

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 13-179901- -00004-0000	Fecha: 2013-09-11 09:29:59
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señora
JOHANNA IBAÑEZ
club@brissa.com.co

Asunto: Radicación: 13-179901- -00004-0000
 Trámite: 113
 Evento: 0
 Actuación: 440
 Folios: 1

Estimado(a) Señora:

Con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Oficina con el número señalado en el asunto, en los siguientes términos.

1. Consulta

La sociedad peticionaria formula las siguientes preguntas:

“(...) Según el artículo 10 del decreto 1377, reglamentario de la ley 1581, se debía enviar un comunicado a los clientes que se encuentran en nuestra base datos, este comunicado se envió (sic) (...) Y tenemos las siguientes inquietudes:

1. Tenemos entendido que debemos enviar los soportes a ustedes, por favor nos pueden aclarar el procedimiento a seguir, que (sic) debemos hacer.
2. adicional (sic) a esto el comunicado se envió (sic) a los clientes que tenemos en nuestra base de datos, pero que (sic) debemos hacer con los nuevos clientes que ingresen en un futuro a nuestra base de datos?
3. Bajo la razón social de nuestra empresa (...) existen dos tipos de negocio (...) los cuales manejan bases de datos diferentes, en este caso habría que enviar dos soportes del comunicado?(...)”

2. Materia objeto de la consulta

La Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1581 de 2012 cuenta, entre otras, con las siguientes funciones en materia de protección de datos personales:

- Velar por el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales;
- 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

habeas data.

- 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.
- Promover y divulgar los derechos de las personas en relación con el Tratamiento de datos personales e implementar campañas pedagógicas para capacitar e informar a los ciudadanos acerca del ejercicio y garantía del derecho fundamental a la protección de datos.
- 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.
- Solicitar a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento la información que sea necesaria para el ejercicio efectivo de sus funciones.

Al respecto, en primer lugar, nos permitimos advertirle que en virtud del principio y garantía constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, no nos es posible resolver a través de conceptos situaciones particulares.

Sin embargo, dentro del ámbito de las referidas competencias a continuación damos respuesta de manera general a sus preguntas.

2.1 La protección de datos personales.

El artículo 15 de la Constitución Política consagra los derechos a la intimidad, al buen nombre y a la protección de datos personales o habeas data en los siguientes términos: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. (...)” (1)

Dicho derecho ha sido desarrollado principalmente en las leyes 1266 de 2008 – Habeas data- y 1581 de 2012 –Protección de datos personales-.

Al respecto la Corte Constitucional ha considerado que la Ley 1266 de 2008 regula el habeas data financiero, el cual ha sido definido así:

“el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información pública o privada, que tiene como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero” (2)

Por otra parte, el habeas data genérico ha sido definido como:

“el derecho que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las

informaciones que se hayan escogido sobre ellas en archivos y bancos de datos de naturaleza pública y privada”(3)

Sin embargo, se debe tener en cuenta que como lo ha manifestado la Corte Constitucional, dicha clasificación es teórica y ambas clases son modalidades de un mismo derecho fundamental.

Un concepto esencial y que determina la aplicabilidad de dicha regulación es el de dato personal, el cual ha sido definido de la siguiente manera por el literal c del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012:

“Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables” (4)

En relación con las características de los datos personales la Corte Constitucional ha considerado:

“En 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.”” (5)

2.2 Primera pregunta

El artículo 10 del Decreto 1377 de 2013 estableció un mecanismo para facilitar la obtención de la autorización de los titulares en relación con los datos personales recolectados antes de la expedición de dicha norma, es decir, antes del 27 de junio de 2013. Sin embargo dicha figura tenía una aplicación temporal que tenía como fecha máxima de implementación el término de un mes luego de la publicación del Decreto, el cual fue publicado en el Diario Oficial número 48.834 del 27 de junio de 2013.

En este sentido, el mencionado artículo dispone:

“Datos recolectados antes de la expedición del presente decreto. Para los datos recolectados antes de la expedición del presente decreto, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. Los responsables deberán solicitar la autorización de los Titulares para continuar con el Tratamiento de sus datos personales del modo previsto en el artículo 7 anterior, a través de mecanismos eficientes de comunicación, así como poner en conocimiento de estos sus políticas de Tratamiento de la información y el modo de ejercer sus derechos.
2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral 1, se considerarán como mecanismos eficientes de comunicación aquellos que el Responsable o Encargado usan en el curso ordinario de su interacción con los Titulares registrados en sus bases de datos.
3. Si los mecanismos citados en el numeral 1 imponen al Responsable una carga desproporcionada o es imposible solicitar a cada Titular el consentimiento para

Tratamiento de sus datos personales y poner en su conocimiento las políticas de Tratamiento de la información y el modo de ejercer sus derechos, el Responsable podrá implementar mecanismos alternos para los efectos dispuestos en el numeral 1, tales como diarios de amplia circulación nacional, diarios locales, revistas, página de internet del responsable, carteles informativos, entre otros, e informar al respecto a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días siguientes a su implementación.

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

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

4. Si en el término de treinta (30) días hábiles, contado a partir de la implementación de cualquiera de los mecanismos de comunicación descritos en los numerales 1, 2 y 3, el Titular no ha contactado al Responsable o Encargado para solicitar la supresión de sus datos personales en los términos del presente Decreto, el Responsable y Encargado podrán continuar realizando el Tratamiento de los datos contenidos en sus bases de datos para la finalidad o finalidades indicada en la política de Tratamiento de la información puesta en conocimiento de los Titulares mediante tales mecanismos, sin perjuicio de la facultad que tiene el Titular de ejercer en cualquier momento su derecho y pedir la eliminación del dato.

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

Parágrafo. La implementación de los mecanismos alternos de comunicación previstos en esta norma deberá realizarse a más tardar dentro del mes siguiente de la publicación del presente decreto.” (6)

El citado numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1377 de 2013 prevé, durante un periodo determinado de tiempo, la posibilidad de hacer uso de mecanismos alternos en relación con la información recaudada con antelación a la vigencia de la Ley 1581 de 2012.

A la fecha esta Superintendencia no ha instruido de manera específica sobre el procedimiento para dicho informe, por lo cual, el Responsable deberá enviar una comunicación a la Delegatura de Protección de Datos Personales de esta Superintendencia, dentro de los cinco días siguientes al uso del mecanismo alternativo, en el cual remita información necesaria para que esta Superintendencia pueda verificar que

se configuró alguna de las situaciones que habilitaron de manera temporal el uso de los mecanismos alternos previstos en la citada norma.

2.3 Segunda pregunta

Según se indicó, la aplicación de las modalidades previstas en el artículo 10 del Decreto 1377 de 2013 fue de manera temporal y solamente para aquellos datos recopilados con antelación a la entrada en vigencia de dicha norma. Por lo cual, para poder llevar a cabo el tratamiento de información recopilada con posterioridad, en caso de que no se enmarque en una de las excepciones legales para el requisito de autorización, se debe obtener autorización previa, materia que se estudia a continuación.

El principio de libertad, que es pilar fundamental de las normas de protección de datos personales, implica que la actividad de Tratamiento de datos personales solamente se pueda llevar a cabo con la autorización previa del titular de los mismos.

En relación con los requisitos que debe cumplir dicha autorización la Corte Constitucional consideró:

“En materia de manejo de información personal, el consentimiento exigido es además, calificado, por cuanto debe ser previo, expreso e informado. (...)

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

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

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha exigido tal condición y ha dicho que el consentimiento debe ser explícito y concreto a la finalidad específica de la base de datos. (...)

En segundo lugar, de una interpretación armónica de todo el articulado se deduce que el legislador estatutario tuvo una intención inequívoca que el consentimiento siempre fuese expreso. (...)

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

De todo lo anterior, puede entonces deducirse: (i) los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso e informado del titular. Es decir, no está permitido el consentimiento tácito del Titular del dato y sólo podrá prescindirse de él por expreso mandato legal o por orden de autoridad judicial, (ii) el consentimiento que brinde la persona debe ser definido como una indicación específica e informada, libremente emitida, de su acuerdo con el procesamiento de sus datos personales. Por ello, el silencio del Titular nunca podría inferirse como autorización del uso de su información y (iii) el principio de libertad no sólo implica el consentimiento previo a la recolección del dato, sino que dentro de éste se entiende incluida la posibilidad de retirar el consentimiento y de limitar el plazo de su validez.” (7)

Respecto de la autorización el Decreto 1377 de 2013 dispone:

Al contestar favor indique el número de radicación consignado en el sticker

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-00 Pisos 2, 5, 7 y 10
Sede CAN: Av. Cra 50 No. 27-55 int. 2 PBX: 5870000
Fax: 350 52 20 – 382 26 95. Línea 9800-910 165
Web: www.sic.gov.co e-mail: info@sic.gov.co
Bogotá D.C. - Colombia

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

En caso de haber cambios sustanciales en el contenido de las políticas de Tratamiento a que se refiere el Capítulo III de este Decreto, referidos a la identificación del Responsable y a la finalidad del Tratamiento de los datos personales, los cuales puedan afectar el contenido de la autorización, el Responsable del Tratamiento debe comunicar estos cambios al Titular antes de o a más tardar al momento de implementar las nuevas políticas. Además, deberá obtener del Titular una nueva autorización cuando el cambio se refiera a la finalidad del Tratamiento.” (8)

Dado que la ley no exige que la autorización dada por los titulares de los datos personales para su tratamiento adopte una forma determinada, por lo cual podrá adoptar cualquier forma siempre que se garantice el cumplimiento de los requisitos analizados con antelación.

En este sentido, el artículo 7 del Decreto 1377 de 2013 al reglamentar la Ley 1581 de 2013 prevé las distintas formas a través de las cuales se puede obtener la autorización de los titulares de los datos personales para su tratamiento:

“Modo de obtener la autorización. Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012, los Responsables del Tratamiento de datos personales establecerán mecanismos para obtener la autorización de los Titulares o de quien se encuentre legitimado de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del presente decreto, que garanticen su consulta. Estos mecanismos podrán ser predeterminados a través de medios técnicos que faciliten al Titular su manifestación automatizada. Se entenderá que la autorización cumple con estos requisitos cuando se manifieste (i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del Titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. En ningún caso el silencio podrá asimilarse a la conducta inequívoca.” (9)

De acuerdo con lo anterior, la autorización para el tratamiento de los datos personales puede ser obtenida a través de los siguientes modos:

- Por escrito
- De forma oral
- Mediante conductas inequívocas del titular, cuando no se trate de datos personales de carácter sensible.

2.4 Tercera pregunta.

Cada responsable del tratamiento, sin importar si entre ellos existe vínculos comerciales o si conforman un grupo empresarial, deben obtener autorización para el tratamiento que van a llevar al cabo, para aquellos casos que no se enmarquen en las excepciones previstas en la Ley 1581 de 2012.

Así mismo, específicamente en relación con el citado artículo 10 del Decreto 1377 de 2013, está previsto que cada responsable que haya hecho uso de los mecanismos alternos lo comunique, dentro del término de 5 días siguientes al uso del mecanismo

alterno, a esta Superintendencia.

Si requiere mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta Entidad, puede consultar nuestra página en Internet, www.sic.gov.co.

Notas de referencia:

- (1) Artículo 15 Constitución Política de Colombia.
- (2) Corte Constitucional, Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- (3) Ibídem.
- (4) Literal c artículo 3 Ley 1581 de 2012.
- (5) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (6) Artículo 10 Decreto 1377 de 2013.
- (7) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (8) Artículo 5 Decreto 1377 de 2013.
- (9) Artículo 7 Decreto 1377 de 2013.

Elaboró: Mariana Naranjo Arango
Revisó y aprobó: William Burgos Durango

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Oficina Asesora Jurídica