en la supuesta doble imputación es la utilización del mismo hecho generador, que encajó en los dos tipos descritos y articulados con los principios mencionados, sin que esto constituya, nuevamente, en una doble imputación normativa, sino la imputación en concreto de dos cargos, de dos deberes distintos, que tienen como fuente un mismo hecho generador, sin que tampoco constituya una imputación doble.

Así las cosas, para que existiera un vulneración al debido proceso, y por tanto al principio de non bis in ídem, es necesario, como ya se explicó en su momento, que confluyan los siguientes elementos: (i) identidad de la(s) persona(s): Se trata de la sociedad Comunicación Celular S.A.; (ii) identidad del objeto u hecho: se trata de dos obligaciones dentro de un mismo cuerpo normativa que exigen, como elementos nucleares, la autorización del titular y ceñirse a las finalidades de autorizadas por el titular, y que en el caso en concreto no se cumplió, dando a lugar a la utilización del mismo hecho generador, para realizar la imputación de dos cargos del así como la misma conclusión, todo amparado por la ley 1581 de 2012, e; (iii) identidad de la causa: En este caso, se trata de una investigación sancionatoria establecida por los artículos 22 y 23 de la Ley 1581 de 2012, y reglada por el procedimiento administrativo sancionatorio del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde la imputación en concreto se hizo por el incumplimiento: (i) del principio de finalidad y el deber contenido en el artículo 17 literal (c), y; (ii) del principio de libertad y el deber contenido en el artículo 17 literal (b), cuya base fáctica conjunta es la ausencia de autorización por parte de CLARO, lo que es permitido por la norma y el derecho sancionatorio, puesto que, con base en un mismo hecho generador, es posible realizar la imputación por incumplimiento de deberes contenidos en una misma norma. Ahora, hay que recordar que si bien el Consejo de Estado estableció la prohibición frente a sanciones de una misma naturaleza, la imputación acá realizada no fue del mismo cargo en dos ocasiones, sino que el hecho generador de los cargos fue el mismo, llevando al Despacho a tener una misma conclusión en ambos casos, no constituyendo para tales efectos una vulneración del non bis in ídem.

Por tanto, no se cumplen los requisitos normativos para la configuración de la violación al derecho al debido proceso por vulneración al principio del *non bis in ídem*, ya que el

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

apoderado de la sociedad no probó su configuración, por lo que el argumento esgrimido resulta improcedente.

4.2. Indevida tasación y formulación de cargos por parte de la SIC:

(a) La imposición de la multa por parte de la SIC cumplió con el principio de tipicidad y los criterios objetivos finalidad, proporcionalidad y razonabilidad, protegiéndose el derecho al debido proceso de la sancionada.

(i) Cumplimiento del principio de tipicidad por parte de la SIC.

El apoderado de la sociedad recurrente, CLARO, manifestó en su escrito de apelación indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción desproporcionada al haberse infringido un principio, puesto que, en primer lugar, este constituye un estándar que debe ser observado, pero que no promueve una situación económica, política o social que se considera deseable, sino que es un requerimiento de la justicia o equidad con alguna dimensión de la moralidad jurídica, dado que los principios se distinguen de las reglas en que los primeros no tienen consecuencias legales por el desconocimiento de los preceptos fijados por el principio; las reglas pactan consecuencias legales sobre actos debidamente predefinidos. Por tanto, los principios sirven como elemento de interpretación de las reglas, motivar la modificación de las reglas, sustentar una excepción a la aplicación de una regla en un caso en concreto, articular los motivos para expedir nuevas reglas y delimitar el ejercicio de las facultades discrecionales de las autoridades públicas.

El apoderado de la sociedad recurrente agregó que *“(. . .) los principios jurídicos son una herramienta de interpretación para que el derecho alcance el balance entre certeza y flexibilidad, y por ello la aplicación de los principios se restrinja a los momentos de creación de nuevas reglas y a la aplicación de las existentes para asegurar una adecuada flexibilidad al cambiar reglas y evitar las consecuencias inesperadas e indeseadas de un régimen normativo inflexible.”*⁴⁹ Los principios contenidos en el artículo 4 de la ley 1581 de 2012 sirven específicamente para desarrollar, interpretar y aplicar dicha norma.

Por tanto, expuso el apoderado de la sociedad Claro en su recurso de reposición, que el principio de finalidad tiene como propósito generar un balance razonable entre el interés de los responsable de los registros y aquellos que proveen la información, permitiéndole a la persona que consigna los datos las consecuencias de revelar su información. Esta declaración de intención permite al interesado tener información sobre el propósito de la recopilación de datos *“(. . .) de modo que pueda evaluar los beneficios y riesgos de la divulgación y tomar una decisión informada. También evita que un administrador de registros use o divulgue información de formas que no estén de acuerdo con el propósito establecido para la recopilación de esos datos.”*⁵⁰

El apoderado de la sociedad indicó que la base de datos de portabilidad numérica permite al usuario, y cuando este lo haya solicitado, el cambio de proveedor de servicios de telecomunicación conservando el número. La información contenida en la base de datos de portabilidad numérica, de acuerdo con el artículo 2.6.2.1.4. de la Resolución C.R.C. 5050 de 2016, es de carácter público. Explica con respecto al proceso de portabilidad numérica lo siguiente:

*“El proceso de portabilidad numérica requiere la disponibilidad de la información necesaria para el enrutamiento de comunicaciones hacia números portados, lo que involucra información sobre si un número de teléfono celular existe o no. De esta manera verificar si un número existe o no, es esencial para cumplir con el propósito de la Base de Datos de Portabilidad, cuya única información es un listado de números que no permiten identificar a un individuo, y no constituye un dato sujeto de protección, como la misma Dirección lo reconoce.”*⁵¹

En relación con las condiciones regulatorias, y citando el Documento de consulta de Regulación de Infraestructura expedido por la C.R.C., el apoderado de la sociedad indicó

⁴⁹ Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 19.

⁵⁰ *Ibidem.* p. 20.

⁵¹ *Op.cit.* 20.

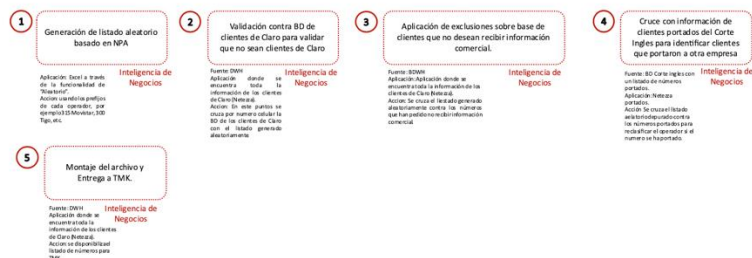
“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

que: “(. . .) en el mundo de hoy puede resultar sumamente complejo identificar (. . .) un usuario, un servicio o una red específica para lograr una comunicación, y por ello se requiere de esquemas técnicos que contengan reglas y estándares globales para el diseño, construcción y utilización de las diferentes redes de comunicaciones (. . .)”⁵².⁵³ La administración del sistema, el cual permite la identificación de un equipo, involucra un conjunto de regla de asignación de números contenida en el Plan Nacional de Numeración, y que en conjunto con el artículo 6.2.1.2.2., el cual entrega a los proveedores la serie de números NDC entre 300 y 399; y lo cual permite que dentro de los 10 dígitos que permiten conectarse a un dispositivo, se conozcan 3, lo que lleva a “(. . .) si se quisiera encontrar de manera aleatoria una conexión se deberían intentar 7 permutaciones de números, actividad que de acuerdo con la Superintendencia no sería objeto de reproche si el telemarketing se realizara de esa manera, pero la revisión de los simples números, sin información adicional que identifique a una persona concreta, que ya se conocen sí es objeto de sanción.”

De acuerdo con su escrito de apelación, el apoderado de la sociedad manifestó que el comportamiento encaminado a simplemente a descartar números aleatorios, no afecta el principio de finalidad, ni constituye una infracción al Régimen General de Protección de Datos Personales. CLARO explicó su proceso de identificación de número consistente en la generación de números aleatorios y sobre estos descartar, esto de sus propias bases de datos, y sobre esto, descartar. Todo en su propia base de datos, y con el lleno de los requisitos de la Ley 1581 de 2012, de aquellos que ya eran clientes de CLARO. La forma en que CLARO accedió a la información no representa una infracción a los deberes que le corresponde al administrador de bases de datos que contengan información personal, ya que Las consultas se hacían de las bases propias de CLARO.

PROCESO PARA GENERACION DE LISTADOS



De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la SIC comete un error al mantener en firme la Resolución 67646 de 2021, pues fijaría un precedente negativo al impedir que una persona pueda “(. . .) realizar llamadas de forma aleatoria, haciendo las combinaciones que desee sobre los 7 números pues lo censurable de acuerdo con la tesis de la autoridad es que dicho números con los que se hace la llamada se encuentren en un listado.”⁵⁴

Es así que, el apoderado de la sociedad indicó en su escrito de reposición que la diferencia entre principios y reglas cobran mayor importancia al analizar el principio de tipicidad de las sanciones, el cual establece que no puede haber una sanción por una conducta que no está previamente tipificada. Al Respecto cita la sentencia C-713/12, así:

“(. . .) el principio de legalidad exige: “(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable” y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad.

“(. . .) el principio de tipicidad se concreta a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto - la orden de observar

⁵² Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 20.

⁵³ Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 21.

⁵⁴ Ibidem. p. 22.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción - y de la sanción - la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto - y busca que la descripción que haga el legislador sea de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables, evitando de esta forma que la decisión sobre la consecuencia jurídica de su infracción, pueda ser subjetiva o arbitraria.

Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la “exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras. Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

- (i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;*
- (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley, y;*
- (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción;”*

El apoderado arguyó, nuevamente, que los principios son una categoría normativa con un alto grado de generalidad que no acarrea una consecuencia automática por su incumplimiento, y no describe una conducta específica, con lo cual no existe una conducta sancionable por parte de la administración. *“(. . .) incluso en materia sancionatoria administrativa, el legislador debe establecer una función, orden o prohibición y de manera genérica que el incumplimiento de ellas merece una sanción, pero en ese caso debe existir una descripción inequívoca por parte del legislador que la sanción se impone por incumplir esa orden o prohibición.”⁵⁵*

El apoderado de la sociedad concluyó con que, de acuerdo con el artículo 19 de la ley 1581 de 2012, las facultades de la Superintendencia en relación a la vigilancia se restringe al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada *“(. . .) por lo que la función de vigilar no implica las acciones de inspeccionar, solicitar documentos ni mucho menos controlar, que sí implican la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones.”⁵⁶* El abogado de la sociedad CLARO documento de reposición concluyó que un principio *“(. . .) no contiene un deber, orden o prohibición alguna, ya que su nivel de generalidad es alto y no contempla ni prescribe una conducta específica, por lo tanto, sancionar administrativamente la violación de un principio sin que este se encuentre atado a un deber legal, constituye una violación al principio de legalidad de las sanciones que no es permitido constitucionalmente.”⁵⁷*

El principio de tipicidad establece que los operadores jurídicos, incluyendo la administración en ejercicio de su función disciplinaria reglamentaria solo pueda realizar imputación sobre tipos debidamente tipificados por parte de legislador, no pudiendo, por regla general, realizar imputaciones por remisión normativa. Sin embargo, si bien la regla general es la tipificación expresa de la conducta sujeta sanción y la prohibición de realizar remisión normativa, es necesario indicar que la ley 1581 de 2012 en su artículo 2, estableció que el ámbito de aplicación así: *“Los principios y disposiciones contenido serán aplicables a los datos personales registrados a cualquier base datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.”* Así mismo, el artículo 4 de la misma norma indicó que: *“En el desarrollo, interpretación, y aplicación de la presente ley, se aplicarán, y de manera armónica e integral, los siguientes principios”;* del anterior lenguaje se puede colegir que en la aplicación e interpretación de la ley 1581 de 2012, los cuáles se materializan en los deberes de inspección, control y vigilancia de la SIC, es posible realizar la imputación de

⁵⁵ Op. cit. p. 24.

⁵⁶ Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 24.

⁵⁷ Ibidem, p.24.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

cargos mediante la interacción-remisión entre principios y deberes que le corresponden tanto a los responsables como a los encargados cuando existen hechos que se enmarquen en un incumplimiento del Régimen General de Protección de Datos Personales.

Con respecto a lo anterior, contrario a la cita realizada por parte del apoderado de la sociedad CLARO de la sentencia C-713/12, y la cual resulta inadecuada para realizar el análisis sobre tipicidad en materia de protección de datos, es necesario traer a colación lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-748/11 al referente:

“En relación con el principio de tipicidad, encuentra la Sala que pese a la generalidad de la ley, es determinable la infracción administrativa en la medida en que se señala que la constituye **el incumplimiento de las disposiciones de la ley**, esto es, en términos específicos, la regulación que hacen los artículos 17 y 18 del proyecto de ley, en los que se señalan los deberes de los responsables y encargados del tratamiento del dato. (. . .)

“Por último debe insistirse que en el ámbito propio del derecho administrativo sancionador, la tipicidad de la falta se acredita cuando la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable, a partir de la aplicación de otras normas jurídicas. En el caso propuesto, el listado de obligaciones y deberes predicables de los operadores, las fuentes y los usuarios, que ofrece la legislación estatutaria otorgan un marco suficientemente definido para la identificación precisa de las faltas”.

En ese sentido, teniendo en cuenta lo establecido por la norma y lo interpretado por la Corte Constitucional, es posible la interpretación y aplicación de la norma interrelacionando los principios, remisión normativa, con los deberes establecidos en los artículos 17 y 18 de ley 1581 de 2012, sin que ellos impliquen una ausencia de tipificación o indebida tipificación.

En el caso en concreto, el apoderado de la sociedad indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio erró en la formulación de cargos en tanto realizó la imputación de cargos realizada, y la integración de los principios, cuya finalidad son meramente orientativos, y con los deberes, que en el caso en concreto no se incumplieron, ya que no realizó un unos indebido de la base de datos de portabilidad numérica, sino una que utilizó un mecanismo propio que permitía la predecir, de los indicativos asignados a los operadores, los números telefónicos de los usuarios de los titulares inscritos a dichos operadores, previa filtración a través de una base de datos propia. Aun así, la sola formulación de cargos en este sentido no tiene fundamento, en tanto solo se tiene como sustento normativo los citados principios, y limitando la posibilidad de *“(. . .) realizar llamadas de forma aleatoria, haciendo las combinaciones que desee sobre los 7 números pues lo censurable de acuerdo a la tesis de la autoridad es que dicho números con los que se hace la llamada se encuentren en un listado.”*⁵⁸

La argumentación presentada por parte del apoderado de la sociedad CLARO es errada, en tanto: (i) se respetó el principio de tipicidad, toda vez que de acuerdo con los artículos 2 y 4 de la Ley 1581 de 2012, y lo expuesto por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-748/11, es posible la imputación de cargos, siempre que se cite el deber vulnerado, haciendo referencia a uno de los principios orientadores del tratamiento de datos, y lo cual ocurrió en el caso en concreto debido a que la imputación fue tal como constan en la resolución de imputación de cargos y resolución de integración y práctica de pruebas. Por tanto se respetó, y se garantizó en cada una de las etapas de la investigación administrativa sancionatorio el principio de tipicidad; (ii) la finalidad de la base de datos de portabilidad numérica si fue vulnerada, toda vez que existe prueban dentro del expediente, aportadas por CLARO, donde se indica que dentro del proceso de formación de la base de datos para las llamadas para prospección comercial y marketing masivo, se incluyó dentro de los pasos, específicamente en el paso 4, la revisión de la base de datos administrada por Inetum, y que por confesión espontánea posterior por parte de CLARO, se determinó que era la base de portabilidad numérica; por tanto, si hubo un incumplimiento a la finalidad específica de dicha base de datos que dio lugar a la vulneración a los principios y deberes consagrados en la L.1581/12,

⁵⁸ Ibídem. p. 22.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

art. 4(b) y 17 (c), por La presunta vulneración, en su calidad de Responsable, del principio de finalidad y el deber de informar de forma debida sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada; y L.1581/12, art. 4(c) y 9, y 17 (b), D.1377/13, arts. 5, 7, y 8 -incorporado en el D.1074/15-), por la presunta vulneración, en su calidad de Responsable del principio de libertad (L.1581/12, art. 4(c)) y el deber de solicitar y conservar copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular, y; (iii) finalmente, las quejas presentadas por terceros manifestando que funcionarios de CLARO, así como su call center tercerizados, los contactaron para efectos de prospección comercial sin la debida autorización previa, expresa e informada, que sumado con los demás elementos arriba descritos permitió al Despacho hacer una correcta imputación de cargos en estricto cumplimiento del principio de tipicidad.

En suma, debido a que este Despacho si cumplió con el principio de tipificación establecido para la actividad regulatoria y sancionatoria de la SIC en materia de protección de datos personales de acuerdo con los argumentos anteriormente presentados, procede a desestimar las pretensiones del

(ii) Cumplimiento de los criterios objetivos finalidad, proporcionalidad y razonabilidad en la dosificación de la multa, garantizando el derecho al debido proceso de la sancionada.

El apoderado de la sociedad CLARO mediante su escrito de apelación indicó en relación con la graduación de la sanción, que la SIC supuestamente tomó en consideración los criterios de dosificación de las sanciones por la vulneración a la ley 1581 de 2012:

- a) *La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la presente ley;*
- b) *El beneficio económico obtenido por el infractor o terceros, en virtud de la comisión de la infracción;*
- c) *La reincidencia en la comisión de la infracción;*
- d) *La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio;*
- e) *La renuencia o desacato a cumplir las órdenes impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio;*
- f) *El reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar .”⁵⁹*

Con base en la citación de los criterios de graduación, pasó a exponer que lo siguiente en relación con el proceso de tasación de la multa por parte de la SIC, así:

“Como previamente se explicó, los hechos que analizó la Dirección y por los cuales decidió imponer una sanción en contra de COMCEL parten de un error que a su vez es utilizado para la graduación de la sanción, esto es, mi representada no hizo uso de datos personales para fines comerciales. De esta forma, el análisis propuesto para indicar “la dimensión del daño” resulta incorrecto. Sobre el particular la entidad adujo:

‘En el caso en concreto, frente al literal (a), tal como ya se indicó, la utilización de la bases de datos de portabilidad numérica con una finalidad distinta y sin la autorización de los titulares de los datos personales allí recolectados es una afectación grave, no solo para el Régimen de Protección de Datos, sino para los derechos fundamentales de los titulares como sujetos especiales de protección del Régimen, en tanto, como ya se advirtió en su momento, CLARO realizó para titulares inscritos en el operador AVANTEL, solo en el período de julio de 2020 hasta la fecha en que se presentaron los Descargos, 5.658.820 llamadas no autorizadas utilizando los datos contenidos en la base de datos de portabilidad numérica’

Nótese como la Dirección aduce que el supuesto daño ocasionado por COMCEL se relaciona directamente con una infracción al régimen de protección de datos personales y los derechos fundamentales de los titulares de datos personales, que se reitera no fueron usados en ningún momento por COMCEL. De esta forma, la graduación que hace

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

la autoridad en punto al daño ocasionado no corresponde a la realidad y no se adecue a los supuestos analizados por la dirección.

Por otro lado, en lo que refiere al literal (b) del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012, esto es, la ganancia o beneficio económico generado por el infractor, la dirección indicó:

“En cuanto al literal (b), o la ganancia o beneficio económica generado por parte de Claro, es necesario recordar nuevamente que la portabilidad numérica para los titulares es gratuita, y no debe generar costos en su solicitud, ya sea por el operador receptor o el donante; pero si genera costos de implementación y funcionamiento para los operadores que no deben ser cargados a los titulares, y cuya finalidad, es solo para efectos de la portabilidad, por lo que no puede ser utilizada para otros efectos. Sin embargo, Claro generó, posiblemente buscando un retorno a la pérdida de clientes por el efecto de la posibilidad de la portabilidad y los costos de operatividad del ADB, un proceso de capitalización de la base de datos a través de la captación masiva de clientes a través de telemercadeo, por lo que se generó mensualmente millones de llamadas desde el 2018.”

Ahora, si se tiene en cuenta, solo para efectos de los titulares de Avantel, el promedio de llamadas mensual reportado para el mes de abril de 2021, esto es 232.426 llamadas, y el promedio de planes post-pago más económicos ofrecidos por Claro, esto es \$55.900, y que tan solo el 5% de los titulares llamados, sin autorización expresa, esto es 11.621 titulares, hubiesen migrado, se tendría un ingreso operaciones mensual para Claro de \$649.630.670, suma la cual multiplicada por hasta la fecha de esta sanción le generaría, un ingreso total desde abril de 2021, de: \$2.598.522.680. Ahora, si se tiene en cuenta que, si la operación se hubiese realizado dentro del número de llamadas mensuales que Claro reportó, 100.000 llamadas al mes, y se le aplica la misma operación anteriormente expuesta, se tiene como ingresos operacionales mensual, con solo el 5% de éxito en la portabilidad, un valor correspondiente a \$279.500.000, lo cual multiplicado por el tiempo en que se ejecutó la conducta 2018 a 2021 -48 meses-, asciende a un total de \$13.416.000.000, en promedio; lo que resulta solo ser un estimado para efectos económicos a favor de Claro desde 2018, año en que se reportó la operación ilegal.”⁶⁰

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el apoderado de la sociedad CLARO indicó en su escrito de impugnación que la argumentación utilizada por parte de este Despacho se basa en supuestos no probados, puesto que no existe un sustento probatorio para indicar: (i) [que] *“Claro generó, posiblemente buscando un retorno a la pérdida de clientes por el efecto de la posibilidad de la portabilidad y los costos de operatividad del ADB, un proceso de capitalización de la base de datos a través de la captación masiva de clientes a través de telemercadeo, por lo que se generó mensualmente millones de llamadas desde el 2018”⁶¹*, y; (ii) *“(. . .) aduce sin conocer las políticas de generación de ingresos de COMCEL que buscó compensar las supuestas pérdidas generadas por el proceso de portabilidad a través de lo que la autoridad denominó “un proceso de capitalización de la base de datos”⁶²*, y (iii) *“(. . .) propone un cálculo de ganancias generadas con las llamadas que realizó COMCEL a números AVANTEL. No obstante, no se entiende, porque no hay fundamento para tal, como la Dirección puede concluir que 11.621 titulares AVANTEL habrían migrado a COMCEL, generando un ingreso operaciones mensual de \$649.630.670.*

En ese mismo sentido, hace una evaluación de la tasación de la multa de acuerdo con los criterios fijados por el artículo 24 de la ley 1581 de 2012, así:

“(. . .) la autoridad también indicó que “los criterios de graduación de la sanción señalados en los literales (c), y (d) del artículo 24 de la Ley 1581 de 2008 no serán tenidos en cuenta debido a que: (i) no hubo reincidencia en la comisión de la infracción; (ii) no hubo resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora de la SIC” absteniéndose así de pronunciarse frente a los literales (e) y (f) del artículo 24. Esto, pese a que la misma Dirección indicó que para

⁶⁰ *Ibíd.* p. 32.

⁶¹ *Op. Cit.* 32.

⁶² Radicado 18 -127153 - - 153 del 16 de noviembre de 2021, p. 32.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

graduar la sanción debía analizar la totalidad de criterios dispuestos en el mencionado artículo.”⁶³

Concluyó con que los criterios realmente analizados por parte de este Despacho para graduar la sanción fueron los literales (a) y (b) del artículo 24 de la ley 1581 de 2012, y que el análisis respectivo es incorrecto o carecen de fundamento alguno. De igual forma, el Despacho se abstuvo de pronunciarse sobre los literales (e) y (f), los cuales, de haberse tenido en cuenta, serían a favor de CLARO, pues hubiesen tenido un impacto positivo sobre la multa impuesta, por lo que la multa de \$950.000.000 impuesta por la SIC carece de justificación.

La tasación de la multa por parte de la Entidad, en materia del Régimen General de Protección de Datos Personales, se realiza de acuerdo con los criterios fijados por los artículo 24 y 25 de la ley 1581 de 2012, y lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-748/11, a saber:

“Este precepto se ajusta a la Constitución, en la medida en que corresponde al legislador establecer parámetros para las autoridades, al momento de aplicar determinada sanción, puedan hacer graduaciones dependiendo de factores o circunstancias del investigado o de su actuación. En ese sentido, el precepto analizado consagra en sus primeros 5 literales, circunstancias de agravación de la sanción, mientras el último, el literal (f) consagra una causa de disminución”.

Lo anterior, contrastado con lo expuesto por el apoderado de la sociedad recurrente, permite a este Despacho determinar que la aplicación de los literales (c), sobre la reincidencia de la comisión de la infracción, y (d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio, no fueron tenidas en cuenta porque, en el caso en concreto, no existió, y no existe evidencia dentro de la actuación, de la comisión de tales actos por parte de CLARO. Por lo tanto que sería vulneratorio al debido proceso de CLARO por la aplicación de criterios de agravación punitiva, sin que exista hechos o evidencia que respalde dicha evaluación. Ahora, en cuanto la aplicación a favor de CLARO del literal (e), sobre la renuencia o desacato a cumplir las órdenes impartidas por la Superintendencia de Intendencia de Industria y Comercio, y el literal (f) sobre el reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición a que hubiere lugar; sobre el literal (e), al ser un agravante punitivo, no un atenuante de responsabilidad, no puede ser considerado a favor de CLARO dado que: (i) no existió tal renuencia como ya se manifestó anteriormente; y (ii) su aplicación, bien lo explicó la Corte Constitucional tiene como función exclusiva ser un agravante punitivo, y mal haría este Despacho desviar su propósito a favor de CLARO, cuando no existió el acto de desacato o renuencia, y por dicha inexistencia no puede funcionar como criterio a favor del investigado al momento de dosificar la sanción, pues desdibujaría la finalidad del criterio como agravante, por lo que la inexistencia de la conducta conlleva solamente a que no sea considerada como parte de la evaluación como agravante punitivo, y no a favor como pretende el apoderado de CLARO.

Ahora, con respecto a lo expuesto por el apoderado de la sociedad CLARO en relación al literal (f) del artículo 24 de la ley 1581 de 2012, en el expediente no existe prueba o declaración expresa por parte de CLARO que utilizaron la base de datos de portabilidad numérica para efectos de marketing masivo o prospección comercial, y el reconocimiento que realizaron al expediente a través de los radicados 18-127153 - - 31 al 34 del 4 de junio, fue posteriormente negado a través de los alegatos de conclusión, presentados a través del radicado 18-127153 - - 135 del 22 de abril de 2021, indicado que la base de datos a que se hacía alusión era una base de datos propia, sin que existiera una implicación de las bases de datos administradas por el Inetum (antes el “Corte Inglés”), por lo que no es posible reconocer el literal (f) como un atenuante punitivo a favor de CLARO, dado que: (i) la manifestación de CLARO respecto al uso de la base de datos administrada por Inetum se debió a que pretendió negar el uso de la base de datos positiva y negativa de IMEI, reconociendo, para luego negar nuevamente, el uso de la base de datos de portabilidad numérica; (ii) el reconocimiento hecho fue espontáneo, no tendiente a la disminución de la sanción, sino como una maniobra argumentativa para desviar el foco de la investigación realizada por la Superintendencia, la cual, en un principio se enfocó en el uso de la base de datos positiva y negativa de IMEI, y

⁶³ Ibidem, p. 32.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

dada esa misma declaración, viró al uso de las bases de datos de portabilidad numérica; por lo que no es posible utilizar el literal (f) a favor de CLARO.

Por otra parte, en relación con la aplicación de los criterios objetivos de finalidad, proporcionalidad y razonabilidad es necesario indicar, en primer lugar, que la multa impuesta a CLARO es el resultado del análisis del daño y/o puesta en peligro de los intereses jurídicos protegidos por el Régimen General de Protección de Datos, esto es el derecho de las personas a que: (i) que se les informe la finalidad del tratamiento de la información, y; (ii) se les solicite autorización previa, expresa e informada, para el tratamiento de su información, las que constituyen las piedras angulares de la protección de datos personales en Colombia, teniendo en cuenta su consagración constitucional en el artículo 15 en la cláusula de “conocer”, que reconoce que las personas puedan tener conocimiento pleno del cómo, cuándo, dónde y quién realiza el tratamiento de su información, y que esta se realice de acuerdo con la autorización otorgada, la cual, siempre debe hacer una descripción detallada de las finalidades del tratamiento, negar este derecho, el de conocer resulta una vulneración no solo del Régimen General de Protección de Protección de Datos, sino un derecho constitucionalmente reconocido.

De este modo, al utilizar los datos personales incluidos en la base de datos de portabilidad numérica, cuya finalidad está establecida por la C.R.C. R.5050/16, para efectos de prospección comercial y marketing masivo, entre los períodos contemplados entre 2018 y 2021, llevo a una vulneración clara de los derechos consagrados para millones de titulares por parte del Régimen de Protección de Datos, sino también de los preceptos erigidos como elementos de especial protección para la Constitución. A lo cual se le aúna que, siendo el primer caso en su categoría, uso de la base de datos de portabilidad numérica por parte de un PRSTM, es claro que el análisis de la administración representada por la SIC no puede tener un comparativo previo, por lo que el resultado de imputación sancionatoria, teniendo en cuenta los criterios del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012, y la cantidad de datos personales involucrados, los de millones de colombianos, dio como resultado la imposición de una multa equivalente a NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$950.000.000).

A lo anterior se le suma la evidencia presentada por AVANTEL sobre la cantidad de llamadas realizadas por parte de CLARO, y aportadas al expediente por parte de AVANTEL mediante el radicado 18-127153 - - 132 del 19 de abril de 2021, indicando una afectación de 5.658.820 titulares inscritos en sus diversos planes de telefonía celular; a lo cual se le suma el hecho notorio⁶⁴ de las tarifas de telefonía celular vigente entre los períodos entre 2018 a 2020, las cuales promediadas, y luego multiplicadas por el número de afectados, da a un total de suma presuntiva entre 2018 a 2021 de \$13.416.000.000, sobre lo cual el apoderado de CLARO solo indicó que este Despacho desconoce los procesos propios de la compañía para realizar el recaudo de dineros, por lo que la conclusión del Despacho le resulta infundada, sin aportar pruebas para controvertirla.

En relación con la tasación de la multa, es necesario traer a colación lo expuesto por parte de la apoderada de la sociedad TIGO en su recurso de reposición presentado mediante el radicado 18 – 127153 - - 151 del 10 de noviembre de 2021, manifestando lo siguiente:

“(. .) Colombia Móvil considera que la sanción impuesta al infractor COMCEL debió corresponder a la más alta consagrada en el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012, equivalente a 2.000 SMMLV, pues existen argumentos suficientes para determinar que la conducta desplegada por COMCEL es lo suficientemente grave para hacerse acreedora de dicha sanción, tal y como la misma SIC enfatizó a lo largo de la resolución recurrida.”⁶⁵

Para sustentar lo anterior, la apoderada de TIGO indicó que: (i) *“COMCEL realizó para usuarios inscritos a COLOMBIA MÓVIL y otros operadores más de 7 millones de llamadas no autorizadas utilizando los datos contenidos en la base de datos de portabilidad numérica, lo que de entrada configura suficientemente el cumplimiento del criterio contenido en el literal*

⁶⁴ Consejo de Estado [C.E.], Sec. Primera, M.P. Guillermo Vargas Alaya, Sentencia 25000-23-24-000-2005-01438-0 (An. C.E. t. 10, p.12.) (Colom.) (citando los criterios de hecho notorio, los cuales son: (1) no se requiere conocimiento universal; (2) no se requiere que todos lo hayan presenciado, y basta que personas de mediana cultura lo reconozcan; (3) el hecho puede ser permanente o transitorio, lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan, y (4) deber ser alegado en materia civil, toda vez que en materia civil no se requiere, pero debe tenerse en cuenta cuando favorece al procesado.

⁶⁵ Radicado 18 -127153 - - 151 del 10 de noviembre de 2021, p. 6.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

a del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012.⁶⁶; (ii) “. . .) la SIC realiza un ejercicio matemático respecto a los ingresos que pudo obtener COMCEL de las llamadas efectuadas, limitándose únicamente a las que se hicieron a AVANTEL, dejando de lado el 1.6 millones de llamadas efectuadas a usuarios COLOMBIA MÓVIL, lo que incrementaría proporcionalmente el beneficio económico de \$13.416.000.000 mencionado por la SIC (. . .)”⁶⁷, y; (iii) CLARO tiene una posición dominante en el mercado de “Voz Saliente Móvil”, lo que supone una ventaja sobre los demás PRSTM.

Sobre este particular, es necesario indicar que no se tuvo en cuenta los 1.6 millones de llamadas efectuadas por parte de CLARO a usuarios TIGO porque esta manifestación no se realizó posterior a la imposición de la multa pecuniaria, y mal haría la SIC tenerla en cuenta en este estadio de la investigación para agravar la sanción impuesta a la sociedad CLARO, vulnerando su derecho constitucional al debido proceso, específicamente al principio de *non reformatio in pejus*⁶⁸, el cual impide a la administración reformar en contra del administrado la decisión ya tomada. La SIC no tuvo pruebas de la manifestación de TIGO sobre la afectación de sus titulares, por lo que el cálculo se realizó sobre las cifras presentadas por AVANTEL, sin que esto implique que haya podido existir un número mayor de afectados, pero esto no es posible de declarar por ausencia de pruebas dentro de la actuación, por lo que la solicitud de TIGO de modificar la sanción por una más gravosa resulta improcedente.

En segundo lugar, la sanción impuesta por la Resolución 67644 del 20 de octubre de 2021 fue proferida por parte de este Despacho con estricta observancia de los principios que rigen las actuaciones administrativas contenidas en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Razón por la cual la decisión impartida a través de la resolución impugnada se ajusta a derecho, en tanto fue producto de la aplicación de los preceptos adecuados, constitucionales, legales y reglamentarios, que llevaron, en conjunto con los elementos fácticos y probatorios propios del caso a concluir que CLARO: (i) Utilizó una base de datos de portabilidad numérica que contiene datos personales privados; (ii) contactó a los titulares, cuyos datos personales privados, sin la autorización previa, expresa e informada, y; (iii) no le informó la finalidad del tratamiento, desconociendo la finalidad original destinada por la ley para la base de datos de portabilidad numérica, lo que constituye sin lugar a dudas una vulneración grave, dada los millones de datos personales implicados, al Régimen General de Protección de Datos Personales en Colombia.

En tercer lugar, es necesario indicar que las sanciones -multas y/o ordenes- que se imponen dentro de las actuaciones administrativas sancionatorias de la SIC en materia de protección de datos personales no son de carácter resarcitorio, es decir, no tienen un carácter civil compensatorio a favor del afectado; sino de una responsabilidad administrativa derivada del desconocimiento de los derechos de los titulares y de los deberes que le corresponde como responsable del tratamiento, y que en el caso en concreto, dada la gravedad de la vulneración, y en aplicación de los criterios objetivos de dosificación, dio lugar a la imposición de una multa pecuniaria cuya finalidad anterior es el cumplimiento del Régimen General de Protección de Datos Personales, y cuya finalidad última es proteger las garantías constitucionales de los titulares cuyos datos contenidos en la base de portabilidad numérica fueron indebidamente utilizados por parte de CLARO, además de desincentivar .

Aunado a lo anterior, la visión reduccionista de CLARO sobre la poca importancia que tiene la vulneración de los derechos de millones de titulares, no le permite dimensionar que su actuación no solo puso en riesgo dichos derechos, sino los derechos de la totalidad de la sociedad Colombiana, pues permitir que esta actuación continúe, es consentir la posibilidad de que otros PRSTM, en ausencia de reproche ejemplar por parte del regulador, actúen en el mismo sentido. De esta manera, la sanción objetivamente impuesta, tiene como finalidad

⁶⁶ Ibidem, p. 7.

⁶⁷ Op. Cit. p. 7.

⁶⁸ Corte Constitucional [C.C.] Sentencia T-033/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Gaceta de la Corte Constitucional [G. C. C.] (Vol. n/d, p. 4) (Colom.) (hace referencia a la aplicación del principio del non reformatio in pejus: la no “reformatio in pejus” un principio general de derecho y una garantía constitucional del debido proceso es aplicable a todas las actividades del Estado que implique el ejercicio de su poder sancionatorio. La prohibición de la reformatio in pejus tiene plena aplicabilidad en materias administrativas, tanto en el agotamiento de la vía gubernativa como en el desarrollo del procedimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, circunstancia que se origina en la interpretación armónica y sistemática de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, logrando de esta manera hacer efectivo el derecho al debido proceso y por ende de los demás principios y derechos constitucionales que guardan correspondencia con dicha institución jurídica. De suerte que la congruencia y la prohibición de la no reformatio in pejus, limitan la actuación de la Administración en aras de la transparencia, legalidad y garantía en la actuación administrativa.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

última evitar la continuidad de la conducta y constituir un elemento persuasivo para otros PRSTM de no actuar en el mismo sentido. Por tanto, existió una vulneración flagrante a los derechos humanos de millones de titulares cuyos datos personales de carácter privado estaban contenidos en la base de datos de portabilidad numérica, lo cual es un hecho probado dentro de la actuación que permitió a este Despacho a la imposición de una multa pecuniaria sin acudir a razonamientos abstractos, como los presentados parte del Apoderado de CLARO, para justificar el vulneración de una normativa cuyo propósito es la protección de los derechos constitucionales de los Colombianos.

Finalmente, es necesario recordarle al apoderado de la sociedad CLARO que la Declaración Universal de los Derechos Humanos *“el desconocimiento o menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie (. . .) para la conciencia de la Humanidad”*⁶⁹, por lo que resulta *“esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho”*⁷⁰, lo cual es el elemento básico de la democracia, la protección de los derechos individuales para su ejercicio colectivo. Por tanto, y la SIC es reiterativa en este punto, la violación de Derechos Humanos es una conducta gravísima que no solo atenta con los intereses de los individuos, sino contra los intereses de la sociedad en general, y que en el caso en concreto, no se puede obviar su gravedad y la necesidad de una sanción ejemplarizante tendiente a la no repetición de la actuación, de lo cual se puede predicar el cumplimiento de los principios de finalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la multa impuesta a CLARO por el uso indebido de la base de datos de portabilidad numérica.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el Despacho desestima los argumentos presentados por el apoderado de CLARO y TIGO, respectivamente, y en relación con la tasación de la multa impuesta en la resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, confirmando su tasación.

4.3. Otros argumentos presentados por los recurrentes:

(a) Remisión de la resolución a la Delegatura para Protección de la Competencia.

La Apoderada de la sociedad AVANTEL S.A.S. -en reorganización- (“AVANTEL”), en la sección 2.1. de su escrito de impugnación, presentado a través de radicado 18 – 127153 - - 152 del 11 de noviembre de 2021, manifestó su inconformidad con respecto a la resolución 67646 de 2021 debido a que el Despacho no reconoció la existencia de la vulneración al Régimen Colombiano de la Competencia por no estar dentro de sus competencias funcionales; sin embargo, si evidenció una posible afectación, razón por lo cual, en el marco de sus funciones, debió remitir la decisión a Delegatura para la Protección de la Competencia para que ejerza sus facultades legales en materia de libre competencia, y lo cual no se vio reflejado dentro la parte resolutive de la mencionada, razón por la cual no hubo remisión a la encargada funcional de dirimir si existe o no una vulneración al Régimen de Competencia Desleal en Colombia.

Al respecto es necesario indicar que este Despacho no erró en no incluir en artículo 9 de la parte resolutive de la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021 la remisión de la misma a la Delegatura para la Promoción de la Competencia, puesto que la actuación administrativa tuvo como origen en una denuncia presentada por parte de TIGO, mediante el radicado 18 - 127153 - - 0 del 24 de abril de 2018, al entonces Delegado para la Promoción de la Competencia, y el cual remitió la denuncia a este Despacho mediante el radicado 18-127153 - - 5 del 6 de agosto de 2018, por lo cual resultaría inocuo devolver, aun cuando está dentro de sus competencias, una actuación que fue remitida por dicha Delegatura cuando no la consideraron de su competencia, y las remisiones ordenadas dentro del artículo 9 del recurrido obedecen a aquellas autoridades que contempladas por el artículo 2.6.9.1. de la C.R.C. R.5050/16, excluyendo a la Delegatura para la Promoción de la Competencia, dado que la investigación tiene su origen en esta misma, y fue esta, como ya se explicó, la que remitió la actuación a este Despacho.

Por tanto, no existió por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio , tal como lo afirma la apoderada de la sociedad AVANTEL, un error al no remitir copia de la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021 al Delegatura para la Promoción de la Competencia de esta

⁶⁹ O.N.U., Declaración Universal de los Derecho Humanos (1948).

⁷⁰ Ibidem.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

Entidad. De querer que dicha Delegatura adelante una investigación dentro del marco de las funciones, con base en las conclusiones encontradas en la presente actuación, le recomendamos interponer una denuncia formal donde se aporte copia integral de la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, para que esta dictamine si existe mérito o no para realizar la apertura de una actuación administrativa tendiente a determinar si existió una vulneración al Régimen Colombiano de Protección de la Competencia, incluyendo, si existió abuso de su posición dominante en el mercado de telefonía celular en Colombia.

En conclusión, este Despacho desestima la solicitud de la apoderada de AVANTEL en tanto la denuncia que dio origen a esta actuación fue remitida de forma directa por la Delegatura de Promoción a la Competencia, por lo que este Despacho no encuentra razón para remitir nuevamente a su Delegatura de origen.

(b) Sobre el supuesto uso por parte de CLARO de las bases de datos Positiva y Negativa de Portabilidad Numérica y Roaming Internacional.

La apoderada de la sociedad AVANTEL, mediante su escrito de impugnación en contra de la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, y presentada a través del radicado 18 – 127153 - - 152 del 11 de noviembre de 2021, indicó que el acto de imputación de cargos dentro del expediente de la referencia se hizo mención del uso de la bases de datos administrativa Positiva de hurto de celulares, en la cual reposa la totalidad de los IMEI de los equipos ingresados legalmente a Colombia. De acuerdo con la apoderada, la SIC hizo un análisis escueto respecto al uso de la mencionada base de datos, puesto que no llegó a ninguna conclusión en referencia al uso de la base de datos por parte de CLARO, y que en ausencia de pruebas y manifestación en contrario se debió tomar como ciertos los hechos dichos hechos.

Frente a esta afirmación, es necesario aclarar que este Despacho si se manifestó al referente en la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, explicando las razones por las cuales moduló su postura del entonces presunto uso por parte de CLARO de la base positiva y negativa de registro de IMEI al probado uso de la base de portabilidad numérica, en los siguientes términos en la sección 7.1.2.:

“(. . .) En referencia al mecanismo de acceso a las bases de datos negativa y positiva para los PSRTM, el Corte Inglés, en respuesta a la solicitud de información realizada en la etapa de pruebas, indicó que “ofrece la solución cliente llamada MobLystNode o SRTMNode, software que permite al operador móvil interactuar con el ente central de IMEIs para el intercambio de mensajería para dar cumplimiento a los distintos procesos regulatorios para el control de hurto de terminales en base de datos positiva y negativa.” En este punto es necesario aclarar que la SIC debe modular su posición en referencia a la imputación de cargos, por cuanto el aplicativo para acceder a las bases de datos positiva y negativa, no es PORTANODE, sino MobLystNode o SRTMNode, por lo que la sanción debe centrarse en escatimar, teniendo en cuenta las pruebas, si la información contenida en las bases de datos de portabilidad numérica fue utilizada con una finalidad distinta a la fijada por la Ley (. . .)”⁷¹

Debido a esta modulación, y analizados los hechos y las pruebas recolectadas durante la investigación administrativa sancionatoria adelantada por este Despacho, es que se logró comprobar que CLARO utilizó de forma indebida la base de portabilidad numérica en la forma que se expuso en la resolución objeto de impugnación.

Ahora bien, con respecto a las bases de datos negativa y positiva de registro de IMEI y la base de datos de ROAMING internacional, frente a la primera, no se encontró evidencia dentro de la actuación que sustentara su uso por parte de CLARO para realizar una afirmación de uso indebido, razón por la cual no existió manifestación al respecto por este Despacho. Frente a la segunda, la manifestación de su uso, esta se realizó una vez se le permitió a AVANTEL ser tercero interesado dentro de la actuación, e indicando el presunto uso a través de los radicados 18 -127153 - - 48 del 29 de julio de 2020 -manifestación como tercero interesado- y 18 – 127153 - - 132 del 19 de abril de 2021-alegatos de conclusión-, sin

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

que en ambos escritos se hayan presentado pruebas, si quiera sumarias, de la supuesta utilización por parte de CLARO de esta base de datos, razón por la cual no existió, y no puede existir una manifestación por parte del Despacho al respecto. Esto se debe en primer lugar, que no fue objeto de investigación en ninguna etapa del proceso, y segundo lugar, no existió pruebas que sustentaran tal manifestación, por lo que erraría el Despacho en modificar la multa impuesta a través de la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, toda vez que no fue objeto de investigación, y no existen prueba a la fecha que sustente tal actuación por parte del CLARO, lo cual, a la postre, violaría el derecho al debido proceso de dicha sociedad en cuanto no tendría pruebas que controvertir.

Así las cosas, se desestima la solicitud de la apoderada CLARO de imputarle, y por tanto modificar la sanción impuesta, a la sociedad CLARO la utilización indebida de las bases de datos positiva y negativa de IMEI y ROAMING internacional por ausencia de pruebas dentro de la investigación.

4.4 Sobre las pretensiones

En relación con las pretensiones presentadas por los apelantes, se resolverán de la siguiente manera conjunta:

(a) Pretensiones de CLARO

“Solicito respetuosamente se proceda a REVOCAR la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, por medio de la cual se impuso una sanción en contra de COMCEL, por los motivos indicados en este escrito que demuestran que la investigación en contra de mis poderdantes debe archivarse.

En caso en que no se decida revocar la Resolución 67646 de 2021, solicito subsidiariamente reducir el monto de la sanción por los argumentos aquí expuestos.

De no acogerse la solicitud principal, conceder el recurso de apelación ante el Despacho del Superintendente Delegado.”

(b) Pretensiones de AVANTEL

3.1. *“Adicionar el Artículo Noveno de la parte resolutive del acto administrativo, en el sentido de compulsar copias de eta actuación a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia para que investigue si con los hechos reprochados mediante Resolución No. 67646 de 2021, incurridó en infracción a las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, entre otras.*

3.2. *Adicionar el acto administrativo en el sentido de aclarar que Claro incurridó en violación del Régimen de Datos Personales por hacer un uso no autorizado de datos personales contenidos en la base de datos positiva administrativa de hurto a celulares reglada en la Resolución CRC 5050 de 2016 y de información de tráficos de los operadores a quienes en virtud de esta misma resolución otorga acceso a su red móvil bajo la instalación esencial de “Roaming Automático Nacional”, en la medida que Claro no se pronunció sobre este particular y estos hechos denunciados, debieron ser tenidos como ciertos, ante la inexistencia de prueba o manifestación en contrario por parte del investigado.”*

(c) Pretensiones de TIGO

“PRIMERO: REPONER la decisión proferida mediante la resolución 67646 del 20 de octubre 2021 y que en su lugar se modifique la sanción impuesta a COMCEL en el sentido de imponer la sanción máxima consagrada en el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012, equivalente a 2.000 SMMLV.

PETICIÓN SUBSIDIARIA: *Si el Despacho considera inviable la solicitud elevada por la suscrita, decida mantener incólume su decisión y se abstenga de reducir la sanción impuesta a COMCEL.*

SEGUNDO: *Que se conceda el Recurso de Apelación en el evento en que el Recurso de Reposición interpuesto sea resuelto de manera desfavorable. “*

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

Se considera que teniendo en cuenta lo expuesto en las secciones 4.1. a 4.3. del presente que, las pretensiones primera de CLARO, 3.1. Y 3.2. de TIGO, PRIMERA y SEGUNDA de AVANTEL, no están llamadas a prosperar toda vez que, como ya se expuso: (i) las base de datos de portabilidad numérica contiene datos personales considerados privados, y por tanto, la SIC tiene la competencia para realizar las actuaciones administrativas tendientes a la protección de los derechos de los titulares afectados por la actuación de CLARO; (ii) no existió una vulneración al debido proceso por imposibilidad del acceso al expediente; (ii) no existió una vulneración al debido proceso ya que no existió una vulneración al principio de non bis in ídem; (iii) no existió una indebida tasación de la multa por parte de la SIC, por el contrario cumplió con los criterios de finalidad, proporcionalidad y racionalidad de las actuaciones y multas administrativas, y; (iv) no existen pruebas que llevaran al Despacho a considerar que la CLARO dio uso de las bases de portabilidad numérica y ROAMING internacional.

Debido a que no se concede el recurso de reposición, solicitado en las pretensiones de las sociedades CLARO, TIGO y AVANTE, se les concede el recurso de apelación ante el Superintendente Delegado de Protección de Datos Personales, solicitado en la petición segunda petición subsidiaria.

Que, como consecuencia de la situación actual, y teniendo en cuenta el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional, se ha restringido el ingreso a las instalaciones de la Superintendencia, en consecuencia, se establecieron las medidas pertinentes para permitir el acceso completo a los expedientes por medios digitales.

Al punto se precisa que, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de la sociedades comerciales COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A., COLOMBIA MÓVIL S.A. – ESP, y AVANTEL S.A.S. -en reorganización-, esta Dirección ha concedido el acceso al presente Expediente digital a esta, por intermedio de sus apoderados y/o representantes legales a los correos electrónicos: gvalbuena@valbuenaabogados.com, notificacionesjudiciales@avantel.com.co, y notificacionesjudiciales@tigo.com.co quienes deben registrarse en calidad de persona natural, exclusivamente con los datos en mención, en el enlace <https://servicioslinea.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/Portada.php>.

En caso de que las sociedades requieran un acceso adicional de consulta del Expediente, deberán dirigir su solicitud en tal sentido desde el correo electrónico de notificación judicial de las sociedades, a los correos electrónicos contactenos@sic.gov.co y habeasdata@sic.gov.co, indicando los nombres y números de identificación de las personas autorizadas, **acreditando para dicho efecto los debidos poderes y/o autorizaciones, según corresponda.**

Finalmente, precisando que la totalidad del Expediente se encuentra digitalizado para su consulta por medios virtuales, si la sociedad investigada considera estrictamente necesario el acceso del Expediente en físico, deberá enviar un correo electrónico a la dirección de correo contactenos@sic.gov.co y habeasdata@sic.gov.co, solicitando la asignación de una cita para revisión física del Expediente en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en la ciudad de Bogotá D.C., indicando su número de radicado. Lo anterior por cuanto se deben garantizar el ingreso a las instalaciones con las adecuadas medidas de bioseguridad.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, de conformidad con la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONCEDER recurso subsidiario de apelación interpuesto por parte de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A., COLOMBIA MÓVIL S.A. – ESP, y AVANTEL S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN - en contra de la Resolución 67646 del 20 de octubre de 2021, y en consecuencia dar traslado del presente expediente al despacho del Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales para que proceda de acuerdo con su competencia.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente la presente decisión a las siguientes sociedades comerciales, a través de su apoderado judicial y/o quién haga de sus veces

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación”

VERSIÓN ÚNICA

- COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A., con NIT. 800.153.993-7.
- COLOMBIA MÓVIL S.A. – ESP, con NIT. 830.114.921-1
- AVANTEL S.A.S. -en reorganización-, con NIT. 830.016.046-1

ARTÍCULO CUARTO: La Superintendencia de Industria y Comercio se permite recordar que los canales habilitados para que los investigados ejerzan sus derechos, den respuesta a requerimientos, interpongan recursos, entre otros, son:

- Correo Superindustria: contactenos@sic.gov.co
- Sede Principal: Carrera 13 No. 27 - 00, Pisos 1 y 3 en la Ciudad de Bogotá de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 4:30 p.m.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., 17 MAYO 2022

El Director de Investigación de Protección de Datos Personales,

CARLOS ENRIQUE SALAZAR MUÑOZ

Proyectó: JATS
Revisó: CESH
Aprobó: CESH

NOTIFICACIÓN:

Investigada:
Entidad: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.
NIT.: 800.153.993-7
Representante Legal: Hilda María Pardo Hasche
Identificación: C.C. 41.662.356
Dirección: Carrera 68A número 24b -10
Ciudad: Bogotá D.C. – Colombia
Correo electrónico: notificacionesclaromovil@claro.com.co

Apoderado:

Nombre: GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES
Identificación: C.C. 79.779.355
Dirección: Calle 97 A No. 8-10, Oficina 204
Ciudad: Bogotá D.C. – Colombia
Correo electrónico: comunicaciones@valbuenaabogados.com y gvalbuena@valbuenaabogados.com.

Terceros interesados

Sociedad: COLOMBIA MÓVIL S.A. – ESP

NIT.: 830.114.921-1
Representante Legal: Carolina Raquel Bernal
Identificación: C.E. 1.016.500
Dirección: Carrera 50 número 96 -12
Ciudad: Bogotá D.C. – Colombia
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@tigo.com.co

Sociedad: AVANTEL S.A.S. -EN REORGANIZACIÓN-
NIT.: 830.016.046-1
Representante Alexandra Turbay Arango
Identificación: C.C. 33.334.398
Dirección: Transversal 23 número 95 -53, ed. Ecotek
Ciudad: Bogotá D.C. – Colombia
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@avantel.com.co