

Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 20-423123

FECHA: 2020-12-15

DEP: 10 OFICINA JURÍDICA

EVE: 0 SIN EVENTO

TRA: 113 DP-CONSULTAS

FOLIOS: 10

ACT: 440 RESPUESTA

10

Señor (a):

Asunto: Radicación: 20-423123
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 10

Estimado (a) Señor (a):

Reciba cordial saludo.

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

1. CUESTIÓN PREVIA

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

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

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



administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

k) Las demás que le sean asignadas por ley.

A continuación resolveremos los interrogantes de su consulta con fecha del 9 de noviembre de 2020, en la que manifiesta lo siguiente:

“Bajo los parámetros y disposiciones que en materia de protección de datos personales ha establecido el artículo 9 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, y los artículos 5, 7 y 8 del Decreto 1377 de 2013 sobre la autorización del titular, el responsable de un tratamiento de datos requiere de una autorización previa e informada del titular de los datos personales para poder hacer uso de los mismos. El artículo 7 del Decreto 1377 de 2013 permite a los responsables del tratamiento obtener dicha autorización a través de alguna de las siguientes opciones: I. Por escrito II. De forma oral III. Mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. Actualmente, las redes sociales se han convertido en un medio de relacionamiento que ha alcanzado, incluso, el ámbito laboral. Para la búsqueda de un puesto de trabajo existen diversas redes sociales y páginas web cuyo fin es facilitar la comunicación entre empleadores y candidatos. Algunos ejemplos son: LinkedIn, Viadeo o Xing. También se utilizan para este fin algunas de las redes sociales tradicionales como Facebook o Twitter. Para facilitar el contacto, los usuarios de las redes sociales publican sus datos personales tales como teléfono fijo, teléfono celular, correo electrónico, su usuario en otras redes sociales, etc. Por este motivo, solicito a esta Delegatura que me informe su posición sobre las siguientes cuestiones:”

Primer interrogante

“1. La posibilidad de entender la publicación de los datos personales de los usuarios de redes sociales como una autorización por conducta inequívoca del titular, de acuerdo al artículo 7 del Decreto 1377 de 2013. “



Respuesta:

Para el tratamiento de datos personales, es necesario tener en cuenta el principio de libertad, definido en el literal c) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012 así:

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)



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

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

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

Por lo anterior, el tratamiento de los datos personales solo puede realizarse cuando exista la autorización previa, expresa e informada del titular, con el fin de permitirle que se garantice que en todo momento y lugar pueda conocer en dónde está su información personal, para qué propósitos ha sido recolectada y qué mecanismos tiene a su disposición para su actualización y rectificación.

Respecto a la autorización el artículo 2.2.2.25.2.2., del Decreto 1074 de 2015 señala lo siguiente:

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

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

"Modo de obtener la autorización. Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012, los Responsables del Tratamiento de datos personales establecerán mecanismos para obtener la autorización de los titulares o de quien se encuentre legitimado de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.25.4.1., del presente Decreto, que garanticen su consulta. Estos mecanismos podrán ser predeterminados a través de medios técnicos que faciliten al Titular su manifestación automatizada."

Se entenderá que la autorización cumple con estos requisitos cuando se manifieste (i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma

razonable que otorgó la autorización. En ningún caso el silencio podrá asimilarse a una conducta inequívoca.”

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

Se entiende que el titular de la información ha dado su autorización para el tratamiento de los datos personales cuando: (i) sea por escrito; (ii) sea oral o (iii) mediante conductas inequívocas. El silencio no puede asimilarse a una conducta inequívoca.

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

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

- a) El Tratamiento al cual serán sometidos sus datos personales y la finalidad del mismo.*
 - b) El carácter facultativo de la respuesta a las preguntas que le sean hechas, cuando éstas versen sobre datos sensibles o sobre los datos de las niñas, niños y adolescentes.*
 - c) Los derechos que le asisten como Titular.*
 - d) La identificación, dirección física o electrónica y teléfono del Responsable del Tratamiento.*
- Parágrafo. El Responsable del Tratamiento deberá conservar prueba del cumplimiento de lo previsto en el presente artículo y, cuando el Titular lo solicite, entregarle copia de esta”.*

Para resolver su interrogante, es necesario tener en cuenta que la normativa sobre protección de datos, no establece unos requisitos específicos para la configuración de una conducta inequívoca; sin embargo, debe entenderse **como aquellas que no admitan duda o equivocación que permita concluir de forma razonable que el titular otorgó la autorización**, por ello, para determinar si una conducta se considera como inequívoca para el otorgamiento de la autorización por parte del titular, deberá analizarse cada situación concreta, por parte de la Dirección de Protección de datos Personales dentro de una investigación administrativa.

Cabe resaltar que es obligación del responsable del tratamiento, al solicitar la autorización por parte del titular de los datos personales informar: (i) el Tratamiento al cual serán sometidos sus datos personales y la finalidad del mismo; (ii) el carácter facultativo de la respuesta, cuando éstas versen sobre datos sensibles o sobre los datos de las niñas, niños y adolescentes; (iii) los derechos que le asisten como Titular,

entre ellos, el de la supresión de sus datos y (iv) la identificación, dirección física o electrónica y teléfono del Responsable del Tratamiento para que pueda ejercer sus derechos.

Segundo interrogante

2. La posibilidad de contactar a las personas a través de diversos medios o plataformas (tales como WhatsApp, Correo electrónico, llamada telefónica, redes sociales o aplicaciones distintas a aquella en donde se realizó la publicación) haciendo uso de los datos personales que publicaron en sus redes sociales”.

Respuesta:

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.”**

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.

Es necesario aclarar que la Ley 1581 de 2012 no señala una clasificación de datos personales, sin embargo ante ese vacío la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, señaló lo siguiente:

“[S]e pregunta la Sala si la omisión de estas clasificaciones en el literal c) constituye un vicio de constitucionalidad. Para la Sala la respuesta es negativa, ya que estas definiciones no son un ingrediente indispensable para la aplicación de las garantías de la ley y, en todo caso, la ausencia de definiciones puede ser llenada acudiendo a la jurisprudencia constitucional y a otros preceptos legales.

En primer lugar, la clasificación de los datos personales en públicos, semiprivados y privados o sensibles, es solamente una posible forma de categorizar los datos, pero no la única; otras clasificaciones podrían ser producto de criterios diferentes al grado de aceptabilidad de la divulgación del dato. El legislador, por tanto, tiene libertad para elegir o no elegir una categorización.

Ahora bien, es cierto que el propio legislador estatutario adoptó algunas de estas clasificaciones, como la de datos sensibles, cuyo tratamiento se prohíbe con algunas excepciones en el artículo 6 del proyecto. Para poder dar sentido a este precepto, a juicio de la Sala, basta con acudir a las definiciones elaboradas por la jurisprudencia constitucional o a las definiciones de otros preceptos legales, como la Ley 1266, cuyo artículo 3 dispone:



“f) Dato público. Es el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución Política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la presente ley. Son públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y los relativos al estado civil de las personas;

g) Dato semiprivado. Es semiprivado el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios a que se refiere el Título IV de la presente ley.

h) Dato privado. Es el dato que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular.”

En este orden de ideas, dado que la clasificación de los datos personales no es un elemento indispensable de la regulación y, dicho vacío en todo caso puede ser remediado acudiendo a la jurisprudencia constitucional y a otras definiciones legales, especialmente al artículo 3 de la Ley 1266, en virtud del principio de conservación del derecho, el literal c) será declarado exequible en este respecto.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 2.2.2.25.1.3., del Decreto 1074 de 2015, señala la siguiente definición de dato público:

“Dato público: Es el dato que no sea semiprivado, privado o sensible. Son considerados datos públicos, entre otros, los datos relativos al estado civil de las personas, a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante o de servidor público. Por su naturaleza, los datos públicos pueden estar contenidos, entre otros, en registros públicos, documentos públicos, gacetas y boletines oficiales y sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidas a reserva”.

Por lo anterior, los datos públicos son aquellos que por mandato legal o constitucional es calificado como tal y los que no tengan la naturaleza de semiprivado, privado o sensible. A los datos públicos se puede acceder sin autorización del titular, salvo que se encuentren sometidos a reserva legal y pueden estar contenidos en registros públicos, documentos públicos, gacetas, boletines oficiales, sentencias judiciales, entre otros.

Por su parte, el literal f) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, señala el principio rector de acceso y circulación de los datos personales en los siguientes términos:

“Principio de acceso y circulación restringida: El Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las

disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente Ley.

Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley.”

(Subrayas fuera de texto)

Al respecto, la corte Constitucional mediante Sentencia 748 de 2011 señaló lo siguiente:

“[E]n razón de esta directriz, el Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, éste sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el titular y/o por las personas previstas en la presente ley. Además, se prohíbe que los datos personales, salvo información pública, se encuentren disponibles en Internet, a menos que se ofrezca un control técnico para asegurar el conocimiento restringido.

*En relación con el **primer inciso**, deben hacerse las siguientes precisiones. Como se explicó anteriormente, esta Ley Estatutaria, al establecer las condiciones mínimas en el manejo de la información, no agota la regulación en materia de habeas data, y por tanto, el Tratamiento estará también sujeto a la normatividad que se expida posteriormente.*

*En cuanto al **segundo inciso**, la norma debe entenderse que también se encuentra prohibida toda conducta tendiente al cruce de datos entre las diferentes bases de información, excepto cuando exista una autorización legal expresa, es decir, lo que la jurisprudencia ha denominado el **principio de individualidad** del dato. Como consecuencia de lo anterior, queda prohibido generar efectos jurídicos adversos frente a los Titulares, con base, **únicamente** en la información contenida en una base de datos.*

*De otra parte, y en relación con ese segundo inciso, uno de los interviniente solicita a esta Corporación, declarar su constitucionalidad bajo los siguientes condicionamientos: **(i)** se debe evitar que los datos privados, semiprivados, reservados o secretos puedan estar junto con los datos públicos, y por tanto, los primeros no pueden ser objeto de publicación en línea, a menos que se ofrezcan todos los requerimientos técnicos y **(ii)** se debe eliminar cualquier posibilidad de acceso indiscriminado, mediante la digitación del número de identificación a los datos personales del ciudadano.*

*Considera la Sala que tales condicionamientos no son necesarios, por cuanto la misma norma elimina estas posibilidades. En efecto: **(i)** prohíbe*

que los datos no públicos sean publicados en Internet y (ii) sólo podrían ser publicados si se ofrecen todas las garantías. De lo anterior se infiere que si el sistema permite el acceso con la simple digitación de la cédula, no es un sistema que cumpla con los requerimientos del inciso segundo del literal f) del artículo 4.

Sin embargo, debe reiterarse que el manejo de información no pública debe hacerse bajo todas las medidas de seguridad necesarias para garantizar que terceros no autorizados puedan acceder a ella. De lo contrario, tanto el Responsable como el Encargado del Tratamiento serán los responsables de los perjuicios causados al Titular.

De otra parte, cabe señalar que aún cuando se trate de información pública, su divulgación y circulación está sometida a los límites específicos determinados por el objeto y finalidad de la base de datos”.

(Subrayas fuera de texto)

En tal sentido, los datos personales que no sean públicos no pueden ser publicados en internet, salvo que que el acceso a los mismos sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a las personas autorizadas conforme a la Ley 1581 de 2012, es decir: (i) a los Titulares, sus causahabientes o sus representantes legales; (ii) a las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial y (iii) a los terceros autorizados por el Titular o por la ley. Lo anterior, con el fin de garantizar que terceros no autorizados puedan acceder a ella. En todo caso, cuando se pretenda realizar tratamiento de la información pública publicada en internet deberá someterse al cumplimiento del principio de finalidad de la base de datos.

Cabe precisar que los datos personales que se encuentren en sitios de acceso público como redes sociales o internet **por ese solo hecho no convierte a dichos datos personales en naturaleza pública** y, por ello, el tratamiento de los mismos deberá realizarse garantizando el derecho de hábeas data y el derecho de la intimidad del titular dando aplicación a los principios de legalidad, finalidad, libertad, veracidad y calidad, transparencia, acceso y circulación restringida, seguridad, confidencialidad consagrados en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012.

El acceso a los datos personales disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, debe ser técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la ley de protección de datos personales.

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.

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

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, los puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina-1>

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOCHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Carolina García Molina
Revisó: Rocío Soacha Pedraza
Aprobó: Rocío Soacha Pedraza

