

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

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

Asunto: Radicación: 17- 5822 -00003-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 10

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

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante esta Entidad a través su comunicación de fecha 10 de enero de 2017 en el cual se señala:

1. “*¿Las sanciones aplican exclusivamente a personas de naturaleza privada sin que recaigan, por ejemplo, sobre entidades públicas o sociedades de economía mixta?*”

La pregunta surge porque el parágrafo del Artículo 23 expresa textualmente lo siguiente:

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

2. *¿A cuál autoridad le corresponde adelantar y llevar hasta su culminación investigaciones contra sociedades de economía mixta, a la Superintendencia de Industria y Comercio o la Procuraduría general de la Nación, y a qué tipo de sanciones podrían estar sujetas?*

3. *Frente a una investigación que adelante la Procuraduría General de la Nación, ¿qué tipo de sanciones podría imponer esta autoridad en el tema específico de Protección de Datos Personales? ¿Serían sanciones únicamente*



de tipo disciplinario o existiría la posibilidad de imponer sanciones equiparables a las previstas para las personas de naturaleza privada?”

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

2. CUESTIÓN PREVIA

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

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

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

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

2. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

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

- a) Velar por el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales;*
- b) Adelantar las investigaciones del caso, de oficio o a petición de parte y, como resultado de ellas, ordenar las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el derecho de hábeas data. Para el efecto, siempre que se desconozca el derecho, podrá disponer que se conceda el acceso y suministro de los datos, la rectificación, actualización o supresión de los mismos;*
- c) Disponer el bloqueo temporal de los datos cuando, de la solicitud y de las pruebas aportadas por el Titular, se identifique un riesgo cierto de vulneración de sus derechos fundamentales, y dicho bloqueo sea necesario para protegerlos mientras se adopta una decisión definitiva.*
- d) Promover y divulgar los derechos de las personas en relación con el Tratamiento de datos personales e implementara campañas pedagógicas para*



capacitar e informar a los ciudadanos acerca del ejercicio y garantía del derecho fundamental a la protección de datos.

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

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

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

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

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

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

k) Las demás que le sean asignadas por ley.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 1581 DE 2012

La Ley 1581 de 2012, en su artículo 2, señala el ámbito de aplicación de la siguiente manera:

"Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

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

Como se advierte, la precitada ley se aplica al tratamiento, es decir, la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión, de datos personales registrados en cualquier base de datos o archivos por parte de Entidades públicas o privadas.

Ahora bien, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012, define el dato personal en los siguientes términos: "**Dato personal:** *Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables.*"



(Subrayado fuera de texto)

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

"(...)

[E]n efecto, 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 o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.”

(...)

Los datos personales, a su vez, suelen ser clasificados en los siguientes grupos dependiendo de su mayor o menor grado de aceptabilidad de divulgación: datos públicos, semiprivados y privados o sensibles.

(...)

Por otra parte, llama la atención de la Sala que la definición del literal c) se restrinja a los datos de las personas naturales. Por tanto, la definición pareciera reñir, en principio, con algunos pronunciamientos de esta Corporación en los que se ha admitido que las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho al habeas data, como la sentencia T-462 de 1997 y C-1011 de 2008. Sin embargo, en sentir de la Sala, no se trata de una restricción que desconozca la doctrina constitucional sobre la protección del habeas data en cabeza de las personas jurídicas, ni el principio de igualdad. Ciertamente, la garantía del habeas data a las personas jurídicas no es una protección autónoma a dichos entes, sino una protección que surge en virtud de las personas naturales que las conforman. Por tanto, a juicio de la Sala, es legítima la referencia a las personas naturales, lo que no obsta para que, eventualmente, la protección se extienda a las personas jurídicas cuando se afecten los derechos de las personas que la conforman”.

En consecuencia, el dato personal es cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables que cumplen con las siguientes características: (i) están referidos a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permiten identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación

Así mismo, la precitada ley aplica al tratamiento, es decir, la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión, de datos personales registrados en cualquier base de datos o archivos por parte de entidades públicas o privadas



efectuado en el territorio colombiano o cuando al responsable del Tratamiento ubicado en el extranjero se le aplique la legislación colombiana en virtud de los tratados internacionales.

Respecto al concepto de bases de datos o archivos la Corte Constitucional mediante Sentencia C-748 de 2011 señaló lo siguiente:

“El literal b) define las bases de datos como un “(...) conjunto organizado de datos personales que sea objeto de tratamiento”. Pese a que esta definición es bastante amplia y parece coincidir más con la de banco de datos empleada en la Ley 1266, en tanto el legislador goza de libertad de configuración en la materia, puede adoptar definiciones diferentes dependiendo de la regulación. Ahora bien, la definición se ajusta a la Carta, pues cubre todo espacio donde se haga alguna forma de tratamiento del dato, desde su simple recolección, lo que permite extender la protección del habeas data a todo tipo de hipótesis. En concordancia, la Sala recuerda, como se indicó en la consideración 2.4.3.2., que el concepto de base de datos cubre los archivos, entendidos como depósitos ordenados de datos, lo que significa que los archivos están sujetos a las garantías previstas en el proyecto de ley”.

Ahora bien, respecto a la aplicación de la Ley 1581 de 2012 en cuanto al tratamiento por las entidades públicas y privadas, la Corte Constitucional en la precitada Sentencia señaló:

“[P]or último, respecto de la tercera condición –posibilidad de tratamiento de los datos por entidades públicas o privadas, para la Sala surge la duda de si el empleo del término entidades supone una restricción inconstitucional, pues podría limitar el ámbito de aplicación a datos personales susceptibles de ser tratados solamente por personas jurídicas, lo que excluiría los casos de tratamiento por personas naturales. Sin embargo, la Sala observa que el término entidad tienen varias acepciones, una de las cuales incluye a las personas naturales. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, una entidad puede ser una “[c]olectividad considerada como unidad. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como persona jurídica”, pero también puede ser un “[e]nte o ser”; esta segunda definición –más amplia- cubre a las personas naturales. Así, en atención a los principios de interpretación conforme a la Constitución y de conservación del derecho, la Sala concluye que debe entenderse –sin necesidad de condicionar la exequibilidad del precepto- que la interpretación del inciso que se ajusta a la Carta es aquella según el cual el término entidades comprende tanto las personas naturales como jurídicas. De modo que así entendida la condición, la Sala también concluye que es compatible con la Carta, pues cubre las hipótesis necesarias para que el proyecto cumpla su finalidad de brindar protección a los datos personales. Para terminar, resalta la Sala la importancia de esta disposición, en tanto reconoce que el tratamiento de datos personales también puede ser efectuado por personas privadas; de hecho, en el mundo globalizado, el sector privado lleva a cabo una parte muy considerable del tratamiento de datos, lo que lo dota de



un poder informático a gran escala y lo convierte en un potencial vulnerador del derecho al habeas data.

De ahí que uno de los grandes retos de la protección de los datos personales es la creación de mecanismos para hacer responsables a los particulares por el tratamiento inadecuado y abusivo de datos personales."

Por lo anterior, la Ley 1581 de 2012 no efectúa excepciones ni regímenes especiales en torno a la naturaleza jurídica del responsable y en tal sentido, se aplica a los datos personales que se encuentren en bases de datos o archivos de entidades públicas o privadas, entendidos estos, como el conjunto organizados o depósitos ordenados de datos personales sujetos a tratamiento, es decir, a la recolección, el almacenamiento, el uso, la circulación o la supresión de los mismos.

4. RESPONSABLES Y ENCARGADOS DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.

El artículo 3 de la Ley 1581 de 2012 señala las siguientes definiciones:

"d) Encargado del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento.

e) Responsable del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos".

Respecto a las definiciones de responsables y encargados que trata el artículo 3 de la Ley 1581 de 2012, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-748 de 2011 aclaró la diferencia entre ellos así:

*"(...)
Constitucionalidad de los literales d) y e): definiciones de encargado y responsable de tratamiento del dato*

En los literales d) y e) del artículo 3, se hace expresa mención al encargado y al responsable del dato, respectivamente. La Sala observa que la diferenciación de estos dos sujetos era determinante, por cuanto de ello depende el ámbito de sus deberes, enumerados en el título VI del proyecto, de modo que dichas definiciones están ligadas al principio de legalidad en materia sancionatoria y son una garantía para el titular del dato respecto de quién es obligado a cumplir diferentes prerrogativas que se desprenden del habeas data.

Sin embargo, se debe señalar desde ahora, al igual que se indicó en la sentencia C-1011 de 2008, que todos los principios de la administración de datos personales identificados en este proyecto -los cuales serán estudiados en otro acápite- son oponibles a todos los sujetos involucrados en el tratamiento del dato, entiéndase en la recolección, circulación, uso, almacenamiento, supresión, etc., sin importar la denominación que los sujetos adquieran, es decir, llámense fuente, responsable del tratamiento, operador, encargado del tratamiento o



usuario, entre otros. Hechas estas aclaraciones, pasa la Sala a examinar la constitucionalidad de las definiciones.

El proyecto define al encargado del tratamiento como la persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realiza el tratamiento de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Por otro lado, el responsable del tratamiento es definido como la persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decide sobre la base de datos y/o el tratamiento de los datos.

Estas definiciones parecen inspirarse en el derecho comunitario europeo, especialmente en la Directiva 95/46/CE y en el Dictamen 1/2010 del Grupo Consultivo sobre Protección de Datos, a las que vale la pena remitirnos por razones meramente ilustrativas y con el fin de acercarnos al correcto entendimiento de uno y otro concepto, labor que a veces se torna difícil por el avance de las tecnologías de la información y otros retos que impone la globalización.

El Dictamen 1/2010 señala que lo que permite identificar al responsable de otros agentes que participan en el proceso, es que él es el que determina los fines y los medios esenciales del tratamiento de los datos. También indica en relación con los medios, que se hablará de responsable cuando el sujeto realice un control o determine elementos esenciales de los medios, tales como el tiempo que los datos deben permanecer almacenados, la forma cómo se hará su uso o se pondrán en circulación, el acceso a los mismos etc. Por su parte, precisa que el encargado es quien realiza el tratamiento por cuenta del responsable, es decir, por delegación y, por tanto, es natural y jurídicamente distinto del responsable.

Los criterios de (i) definición de los fines y medios del tratamiento del dato personal y (ii) existencia de delegación, también resultan útiles en nuestro caso para establecer la diferencia entre responsable y encargado. Ciertamente, el concepto “decidir sobre el tratamiento” empleado por el literal e) parece coincidir con la posibilidad de definir –jurídica y materialmente- los fines y medios del tratamiento. Usualmente, como reconocen varias legislaciones, el responsable es el propietario de la base de datos; sin embargo, con el fin de no limitar la exigibilidad de las obligaciones que se desprenden del habeas data, la Sala observa que la definición del proyecto de ley es amplia y no se restringe a dicha hipótesis. Así, el concepto de responsable puede cobijar tanto a la fuente como al usuario, en los casos en los que dichos agentes tengan la posibilidad de decidir sobre las finalidades del tratamiento y los medios empleados para el efecto, por ejemplo, para ponerlo en circulación o usarlo de alguna manera.

De otro lado, el criterio de delegación coincide con el término “por cuenta de” utilizado por el literal e), lo que da a entender una relación de subordinación del encargado al responsable, sin que ello implique que se exima de su responsabilidad frente al titular del dato.

(...)

Ahora bien, vale la pena advertir que el encargado del tratamiento no puede ser el mismo responsable, pues se requiere que existan dos personas identificables e independientes, natural y jurídicamente, entre las cuales una –el responsable- le señala a la otra –el encargado- como quiere el procesamiento de unos



determinados datos. En este orden, el encargado recibe unas instrucciones sobre la forma como los datos serán administrados.

(...)

Establecida la diferencia entre responsable y encargado, la Sala observa, en primer lugar, que las definiciones de los literales d) y e) representan ejercicio legítimo de la libertad de configuración del legislador estatutario justificada en la forma cómo se desarrolla el tratamiento del dato, y en segunda lugar, que la clasificación tiene además utilidad desde el punto de vista constitucional, esta es, definir el régimen de responsabilidades y obligaciones de quienes participan en el tratamiento del dato personal.

En efecto, de acuerdo con las definiciones acogidas por el proyecto de ley, los responsables del tratamiento tienen mayores compromisos y deberes frente al titular del dato, pues son los llamados a garantizar en primer lugar el derecho fundamental al habeas data, así como las condiciones de seguridad para impedir cualquier tratamiento ilícito del dato. La calidad de responsable igualmente impone un haz de responsabilidades, específicamente en lo que se refiere a la seguridad y a la confidencialidad de los datos sujetos a tratamiento.

En la sentencia C-1011 de 2008, se señaló que en la administración de datos personales es posible identificar varias etapas, cuya diferenciación permite adscribir determinados niveles de responsabilidad a los sujetos que participan de él. Así, por ejemplo, sobre la calidad de la información, el encargado del tratamiento tendrá deberes de diligencia y cuidado en la medida en que como lo consagra el proyecto de ley, está obligado a realizar de forma oportuna, la actualización, rectificación o supresión del dato, según el caso, literal c) del artículo 18.

En esa línea, lo importante para una verdadera garantía del derecho al habeas data, es que se pueda establecer de manera clara la responsabilidad de cada sujeto o agente en el evento en que el titular del dato decida ejercer sus derechos. Cuando dicha determinación no exista o resulte difícil llegar a ella, las autoridades correspondientes habrán de presumir la responsabilidad solidaria de todos, aspecto éste sobre el que guarda silencio el proyecto de ley y que la Corte debe afirmar como una forma de hacer efectiva la protección a la que se refiere el artículo 15 de la Carta”.

Por lo anterior, el responsable del tratamiento de los datos personales es la persona natural o jurídica que decide sobre las finalidades del tratamiento y los medios empleados para el efecto, por ejemplo, para ponerlo en circulación o usarlo de alguna manera o su acceso y el encargado es la persona natural o jurídica que realiza el tratamiento de los datos personales por instrucción del responsable.

5. TRATAMIENTO DE DATOS POR ENTIDADES PÚBLICAS

Respecto a la aplicación de la Ley 1581 de 2012 en cuanto al tratamiento por las entidades públicas y privadas, la Corte Constitucional en la Sentencia C-748 de 2011 señaló:



*"[P]or último, respecto de la **tercera condición** –posibilidad de tratamiento de los datos por entidades públicas o privadas, para la Sala surge la duda de si el empleo del término entidades supone una restricción inconstitucional, pues podría limitar el ámbito de aplicación a datos personales susceptibles de ser tratados solamente por personas jurídicas, lo que excluiría los casos de tratamiento por personas naturales.*

Sin embargo, la Sala observa que el término entidad tienen varias acepciones, una de la cuales incluye a las personas naturales. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, una entidad puede ser una “[c]olectividad considerada como unidad. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como persona jurídica”, pero también puede ser un “[e]nte o ser”; esta segunda definición –más amplia- cobija a las personas naturales.

Así, en atención a los principios de interpretación conforme a la Constitución y de conservación del derecho, la Sala concluye que debe entenderse –sin necesidad de condicionar la exequibilidad del precepto- que la interpretación del inciso que se ajusta a la Carta es aquella según el cual el término entidades comprende tanto las personas naturales como jurídicas. De modo que así entendida la condición, la Sala también concluye que es compatible con la Carta, pues cobija las hipótesis necesarias para que el proyecto cumpla su finalidad de brindar protección a los datos personales.

Para terminar, resalta la Sala la importancia de esta disposición, en tanto reconoce que el tratamiento de datos personales también puede ser efectuado por personas privadas; de hecho, en el mundo globalizado, el sector privado lleva a cabo una parte muy considerable del tratamiento de datos, lo que lo dota de un poder informático a gran escala y lo convierte en un potencial vulnerador del derecho al habeas data. De ahí que uno de los grandes retos de la protección de los datos personales es la creación de mecanismos para hacer responsables a los particulares por el tratamiento inadecuado y abusivo de datos personales."

En consecuencia, es responsable del tratamiento de los datos personales la persona natural o jurídica pública o privada cuando decide sobre la base de datos en la que se encuentran o su tratamiento, esto es, la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión de los mismos.

Ahora bien, el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 **señala los casos en que no es necesaria la autorización**, entre ellos, lo siguiente: "a) *Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial.*"

Respecto a esta excepción la Corte Constitucional mediante Sentencia C-748 de 2011, señaló lo siguiente:

"[E]n relación, con las autoridades públicas o administrativas, señaló la Corporación que tal facultad “no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal



puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompañarse con la garantía irrestricta del derecho al hábeas data del titular de la información. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, **la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.**

Para la Corte, esto se logra a través de dos condiciones: (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información, habida consideración que ese grupo de condiciones permite la protección adecuada del derecho.

En relación con el primero señaló la Corporación que *“la modalidad de divulgación del dato personal prevista en el precepto analizado devendrá legítima, cuando la motivación de la solicitud de información esté basada en una clara y específica competencia funcional de la entidad.”* Respecto a la segunda condición, la Corte estimó que una vez la entidad administrativa accede al dato personal adopta la posición jurídica de usuario dentro del proceso de administración de datos personales, lo que de forma lógica le impone el deber de garantizar los derechos fundamentales del titular de la información, previstos en la Constitución Política y en consecuencia deberán: *“(i) guardar reserva de la información que les sea suministrada por los operadores y utilizarla únicamente para los fines que justificaron la entrega, esto es, aquellos relacionados con la competencia funcional específica que motivó la solicitud de suministro del dato personal; (ii) informar a los titulares del dato el uso que le esté dando al mismo; (iii) conservar con las debidas seguridades la información recibida para impedir su deterioro, pérdida, alteración, uso no autorizado o fraudulento; y (iv) cumplir con las instrucciones que imparta la autoridad de control, en relación con el cumplimiento de la legislación estatutaria.”*

En relación con la orden judicial, dijo la Corporación que *“si bien no existe una autorización expresa del titular que circunscriba la circulación del dato, la posibilidad de acceso resulta justificada en la legitimidad que tienen en el Estado Constitucional de Derecho las actuaciones judiciales, ámbitos de ejercicio de la función pública sometidos a reglas y controles, sustentados en la eficacia del derecho al debido proceso y rodeado de las garantías anejas a éste, en especial, los derechos de contradicción y defensa. Así, reconociéndose la importancia de esta actividad en el régimen democrático, entendida como pilar fundamental para la consecución de los fines estatales de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y advirtiéndose, del mismo modo, que el acto de divulgación en este caso responde a una finalidad constitucionalmente legítima, el precepto examinado es exequible.”*

Por lo anterior, las autoridades administrativas podrán realizar el tratamiento de los datos personales sin autorización del titular, siempre y cuando la solicitud de



información esté basada en una clara y específica competencia funcional de la entidad y garanticen la protección de los derechos de hábeas data del titular.

Las entidades públicas o los particulares que ejerzan funciones administrativas deberán cumplir especialmente con los siguientes principios, consagrados en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012:

"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."

Es decir, las entidades públicas y administrativas deben utilizar los datos personales únicamente para los fines que justificaron la entrega de los mismos, esto es, aquellos relacionados con la competencia funcional específica que motivó la solicitud de suministro del dato personal, e informar al titular el uso de los mismos.

"Principio de seguridad: La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento".

Las entidades administrativas deben implementar las medidas técnicas, humanas y administrativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.

En consecuencia, es procedente el tratamiento de datos personales, esto es, la recolección, el almacenamiento, el uso, la circulación o la supresión de los mismos por parte de entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial, siempre y cuando la solicitud de información esté basada en una clara y específica competencia funcional de la entidad y garanticen la protección de los derechos de hábeas data del titular.

6. RÉGIMEN SANCIONATORIO PARA LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

El artículo 23 de la Ley 1581 de 2012 establece frente a las sanciones lo siguiente:

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

- a) Multas de carácter personal e institucional hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción. Las multas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó;*
- b) Suspensión de las actividades relacionadas con el Tratamiento hasta por un término de seis (6) meses. En el acto de suspensión se indicarán los correctivos que se deberán adoptar;*



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

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

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

Al respecto, la Corte Constitucional al efectuar el control formal del trámite legislativo adelantado en la precitada ley estatutaria trajo a colación la exposición de motivos del aludido artículo y en tal sentido citó:

“PLIEGO MODIFICATORIO

Modificaciones al texto publicado en la Gaceta número 488 del 4 de agosto de 2010

(...)

8. Incluir un parágrafo en el artículo 23 sanciones, indicando que las mismas sólo aplican para personas privadas que incumplan las disposiciones contenidas en la presente ley, y que para las autoridades públicas la Superintendencia de Industria y Comercio una vez realizada la investigación respectiva y de encontrar violación a la ley remitirá el expediente a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

El artículo 23 contiene las sanciones que puede imponer la Autoridad de Control a los responsables del tratamiento y manejo de los datos personales, las cuales van desde multas hasta cierre definitivo de la operación, es claro que estas, por su naturaleza, por el procedimiento para imponerlas y por el ente que las impone, que para el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio no pueden aplicar a autoridades públicas, ya que no hay competencia para ello. De tal manera, se especifica esta situación y se aclara que una vez adelantada la investigación por parte de la Autoridad de Control en caso de identificar alguna falta de una autoridad pública se debe remitir el expediente a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.
(Subrayado fuera de texto)”

*En efecto, el proyecto de ley, con las modificaciones propuestas en el informe de ponencia, fue aprobado en primer debate en la sesión del **14 de septiembre de 2010**, según consta en el **Acta No. 12** de esa misma fecha, publicada en la **Gaceta del Congreso No. 958 del 24 de noviembre de 2010**.*

Así las cosas, ante la presunta vulneración de los principios y disposiciones de la ley 1581 de 2012 por parte de una autoridad pública, la Superintendencia de



Industria y Comercio adelantará la respectiva investigación y en el caso de evidenciar alguna falta, trasladará el expediente a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

6. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

En relación con el primer punto de su solicitud, indicamos que el régimen sancionatorio establecido en el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012 se aplica de forma privativa a las personas de naturaleza privada por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de datos personales carece de competencia para imponer sanciones a las autoridades públicas.

Ahora bien, frente a su segundo interrogante nos permitimos efectuar las siguientes consideraciones:

La Ley 489 de 1998 “*por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*” establece frente a las sociedades de economía mixta lo siguiente:

ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. *La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;*
- b) La Vicepresidencia de la República;*
- c) Los Consejos Superiores de la administración;*
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;*
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.*

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;*
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;*
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;*
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;*
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;*
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;*



g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

PARAGRAFO 2o. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1o. del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

ARTÍCULO 68º.- ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Así mismo, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha manifestado frente a la naturaleza de las sociedades de economía mixta lo siguiente:

“Efectivamente, de conformidad con lo señalado por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional está integrada, entre otros organismos y entidades, por las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, por lo cual estas últimas no pueden ser consideradas “particulares”, no obstante que generalmente se rigen por normas de derecho privado.”¹

(...)

No obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados.²

(...)

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2003

² Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 2003



Como en otra oportunidad lo destacó la Corte, para la existencia de las sociedades de economía mixta no basta la autorización legal, “pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas”, de modo que “su organización es la propia de las sociedades comerciales” previstas en el Código de Comercio, sus estatutos son expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social, no obstante lo cual “no son particulares”, sino organismos vinculados del nivel descentralizado, que hacen parte de la estructura de la Administración Pública.

En este sentido, la Corporación ha advertido que las sociedades de economía mixta, pese a su naturaleza jurídica específica, “no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal” y que, por lo tanto, “no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivo para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del estado”.

La pertenencia a la estructura del Estado se evidencia en el aporte público para la constitución del capital social, así como en su condición de entidades descentralizadas que “como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se ‘vinculan’ a la Rama Ejecutiva del Poder Público, es decir a la Administración Central”³

Expuesto lo anterior, conviene precisar que las sociedades de economía mixta no pueden ser consideradas entidades particulares o de naturaleza privada por cuanto, se insiste, hacen parte de la estructura del Estado dentro del sector descentralizado de la Administración y su capital se encuentra conformado en parte, por recursos de carácter público.

Así las cosas, la definición “*autoridad pública*” del artículo 23 de la Ley 1581 de 2012 es aplicable a las sociedades de economía mixta, insistiendo en todo caso que la naturaleza de estas últimas no es privada o particular por las consideraciones previamente establecidas.

En consecuencia y ante de la presunta violación del régimen de protección de datos establecido en la Ley 1581 de 2012 por parte de una sociedad de economía mixta, corresponderá a esta Superintendencia adelantar la investigación y al evidenciar alguna falta de la precitada sociedad, se deberá remitir el expediente a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Por último y en relación con el tercer interrogante de su escrito, indicamos que la Superintendencia de Industria y Comercio carece de facultades para pronunciarse en torno al procedimiento adelantado por el Ministerio Público para imponer

³ Corte Constitucional. Sentencia C-338 de 2011



sanciones frente a la vulneración del régimen de protección de datos personales por parte de una sociedad de economía mixta. En tal sentido, se trasladará su inquietud a la precitada entidad para que esta se pronuncie frente a su solicitud.

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

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

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Gabriel Turbay

Revisó: Jazmín Rocío Soacha

Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

