



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 82804 DE 2020

(31 de diciembre)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación 18-170269

VERSIÓN PÚBLICA

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el artículo 17 de la Ley 1266 de 2008, el numeral 7 del artículo 16 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante oficio radicado con el número 18-170269-00 de fecha 22 de junio de 2018¹, la señora [REDACTED], presentó ante esta Superintendencia queja en contra de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** (en adelante **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**) y de la cual se extrae lo siguiente:

“Durante el presente año y de manera mensual el operador ha consultado mis centrales de riesgo sin mi autorización; posterior a la consulta me llaman a ofrecerme planes que no estoy solicitando (Estoy inscrita en Mi Datacredito por tanto me entro de estas consultas y dos días después recibo la llamada de Movistar). En el mes de Febrero solicité explicación a lo que recibí la siguiente respuesta: “Las consultas se efectuaron debido a su intención de contratar planes adicionales para su línea; dichas consultas fueron realizadas a través de nuestro canal tienda virtual servicio en línea” Posterior a esto me comunico vía telefónica pues nunca he consultado en el portal para contratación de planes adicionales; si ingresaba a la aplicación pero solo para validar consumos y facturas pendientes. La funcionaria me informa que si se verifican ingresos por lo cual tome la decisión de desinstalar (sic) dicha aplicación, en los últimos meses posteriores a la queja solo he ingresado en dos oportunidades al portal web y utilizo solo la opción de pago de factura; reitero NO CONSULTO PLANES NI SERVICIOS ADICIONALES. A la fecha y posterior a esta queja en el mes de Febrero se siguen presentando consultas a mis centrales de riesgo así: 29 de enero de 2018 22 de Febrero de 2018 30 de marzo de 2018 23 de Abril de 2018 24 de Mayo de 2018 18 de Junio de 2018 (...)”

SEGUNDO: Que mediante Resolución 23993 del 27 de junio de 2019, el Director de Investigación de Protección de Datos Personales inició una investigación administrativa con el fin de establecer si **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** vulneró las normas sobre protección de datos personales, en particular la establecida en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley 1266 de 2008, en concordancia con el artículo 15 de la misma norma.

TERCERO: Que una vez agotada la etapa probatoria y efectuado el análisis del escrito de descargos² y de los diferentes medios probatorios allegados oportunamente al expediente, la Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales, mediante Resolución 20191 del 7 de mayo de 2020, resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: IMPONER una sanción pecuniaria a la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, identificada con Nit. 830.122.566-1 de CIENTO DIECISEIS MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$116.719.746), equivalentes a TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO (3.278) UVT (Unidades de Valor Tributario), vigentes por la vulneración del deber establecido en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley 1266 de 2008, en concordancia con el artículo 15 de la misma normatividad”.

¹ Escrito de queja radicado en el Sistema de Trámites de la Superintendencia de Industria y Comercio con el consecutivo 18-170269-00 de fecha 22 de junio de 2020.

² Escrito de Descargos radicado en el Sistema de Trámites de la Superintendencia de Industria y Comercio con el consecutivo 18-170269-17 de fecha 2 de agosto de 2019.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

CUARTO: Que dentro del término legal establecido para el efecto³, mediante escrito radicado con el número 18-170269-36, de fecha 14 de julio de 2020, el apoderado de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (en adelante el **RECURRENTE**) interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución 20191 del 7 de mayo de 2020, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. “INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN NORMATIVA RESPECTO DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 9 Y EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 1266 DE 2008”.

Manifestó el RECURRENTE, lo siguiente:

“Con fundamento en la situación fáctica previamente planteada, y las normas descritas me permito informar a su Despacho que después de haber revisado el caso particular a la luz de las normas en mención, se encuentra que al momento de llevar a cabo las 6 consultas al historial de crédito de la quejosa, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. contaba con la previa autorización de la titular de la información, la cual fue suministrada al momento de suscribir el contrato. Ahora bien, dicha circunstancia no puede, ni debió ser objeto de reproche por parte de su Despacho mediante esta actuación administrativa, teniendo que ni el artículo 9 numeral 1, como el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008, están tipificando dicha conducta como infractora, en consecuencia, toda apreciación que su Despacho ha realizado en torno a responsabilizar a mi mandante por no contar con previa autorización de la titular respecto del manejo de la información, deberá ser desestimada por no estar justificada en normas que así lo tipifiquen en plena observancia del principio de legalidad y tipicidad.

Ahora bien, al tenor de lo establecido en el artículo 9 numeral 1 de la Ley 1266 de 2008, el deber de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. en el presente caso se circunscribía a guardar reserva sobre la información que le fuera suministrada por parte de la señora [REDACTED] y de utilizar la información únicamente para los fines para los que le fue entregada, en relación con ello, el artículo 15 de la misma norma establece que el deber en cabeza de mi mandante era el de acceder a la información con una finalidad específica, como elemento de análisis para establecer y mantener una relación contractual, cualquiera que sea su naturaleza, así como para la evaluación de los riesgos derivados de una relación contractual vigente, también como elemento de análisis para hacer estudios de mercado o investigaciones comerciales o estadísticas.

Establecido lo anterior, se tiene que las consultas realizadas por parte de mi representada los días 29 de enero, 22 de febrero, 30 de marzo, 23 de abril, 24 de mayo y 18 de junio de 2018, se realizaron con fines legítimos, teniendo en cuenta que se llevaron a cabo para calcular los probables riesgos crediticios al establecer una nueva relación contractual con la usuaria. Debe advertirse que la usuaria realizó 3 solicitudes posventa de planes adicionales y servicios adicionales, transacción que ella adelantó a través de la tienda Movistar online, solicitudes que luego de ser verificadas fueron aprobadas.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que sobre la primigenia activación de servicios que realizara la usuaria, se hicieron nuevas solicitudes posventa, así pues, mi representada requería analizar los riesgos que se pudiesen presentar en la relación contractual vigente derivados de la adquisición de tales nuevos servicios, lo cual se concreta mediante la verificación de la información que reposa en centrales de información financiera, con el objeto de analizar el historial crediticio de la usuaria y conocer si la usuaria contaba con la capacidad de endeudamiento para adquirir los servicios solicitados.

*A más de lo anterior, se quiere advertir que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. contaba con la autorización para el tratamiento de la información, suministrada al momento de suscribir el contrato, en virtud del cual, el cliente autoriza a la Compañía para recolectar, almacenar, conservar, usar, suprimir, actualizar, compartir y circular a terceros, sus datos personales de orden demográfico, económico, biométrico, de servicios, comercial y de localización; para obtención y suministro de información relativa al cumplimiento de sus obligaciones **y el cálculo de riesgo económico o crediticio (de manera irrevocable)**, la publicación de directorios*

³ Conforme a constancia suscrita por la Coordinadora del Grupo de Notificaciones y Certificaciones de esta Superintendencia, radicada bajo el número 18-170269-35 de fecha 13 de julio de 2020, la Resolución 20191 de fecha 7 de mayo de 2020 fue notificada por aviso a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES el 01 de julio de 2020, con lo cual el término para presentar los recursos vencía el 15 de julio de 2020.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

telefónicos, la prevención y control de fraudes, y para beneficio propio o de terceros, con fines comerciales o publicitarios en Colombia o en el exterior.

De esta manera, debe resaltarse que los datos son tratados de conformidad con las políticas para el tratamiento de datos personales que se encuentran a disposición de los interesados y/o titulares de los datos en la página web www.movistar.co. Además de lo anterior, el titular de los datos tiene derecho de conocer, actualizar, rectificar, suprimir los datos, y revocar la autorización.

Adicionalmente, queda acreditado que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P no quebrantó los principios de "finalidad" ni de "circulación restringida", en el entendido que, como se reitera, el acceso o consulta de información tenía como finalidad establecer y mantener una relación contractual y para ello era necesario evaluar los riesgos derivados de esta, por lo que existía una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley, adicionalmente, en ninguna oportunidad de la presente investigación, quedó demostrado que la información del usuario fuera divulgada o tratada de una manera equívoca o contraria a la norma que rige para tal efecto.

En tal sentido, debe advertirse que el cargo endilgado a mi poderdante, carece de todo fundamento fáctico y jurídico, toda vez que en todo momento se guardó reserva de la información suministrada por la titular de la información, y el uso de la misma observó de manera estricta la finalidad con la que fue suministrada, esto es, la de evaluar los riesgos derivados de una relación contractual vigente.

Lo anterior implica que su Despacho, ha incurrido en una indebida apreciación de las pruebas aportadas por mi representada, en este sentido, la sanción impuesta a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, deberá ser revocada por encontrar que no existió infracción respecto del numeral 1 del artículo 9 y del artículo 15 de la Ley 1266 de 2008".

2. "PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN".

Respecto a la proporcionalidad de la sanción, el **RECURRENTE** manifestó lo siguiente:

"El principio de proporcionalidad y/o razonabilidad en la sanción administrativa constituye uno de los pilares fundamentales en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración pública.

Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro los límites de la facultad atribuida y mantenido la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que posea, al fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su función y el cumplimiento de los deberes que le han sido encomendados la Constitución y las leyes.

Es así como el Estado en ejercicio de su potestad sancionatoria, debe incluir en la valoración del caso, algunos elementos necesarios para consolidar el principio de razonabilidad en cada caso en concreto entre los cuales se encuentran:

- a. La determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad.*
- b. El perjuicio causado.*
- c. Las circunstancias de la comisión de la infracción.*

Adicionalmente, y aplicado el caso en concreto, es necesario señalar que a Ley 1266 de 2008, estableció unos criterios definidos taxativamente para la graduación e imposición de sanciones los cuales se encuentran en el artículo 19 de la citada norma.

(...)

De conformidad con lo anteriormente planteado, se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a los casos que tiene bajo investigación en materia de habeas data, debe observar además de los criterios generales, los criterios específicos que contiene la norma anteriormente precitada, y de esta manera motivar y justificar la sanción que impone en cada caso concreto.

Por consiguiente, es deber de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del caso objeto de estudio, haber analizado y sustentado a la luz de la norma, cada uno de los criterios que se

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

encuentran señalados taxativamente en la norma, y con base en éstos haber proferido una decisión lógica y acorde con las circunstancias de modo que rodearon el caso.

*Así pues, el acto administrativo que ahora se recurre, carece de la motivación suficiente en tanto que esa Entidad sólo señaló que “Por un lado, se aclara que los criterios de graduación de la sanción señalados en los literales b), d) y e) del artículo 19 de la Ley 1266 de 2008 no serán tenidos en cuenta debido a que (i) dentro de la investigación realizada no se encontró que la investigada hubiera obtenido beneficio económico alguno por la comisión de la infracción; (ii) no hubo resistencia y obstrucción a la acción investigativa de la Superintendencia; (iii) tampoco hubo renuencia a cumplir las órdenes impartidas por esta autoridad (...)”, en este sentido, aun cuando reconoció que mi representada no atentó en contra de dichos criterios, no los tuvo en cuenta al momento de graduar la sanción que ahora se recurre. Por lo tanto, aun cuando se asegura que dentro del acto administrativo sancionatorio no fueron tenidos en cuenta tales criterios, **¿Por qué razón el monto de la sanción no fue graduado de conformidad con las circunstancias, las cuales demostraron que Colombia Telecomunicaciones no incurrió en ninguna de estas conductas?***

En este sentido, no se explica cuáles fueron los criterios analizados para imponer la sanción que ahora se recurre, puesto que no realizó ninguna clase de valoración que sustentara y motivara tal decisión, lo cual raya en el absurdo puesto que se trata de una decisión que no contempló los criterios mínimos a tener en cuenta en un caso de estas características.

Ahora bien, en cuanto al daño o perjuicios generados dentro del presente asunto, es más claro aún, que los argumentos expuestos por su Despacho resultan insuficientes toda vez que en ninguna oportunidad procesal o extraprocesal, desde el inicio de la investigación y a lo largo de la misma, se demostró fehacientemente que se hubiera causado un daño irremediable a la usuaria.

Lo anterior cobra sustento en que la usuaria nunca demostró el daño causado ni el monto del mismo, y tampoco lo hizo así el ente sancionador, pues dentro del análisis del caso nunca justificó cabalmente y tampoco se exhibieron y sustentaron piezas procesales que demostraran que Colombia Telecomunicaciones hubiera causado un daño irreversible y definitivamente perjudicial de tal gravedad que sus efectos no fueran susceptibles de ser subsanados y/o retrotraídos en cuanto al usuario.

En cuanto al perjuicio, dentro del presente caso no se evidencia de manera clara el daño causado al usuario puesto que tales informaciones no han pasado de ser aseveraciones no demostradas ni por el usuario por la SIC, puesto que no se logró establecer materialmente el daño y su valor. A efectos de valorar el caso, la SIC tenía el deber de examinar los elementos del daño y verificar su ocurrencia en el presente asunto.

Teniendo en cuenta que el daño se ha concebido mayoritariamente como la aminoración patrimonial sufrida por una persona con ocasión de la conducta desplegada por otra (natural o jurídica), lo cual genera per se un perjuicio como consecuencia, es claro que para que se predique daño y en consecuencia se genere su reparación, se tienen que verificar unos elementos necesarios que en el caso en particular no se encuentran demostrados tales como su veracidad, puesto que nunca fue claro ¿Cuál fue la pérdida o perjuicio de la usuaria?

Para que el perjuicio pueda ser predicado dentro del presente asunto, y la sanción tenga pleno sustento en los hechos acaecidos, es necesario que dentro de la actuación administrativa se hubiera probado plenamente el menoscabo sufrido por el usuario y en esa medida graduar la sanción, sin embargo dicha sanción impuesta no se encuentra enmarcada dentro del elemento fáctico y menos aún dentro del elemento jurídico puesto que la SIC la decisión de la SIC es claramente desproporcionada y no guarda equilibrio alguno con las circunstancias de modo que se presentaron dentro de este caso.

Los parámetros normativos en comento, al ser aplicados al caso concreto limitan el derecho abusivo y arbitrario que pueda ejercer la administración en el cumplimiento de su función y asegura la coherencia en los actos legislativos. Es decir, cualquier incorporación de una ley al ordenamiento jurídico, tiene que ser razonable en su objetivo, en los medios, y en los fines. En este caso, se advierte que la SIC, al desconocerlos incurrió en abuso del derecho y vulneración al principio de legalidad al imponer una sanción como la que ahora se recurre.

(...)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De lo anterior, puede colegirse que aun cuando a la administración le han sido otorgadas ciertas prerrogativas a la hora de imponer sanciones, es deber de la administración, en aplicación del principio de proporcionalidad y en cumplimiento de los fines del estado conocer y valorar las condiciones de modo y tiempo que rodean cada caso en concreto, pues éstas son variables fundamentales valorar a la hora de imponer una sanción puesto que el Estado debe verificar previamente la descripción de la conducta y advertir cuales fueron las motivaciones del administrado en su proceder.

*Al ser el principio de proporcionalidad una garantía procesal de mi representada en aplicación de la sanción, se advierte que la multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, es claramente desproporcionada y arbitraria a la luz de los fines que le han sido encomendados a la Superintendencia de Industria y Comercio puesto que a todas luces, el valor de dicha sanción es **excesiva** comparada con la conducta que presuntamente cometida por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP., toda vez que el principio de proporcionalidad en la sanción exige que la falta descrita como infractora como la sanción impuesta resulten adecuadas a la norma y a los fines que ésta le impone a la Administración.*

En este sentido, si la administración, es este caso la SIC, impone una sanción, que comparada con la conducta infractora resulta ser desmesuradamente excesiva, como el caso en concreto, se encuentra transgrediendo patentemente los principios constitucionales de legalidad y tipicidad administrativos, a los cuales se encuentra ceñida, lo cual también se traduce en desconocimiento de las garantías procesales del administrado.

En palabras de Corte Constitucional, en cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia a esa misma gravedad^{[2].4}

Si bien es cierto, la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene la responsabilidad de vigilar y sancionar las conductas que atenten contra el régimen de protección de usuarios de servicios de comunicaciones, es más cierto aún que en ejercicio de tal función, debe observar y valorar las condiciones particulares que rodean el caso y adicionalmente aplicar las normas que rigen su facultad sancionatoria con el objetivo de o incurrir en decisiones arbitrarias.

Con lo anterior quiero expresar que la potestad sancionatoria que posee la Superintendencia de Industria y Comercio implica un claro mandante para que, en el momento de establecer una sanción administrativa, no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiese cometido; es decir, que se trata solo de contemplar los hechos en abstracto, sino en cada caso particular.

Por tanto, una decisión razonable en estos casos supone, cuando menos la elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, el ordenamiento jurídico en su conjunto y la comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en abstracto de los hechos, sino su observación en directa relación con los sujetos, pues de esta manera, un hecho resultará en mayor o menor medida sancionable de conformidad con los lineamientos establecidos en la Ley 1266 de 2008 en su artículo 19, el cual establece los criterios a valorar por parte de la Administración a la hora de imponer una sanción. Esto porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad.

Así el estado de las cosas, luego de que la Administración sopesa los hechos a la luz de las normas respectivas, deberá asumir un elemento a tener en cuenta y es que a medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso. Con ello se advierte que por parte de la Administración se imponga una sanción ajustada a derecho y no arbitraria y que resulte más lesiva a los derechos del particular, como en el caso concreto, la imposición de una sanción económica de tan alto valor que inestabiliza la función de mi representada y le resulta supremamente gravosa a sus intereses.

(...)

⁴ [2] Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En conclusión, se advierte que la sanción impuesta a Colombia Telecomunicaciones y que ahora se recurre, además de desproporcionada, resulta lesiva, pues vulnera los derechos de mi representada tal cual como se ha expuesto.

Finalmente, la **RECURRENTE** solicita la revocatoria de la Resolución 20191 del 7 de mayo de 2020, y de manera subsidiaria, se reconsidere el valor de la sanción, bajo la consideración de que en el presente caso no existe vulneración alguna del numeral 1 del artículo 9 y el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008.

QUINTO: Que mediante Resolución 59796 del 28 de septiembre de 2020, la Dirección de Investigación para la Protección de Datos Personales, resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando en todas sus partes la Resolución 20191 del 7 de mayo de 2020, y concediendo el recurso de apelación.

SEXTO. Que mediante el artículo primero de la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020 de esta entidad se ordenó lo siguiente: *“SUSPENDER los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias en curso, que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia, desde el 1º de abril del 2020 y hasta la vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada por el Presidente de la República, fechas en que no correrán los términos legales, incluidos los de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración prevista de manera general en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en las normas especiales aplicables a las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.”*

Que en el presente caso no se trata de una actuación relacionada con la garantía del habeas data contenido en el artículo 15 de la Constitución Política y cuyo texto es el siguiente: *“Todas las personas (...) 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”*.

Que mediante el artículo 1 de la Resolución 28182 del 12 de junio de 2020 de la Superintendencia de Industria y Comercio se ordenó *“REANUDAR a partir del 16 de junio de 2020, los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia (...)”*

SÉPTIMO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** contra la Resolución 20191 del 7 de mayo de 2020, de conformidad con las siguientes

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

1. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

El artículo 16 del Decreto 4886 de 26 de diciembre de 2011⁵ establece las funciones del Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales, entre las cuales se destacan las siguientes:

“(...

7. Decidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa que se interpongan contra los actos que expida, así como los de apelación que se interpongan contra los actos expedidos por la Dirección a su cargo.

(...)”

⁵ Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

2. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS A LA PRESENTE ACTUACIÓN.

Previo a resolver el recurso de apelación interpuesto, este Despacho procederá a analizar las pruebas allegadas a la presente actuación, con el fin de determinar si efectivamente **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, no cumplió con el deber establecido en el numeral 1 del artículo 9 en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008, veamos:

2.1. Queja presentada por la señora [REDACTED], radicada con el número 18-170269-00 de fecha 22 de junio de 2018, en la cual manifiesta lo siguiente:

“Durante el presente año y de manera mensual el operador ha consultado mis centrales de riesgo sin mi autorización; posterior a la consulta me llaman a ofrecerme planes que no estoy solicitando (Estoy inscrita en Mi Datacredito por tanto me entro de estas consultas y dos días después recibo la llamada de Movistar). En el mes de Febrero solicité explicación a lo que recibí la siguiente respuesta: “Las consultas se efectuaron debido a su intención de contratar planes adicionales para su línea; dichas consultas fueron realizadas a través de nuestro canal tienda virtual servicio en línea” Posterior a esto me comunico vía telefónica pues nunca he consultado en el portal para contratación de planes adicionales; si ingresaba a la aplicación pero solo para validar consumos y facturas pendientes. La funcionaria me informa que si se verifican ingresos por lo cual tome la decisión de desinstalar (sic) dicha aplicación, en los últimos meses posteriores a la queja solo he ingresado en dos oportunidades al portal web y utilizo solo la opción de pago de factura; reitero NO CONSULTO PLANES NI SERVICIOS ADICIONALES. A la fecha y posterior a esta queja en el mes de Febrero se siguen presentando consultas a mis centrales de riesgo así: 29 de enero de 2018 22 de Febrero de 2018 30 de marzo de 2018 23 de Abril de 2018 24 de Mayo de 2018 18 de Junio de 2018 (...)”

2.2. Oficio No. CUN 4433180001558248 de fecha 14 de marzo de 2018, mediante el cual la Jefe Primera Instancia Gerencia de Atención Escrita de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P, da respuesta al derecho de petición relacionado por la titular en su escrito de queja, y del cual se extrae lo siguiente:

“Las consultas se efectuaron debido a su consulta e intención de contratar Planes Adicionales Servicios Complementarios para la línea [REDACTED], la cual se encuentra activa y funcionando en plan pospago desde el día 06 de marzo del 2015. Estas consultas fueron realizadas a través de nuestro canal Tienda Movistar Servicio en Línea.

Dichas consultas se realizaron netamente con fines comerciales y de venta, tal como lo establece la LEY ESTATUTARIA 1266 DE 2008 en su artículo 15 (...)

Nos permitimos aclarar que la base fundamental de la facultad que tiene las entidades de solicitar datos de sus clientes radica en la autorización que el interesado otorga previamente, al momento de suscribir contrato de prestación de servicios, para disponer de esa información, de acuerdo a lo anterior, siempre que las cuentas y/o líneas activas bajo su nombre y número de identificación, presenten modificaciones ó incrementos por cobros se servicios suplementarios y/o adicionales, se deberá realizar la consulta, para la evaluación del riesgo crediticio, por lo tanto, no es viable garantizar que no se volverá a realizar consultas de su historial en las centrales de riesgo”.

2.3. Oficio radicado en el sistema de trámites con el número 18-170269-10 de fecha 21 de marzo de 2019 mediante el cual, la apoderada especial de Colombia Telecomunicaciones, informa a esta Superintendencia, lo siguiente:

“En primera medida, le informamos que las consultas del historial crediticio efectuadas durante el lapso comprendido entre el mes de enero a julio de 2008 a la señora [REDACTED], identificada con cédula de ciudadanía N° [REDACTED], se realizaron con fines comerciales, para realizar modificaciones al contrato, solicitadas por el propio cliente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

BASE DE CONSULTA

FECHA_SOLIC	TIP_ID	NUM_ID	NOMBRE	APELLIDO	TIP_EVAL	TIP_SOLICPOSVENTA	CANAL	DES_RESPUESTA
2019-01-30 19:01:54.000	CC				POSV	PASS	TMSL	Cliente aprobado
2019-01-30 19:01:54.000	CC				POSV	PASS	TMSL	Cliente aprobado
2019-01-30 19:01:54.000	CC				POSV	PASS	TMSL	Cliente aprobado

Las consultas, corresponden a 3 solicitudes de posventa (POSV), para la activación de Planes Adicionales Servicio Suplementarios (PASS), realizadas por Tienda Movistar Servicio en Línea (TMSL), terminando las solicitudes aprobadas”

Nótese que las consultas a las que se hace referencia en el cuadro anterior, son las realizadas el día 30 de enero de 2019, y no respecto de las realizadas en el año 2018.

- 2.4. Oficio radicado en el sistema de trámites con el número 18-170269-8 de fecha 14 de marzo de 2019, mediante el cual Experian Colombia S.A (DataCrédito), informa lo siguiente:

“Sobre el particular, nos permitimos informar que la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. – Telecom-, efectivamente efectuó consultas al historial de crédito de la titular en las fechas: **29 de enero de 2018, 22 de febrero de 2018, 30 de marzo de 2018, 23 de abril de 2018, 24 de mayo de 2018 y 18 de junio de 2018**” (negrilla fuera de texto)

- 2.5. Oficio radicado en el sistema de trámites con el número 18-170269-17 de fecha 2 de agosto de 2019, mediante el cual la Apoderada Especial de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, presenta los Descargos, y del cual se extrae lo siguiente:

“... Así las cosas, se logró determinar que las consultas al historial crediticio de la señora [REDACTED], realizadas el día 30 de enero de 2019 (sic) por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, se efectuaron siguiendo las estrictas finalidades señaladas por la norma en comento, con el ánimo de calcular los riesgos crediticios presentes para el establecimiento de una nueva relación contractual.

Luego de verificar nuestros sistemas, se logró determinar que la (sic) consultas se efectuaron debido a que la Usuaría realizó tres (3) solicitudes Posventa (POSV) DE planes Adicionales de Servicios Adicionales (PASS) por medio de la Tienda Movistar Servicio en Línea (TMSL), las cuales fueron aprobadas. A continuación, se muestra detalle de las consultas realizadas

Prueba N° 1. Huella de las Consultas en Centrales de Riesgo

FECHA_SOLIC	TIP_ID	NUM_ID	NOMBRE	APELLIDO	TIP_EVAL	TIP_SOLICPOSVENTA	CANAL	DES_RESPUESTA
2019-01-30 19:01:54.000	CC				POSV	PASS	TMSL	Cliente aprobado
2019-01-30 19:01:54.000	CC				POSV	PASS	TMSL	Cliente aprobado
2019-01-30 19:01:54.000	CC				POSV	PASS	TMSL	Cliente aprobado

Ahora bien, la verdad es que las consultas en Datacrédito adelantadas el día 30 de enero de 2019 en relación con la señora [REDACTED], no requerían de su autorización.

Es decir, en el presente caso la Empresa no requería autorización alguna, por expresa disposición legal y regulatoria expedida por la propia Superintendencia de Industria y Comercio, Ente que adelanta la presente investigación.

Pero si todo lo anterior no fuere suficiente, debemos mencionar que la Empresa además de no requerir la autorización de la señora [REDACTED] para adelantar las consultas, sí contaba con su autorización para ello, a través del contrato que se encuentra vigente, de la línea [REDACTED], cuya copia no ha sido posible recuperar en los Sistemas de Administración de Información de la Compañía, la cual fue activada en 06 de marzo de 2015.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación



Por lo tanto, no existe fundamento para proferir una decisión sancionatoria y continuar con el curso de la presente investigación, sobre la base que la consulta generada ante las centrales de riesgo, se hizo conforme a la Ley Estatutaria 1266 de 2008 artículo 15".

Igualmente, en el cuadro relacionado como Prueba No. 1 se relacionan unas consultas realizadas el día 30 de enero de 2019, guardando silencio respecto de las realizadas los días **29 de enero de 2018, 22 de febrero de 2018, 30 de marzo de 2018, 23 de abril de 2018, 24 de mayo de 2018 y 18 de junio de 2018.**

2.6. Oficio radicado en el sistema con el número 18-170269-20 de fecha 01 de octubre de 2019, mediante el cual da respuesta a la solicitud hecha por la Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales, mediante Resolución 47030 del 18 de septiembre de 2019⁶, la apoderada especial de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, informa lo siguiente:

"Primera Orden: En atención a su solicitud, nos permitimos informar a la Superintendencia de Industria y Comercio que, a pesar de haber realizado la búsqueda en los Sistemas de Administración de Información de la Compañía no fue posible la recuperación del contrato celebrado entre la señora [REDACTED] y Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, para la prestación de servicios de la línea [REDACTED]. (Negrilla fuera de texto)

Segunda Orden: Una vez consultados los sistemas de la Compañía, encontramos que la línea [REDACTED] desde su activación, siempre ha estado en la modalidad "pospago", como puede verificar el ente de Vigilancia y Control en las imágenes plasmadas a continuación:

Fecha desde del Plan	Fecha hasta del Plan	Cod. Plan	Descripción Plan	Tipo de Uso
06-03-2015 09:52:36	04-08-2015 23:53:02	4J7	PLAN INNOVACION 1	CUENTA CONT
04-08-2015 23:53:03	05-08-2015 23:59:59	4J7	PLAN INNOVACION 1	CUENTA CONT
06-08-2015 00:00:00	05-05-2016 23:59:59	5P3	CONTROL DATOS + M	CUENTA CONT
06-05-2016 00:00:00	05-09-2016 23:59:59	2N1	CONTROL DATOS + M	CUENTA CONT
06-09-2016 00:00:00	06-03-2017 13:03:37	N3	CONTROL DATOS + S	CUENTA CONT
06-03-2017 13:03:38	05-04-2017 23:59:59	GG	CONTROL DATOS + S	CUENTA CONT
06-04-2017 00:00:00	21-10-2018 14:00:00	GE	CONTROL DATOS + S	CUENTA CONT

⁶ Mediante la Resolución 47030 del 18 de septiembre de 2019, el Director de Investigación de Protección de Datos Personales, decretó en su artículo segundo la práctica las siguientes pruebas:

- Ordenar a la sociedad **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP**, que dentro del término de diez (10) hábiles, siguientes a la comunicación del presente acto administrativo, aporte copia del contrato suscrito con la señora [REDACTED], en el que conste la autorización para realizar consultas a su historial crediticio.
- Requerir a la sociedad **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP** para que dentro del término de diez (10) días hábiles, siguientes a la comunicación del presente acto administrativo, informe detalladamente si la línea contrata por la señora [REDACTED], siempre ha estado en la modalidad de "pospago", o en caso contrario, las fechas en que esta se encontró en modalidad de "prepago".

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

GRETA – SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN
ESTADO ACTUAL

3. DEL ACCESO DE LOS USUARIOS A LA INFORMACIÓN FINANCIERA, CREDITICIA Y COMERCIAL DE TERCEROS.

La sociedad RECURRENTE tiene la calidad de “usuario⁷” a la luz de lo previsto en el literal d) del artículo 3 de la Ley 1266 de 2008. Como tal, debe cumplir una serie de requisitos para acceder a la información y sólo puede usarla para fines permitidos por la ley o por el titular del dato.

Respecto de los usos de dicha información, el artículo 15 de la citada Ley dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 15. ACCESO A LA INFORMACIÓN POR PARTE DE LOS USUARIOS. La información contenida en bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países podrá ser accedida por los usuarios únicamente con las siguientes finalidades: Como elemento de análisis para establecer y mantener una relación contractual, cualquiera que sea su naturaleza, así como para la evaluación de los riesgos derivados de una relación contractual vigente.

Como elemento de análisis para hacer estudios de mercado o investigaciones comerciales o estadísticas.

Para el adelantamiento de cualquier trámite ante una autoridad pública o una persona privada, respecto del cual dicha información resulte pertinente.

Para cualquier otra finalidad, diferente de las anteriores, respecto de la cual y en forma general o para cada caso particular se haya obtenido autorización por parte del titular de la información”.

En cuanto al acceso legítimo a los datos personales, es importante tener presente que con ocasión de la revisión integral de constitucionalidad de la ley 1266 de 2008, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“Al respecto, se parte de considerar que la finalidad de la administración de datos personales de contenido comercial y financiero es determinar el nivel de riesgo crediticio del sujeto concernido. En otras palabras, la actividad que realizan las centrales de riesgo es suministrar a los participantes del mercado económico información acerca de las posibilidades que una persona natural o jurídica incumpla en el pago de una obligación futura. Así, la determinación del riesgo es una actividad previa al perfeccionamiento de contratos comerciales o de crédito entre el usuario de la información y el sujeto concernido.

Esta comprobación es importante a la hora de determinar la legitimidad constitucional de la restricción al principio de libertad que propone un grupo de intervinientes. Como se observa, el acceso a la información crediticia y comercial del sujeto concernido se inserta, necesariamente, en una actividad contractual bilateral. Es decir, los usuarios del dato personal están interesados en conocer la información de un cliente potencial específico, a fin de celebrar contratos también

⁷ Artículo 3°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

d) Usuario. El usuario es la persona natural o jurídica que, en los términos y circunstancias previstos en la presente ley, puede acceder a información personal de uno o varios titulares de la información suministrada por el operador o por la fuente, o directamente por el titular de la información. El usuario, en cuanto tiene acceso a información personal de terceros, se sujeta al cumplimiento de los deberes y responsabilidades previstos para garantizar la protección de los derechos del titular de los datos. En el caso en que el usuario a su vez entregue la información directamente a un operador, aquella tendrá la doble condición de usuario y fuente, y asumirá los deberes y responsabilidades de ambos;

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

definidos. A su vez, ese cliente potencial también ha expresado su intención de acceder a determinado producto comercial o de crédito, lo que ha motivado que la entidad o empresa correspondiente realice una investigación sobre su historial de cumplimiento. Bajo esta perspectiva, para que exista necesidad del cálculo del riesgo crediticio debe concurrir un interés bilateral de las partes interesadas en el perfeccionamiento del contrato futuro.

En este marco, la presunta eliminación del consentimiento del titular para la incorporación del dato financiero y crediticio a la base de datos, permitiría que los usuarios pudieran acceder a la información personal de todas las personas, incluso aquellas que no han mostrado interés en celebrar operaciones comerciales o de crédito con dichos usuarios. Este escenario, a juicio de la Corte, constituye una expresión de abuso en el ejercicio del poder informático de los operadores y los usuarios de la información. Ello es así puesto que si la justificación constitucional de la recolección de datos personales de carácter crediticio es que el direccionamiento de los recursos del crédito a quienes honran debidamente sus obligaciones crediticias es un factor relevante para el sostenimiento de la estabilidad financiera, un uso indiscriminado del dato, que no consulta esa necesidad de distribución adecuada de los recursos de crédito, sino otras finalidades desconocidas para el titular, desvirtúa esos objetivos y se torna contrario a la Constitución”⁸. (Destacamos)

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye lo siguiente de la lectura integral y armónica de la jurisprudencia constitucional y del artículo 15 de la ley 1266 de 2008:

En primer lugar, según la Corte Constitucional es necesario que el titular del dato autorice al usuario para que pueda acceder a sus datos personales con miras a **establecer o mantener una relación contractual. El usuario no puede unilateralmente atribuirse dicha facultad.**

Lo anterior se recalca en lo dispuesto en los numerales 1.3. y 3.2. del artículo 6 de la Ley Estatutaria 1266 de 2008 cuyo texto ordena lo siguiente:

“ARTÍCULO 6o. DERECHOS DE LOS TITULARES DE LA INFORMACIÓN. Los titulares tendrán los siguientes derechos:

1. Frente a los operadores de los bancos de datos:

(..)

*1.3 Solicitar prueba de la certificación de la **existencia de la autorización expedida por la fuente o por el usuario.** (..)*

3. Frente a los usuarios:

(...)

*3.2 **Solicitar prueba de la autorización**, cuando ella sea requerida conforme lo previsto en la presente ley.” (Énfasis añadido)*

En segundo lugar, para la Corte Constitucional es una conducta abusiva “*que los usuarios pudieran acceder a la información personal de todas las personas, incluso aquellas que no han mostrado interés en celebrar operaciones comerciales o de crédito con dichos usuarios*”⁹.

Finalmente, una vez se acceda legítimamente a esa información se podrá utilizar para los fines indicados en el artículo 15. Si la finalidad de acceso no se encuentra dentro de las permitidas en dicha norma, entonces el usuario deberá solicitar autorización para poder emplear los datos para otros propósitos diferentes a los establecidos en la regulación en comento. En este sentido, señala la Corte Constitucional que “*debe resaltarse que si bien la norma permite que el consentimiento se preste “en forma general”, ello debe interpretarse de forma compatible con el principio de libertad, razón por la que tal modalidad de autorización deberá, en todo caso, manifestar la finalidad expresa respecto de la cual se autoriza el acceso a los datos personales por parte del usuario. Así, dicha generalidad se predicará de las distintas finalidades autorizadas, sin que signifique la legitimidad de una cláusula abierta, que no identifique claramente los propósitos para el citado acceso por los usuarios. En efecto, si bien la norma hace referencia a*

⁸ Sentencia C- 1011 de 2008

⁹ Ibid

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

“cualquier otra finalidad”, en todo caso exige que “se haya obtenido autorización por parte del titular de la información.”¹⁰

Visto lo anterior, es importante precisar el alcance de los deberes de (i) “guardar reserva” y de (ii) “uso limitado de la información” a que se refiere al numeral 1) del artículo 9 de la ley en estudio.

DE LOS DEBERES DE RESERVA Y DE USO LIMITADO DE LA INFORMACIÓN

El artículo 9 de la ley 1266 de 2008 establece lo siguiente:

“DEBERES DE LOS USUARIOS. Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley y demás que rijan su actividad, los usuarios de la información deberán:

1. **Guardar reserva sobre la información que les sea suministrada por los operadores de los bancos de datos, por las fuentes o los titulares de la información y utilizar la información únicamente para los fines para los que le fue entregada, en los términos de la presente ley (...).” (Destacamos)**

Este numeral enuncia dos deberes: el de “guardar reserva” y el de “utilizar la información para ciertos fines”. A continuación, nos referiremos a cada uno:

En primer lugar, cuando se habla del deber de reserva nos encontramos frente a una situación en la que se quiere mantener secreto sobre cierta información que no es de naturaleza pública ni de acceso abierto e ilimitado. Específicamente, se pretende evitar que la información sea conocida por cualquier persona. Por eso se imponen restricciones a su circulación y acceso de manera que solo pueda ser conocida por un grupo limitado de personas que accedieron legítimamente a la información.

Así las cosas, el deber de reserva se vulnera de dos maneras, a saber:

- a) Cuando se accede lícitamente a la información, pero se difunde a terceros no autorizados.
- b) Cuando se conozca o acceda ilegítimamente a la información

En segundo lugar, el usuario no puede utilizar la información para cualquier propósito sino únicamente para las finalidades autorizadas por la ley o por el titular de la misma. Es por eso que el precitado numeral 1 del artículo 9 establece que sujetos como **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** debe “*utilizar la información únicamente para los fines para los que le fue entregada, en los términos de la presente ley*”. En línea con lo anterior, el literal b) del artículo 4 de la Ley 1266 de 2008 establece que: “*En el desarrollo, interpretación y **aplicación de la presente ley**, se tendrán en cuenta, de manera armónica e integral, los principios que a continuación se establecen:*

(...)

b) *Principio de finalidad. La administración de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley. **La finalidad debe informársele al titular de la información previa o concomitantemente con el otorgamiento de la autorización, cuando ella sea necesaria o en general siempre que el titular solicite información al respecto;***”

Sobre este punto en particular, manifestó el **RECURRENTE** que “[a] más de lo anterior, se quiere advertir que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. contaba con la autorización para el tratamiento de la información, suministrada al momento de suscribir el contrato, en virtud del cual, el cliente autoriza a la Compañía para recolectar, almacenar, conservar, usar, suprimir, actualizar, compartir y circular a terceros, sus datos personales de orden demográfico, económico, biométrico, de servicios, comercial y de localización; para obtención y suministro de información relativa al cumplimiento de sus obligaciones y el cálculo de riesgo económico o

¹⁰ *Ibíd.*

VERSIÓN PÚBLICA

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

crediticio (de manera irrevocable), la publicación de directorios telefónicos, la prevención y control de fraudes, y para beneficio propio o de terceros, con fines comerciales o publicitarios en Colombia o en el exterior.

Al respecto, **la sociedad investigada no allegó a la presente actuación administrativa copia de la autorización a la que se hace referencia, con la que se pudiera determinar que la finalidad de las consultas realizadas a la historia de crédito de la titular efectivamente fue conocida por ella.**

En otras palabras, no existe prueba de su consentimiento para permitir la recolección, uso, consulta o cualquier otra actividad respecto de su información. En esta materia debe existir plena prueba de la voluntad inequívoca de la persona para permitir que terceros recolecten, usen, consulten o realicen cualquier actividad con sus datos personales.

No debe perderse de vista que estamos frente a la protección de un derecho humano fundamental y no frente a la venta de un bien o la prestación de un servicio. No es un asunto menor sin de gran calado y relevancia jurídica. Por eso, es imprescindible que de manera absoluta y transparente quede demostrada la voluntad de la persona para que información sobre ella pueda ser recolectada, conocida o Tratada por terceros.

El consentimiento del Titular del Dato es, por regla general, un requisito imprescindible para que el Tratamiento de esta información sea legítimo. En efecto, el artículo 15 de la Constitución ordena que *“en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”*. La autorización de la persona es, en palabra de la Corte, *“la expresión concreta del principio de libertad el cual no se deriva no solamente de las reglas y principios identificados por la jurisprudencia constitucional, sino que es un mandato constitucional expreso y definido”*¹¹ En otras palabras, el Tratamiento de datos personales está condicionado a que el Titular *“exprese su consentimiento para la incorporación de la información en el banco de datos o archivo correspondiente”*¹².

Por otra parte, al verificar las pruebas allegadas y que fueran relacionadas en el numeral 1 del presente acto administrativo, encuentra este Despacho que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, a lo largo de la presente actuación administrativa hizo referencia **únicamente** a unas consultas a la historia de crédito realizadas el día **30 de enero de 2019**, cuando, de acuerdo con la queja presentada por la Titular y lo informado por Experian Colombia (DataCrédito) las consultas objeto de estudio, se realizaron los días **29 de enero de 2018, 22 de febrero de 2018, 30 de marzo de 2018, 23 de abril de 2018, 24 de mayo de 2018 y 18 de junio de 2018**, veamos:

Prueba N° 1. Huella de las C			
FECHA_SOLIC	TIP_ID	NUM_ID	NOMBRE
2019-01-30 19:01:54.000	CC		
2019-01-30 19:01:54.000	CC		
2019-01-30 19:01:54.000	CC		

FECHA_SOLIC
2019-01-30 19:01:54.000
2019-01-30 19:01:54.000
2019-01-30 19:01:54.000

DES_RESPUESTA
Cliente aprobado
Cliente aprobado
Cliente aprobado

Pero respecto de las consultas realizadas en el año 2018, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES no efectuó pronunciamiento alguno.**

Teniendo en cuenta las finalidades dispuestas en el ya citado artículo 15 de la Ley 1266 de 2008, para que sea legítima la consulta de la información de los titulares, en particular la primera, esto es, *“como elemento de análisis para establecer (...) una relación contractual, cualquiera que sea*

¹¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008

¹² *Ibíd.*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

su naturaleza”, se advierte que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita demostrar que las **seis (6) consultas efectuadas** por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** a la historia de crédito de la titular se hayan llevado a cabo con la finalidad de realizar un análisis de riesgo crediticio para establecer una relación contractual con la titular, lo cual supone una conducta activa de ésta, previa a la consulta, encaminada a establecer tal relación. Por el contrario, las pruebas no aportan mayor claridad respecto de la intención de **adquirir o comprar**, otros planes o productos, por lo que debía contar con la autorización previa de la quejosa.

De conformidad con lo anteriormente indicado, y de las pruebas del expediente se concluye lo siguiente:

- a) Las consultas realizadas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** a la información crediticia de la quejosa en la base de datos de EXPERIAN COLOMBIA (DataCrédito), se realizó teniendo en cuenta que la cliente aparentemente solicitó unos **servicios adicionales a su contrato de telefonía en la modalidad pospago**, para los meses de **enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2018**.
- b) De las pruebas allegadas no es posible determinar que los servicios adicionales adquiridos constituyan una compra que conlleve a la adquisición de un plan pospago de diferentes características o de mayor valor al que tiene la quejosa, el cual si requeriría la consulta a las centrales de riesgo.
- c) En el presente caso, las pruebas que obran en la actuación administrativa demuestran que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, como práctica de mercadeo, consultó de oficio la historia de crédito del titular, **“con fines comerciales y de venta”**, es decir, para ofrecerle sus productos y/o servicios y no para calcular el riesgo de un crédito que ni siquiera se ha solicitado. En consecuencia, debía contar con la autorización de la titular, tal como lo prevé el inciso final del ya citado artículo 15 de la Ley 1266 de 2008.

Por lo tanto, no están llamados a prosperar los alegatos del RECURRENTE porque sin el consentimiento de la quejosa accedió a su historia crediticia **en seis (6) oportunidades** con fines de marketing o venta, para lo cual requería autorización previa de la Titular del Dato.

4. POTESTAD SANCIONADORA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES.

De conformidad con la Corte Constitucional, para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) *una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma*, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) *que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista*, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) *que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente*, en procura de garantizar el debido proceso¹³.

Lo anterior no es otra cosa que el desarrollo del **principio de legalidad** que debe regir en todas las actuaciones administrativas, en especial en aquellas en que la administración ejerza su facultad sancionadora, de conformidad con las normas establecidas para el efecto; en el caso concreto, aquellas contenidas en la Ley 1266 de 2008.

Ahora bien, respecto al citado principio, la citada Corte mediante Sentencia C-1011 del 8 de octubre de 2008 manifestó lo siguiente:

“(…)

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-412 del 01 de julio de 2015. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En este orden de ideas ha considerado admisible una técnica legislativa distinta a la que opera en derecho penal, mediante la cual se acuda a clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones, siempre y cuando se establezcan “unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto”¹⁴

Para la Corte, en consecuencia, la flexibilidad que puede establecer el legislador en materia de derecho administrativo sancionador es compatible con la Constitución, siempre que esta característica no sea tan amplia que permita la arbitrariedad de la administración. Un cierto grado de movilidad a la administración para aplicar las hipótesis fácticas establecidas en la ley guarda coherencia con los fines constitucionales de esta actividad sancionatoria administrativa, en la medida que le permite cumplir eficaz y eficientemente con las obligaciones impuestas por la Carta. Sin embargo, ha advertido que la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas”¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, no puede la administración sobrepasar los límites que le impone el legislador al momento de aplicar una sanción, es decir, que la conducta que está siendo investigada debe tener una connotación sancionable por mandato legal. En este punto es relevante el **principio de tipicidad**, el cual no es otra cosa que *“la exigencia de una 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”¹⁶.*

Al respecto ha reiterado la Corte Constitucional que *“las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica”¹⁷.*

El artículo 18 de la Ley 1266 de 2008, establece que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer a los operadores, fuentes o usuarios de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, la sanción de Multa de carácter personal e institucional hasta por el equivalente a mil quinientos (1.500) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por violación a la ley, normas que la reglamenten, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas.

En este orden de ideas, basta con que se desconozca cualquiera de los postulados establecidos en la Ley 1266 de 2008, para que la administración imponga la sanción a que haya lugar cuando después de surtido del procedimiento establecido para tal efecto, se concluya que hubo una trasgresión a las normas que protegen el derecho fundamental de habeas data, adquiriendo más importancia cuando se trata de aquellas que fijan los deberes a los que están sujetas las fuentes de información.

Sobre este punto en particular, en la citada sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008, la Honorable Corte Constitucional puntualizó:

“Los preceptos que concurren a estructurar, de manera precisa y determinada, la norma de conducta del tipo administrativo, contienen prescripciones categóricas a cargo de los operadores del sistema, orientadas a salvaguardar los diversos ámbitos que integra el derecho fundamental del hábeas data (efectividad de las facultades de conocimiento, actualización y rectificación) de las prácticas indebidas por parte de quienes detentan el poder informático. La

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 564 de 2000.

¹⁵ Sentencia C-406 de 2004.

¹⁶ Sentencias C-827 de 2001 y C-343 de 2006.

¹⁷ Sentencias c-291 de 2001, C-009 de 2003 y C-343 de 2006.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

violación a esas prescripciones explícitamente definidas en la ley, es lo que integra el supuesto de hecho de la sanción de multa contemplada en el párrafo segundo del artículo 18.

De tal manera que en lo que concierne a la hipótesis “violación de la ley” de hábeas data, como supuesto de hecho para la imposición de la sanción de multa, la conducta que da lugar a la imputación de responsabilidad administrativa es perfectamente determinable a partir de la integración de la expresión mencionada del párrafo segundo del artículo 18, con el contenido deontológico de los artículos 7, 8 y 9 de la misma norma estatutaria”.

Concluye este Despacho que, en el presente caso, se dan los presupuestos requeridos para determinar que la conducta desplegada por la Sociedad Investigada desconoció lo ordenado en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley 1266 de 2008, en concordancia con el artículo 15 de la misma normatividad, al consultar **seis (6) veces la historia de crédito de la titular, sin aparente justificación.**

Por otra parte, y en lo que tiene que ver con los criterios de graduación de la sanción, establece el artículo 19 de la Ley 1266 de 2008, lo siguiente:

Artículo 19. Criterios para graduar las sanciones. *Las sanciones por infracciones a que se refiere el artículo anterior se graduarán atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resulten aplicables:*

- a) La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la presente ley;*
- b) El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros, por la comisión de la infracción, o el daño que tal infracción hubiere podido causar;*
- 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, con 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.*

Resulta pertinente reiterar lo expuesto por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1011 de 2008, en la cual precisó que *los primeros cinco criterios señalados en las normas constituyen agravantes en tanto que el sexto es el único criterio de atenuación de la responsabilidad, así:*

“Criterios de graduación de las sanciones (Art. 19). En cuanto resulten aplicables, se contemplan los siguientes criterios agravantes de la responsabilidad: (i) la dimensión del daño o peligro para los intereses jurídicamente tutelados; (ii) el beneficio económico que la infracción hubiere reportado para el infractor o para terceros; (iii) la reincidencia en la comisión de la infracción; (iv) la resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de vigilancia “de la Superintendencia de Industria y Comercio”; (v) la renuencia o desacato a cumplir con las órdenes impartidas “por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

Como único criterio de atenuación de la responsabilidad se contempla: (i) el reconocimiento o aceptación expresas, proveniente del investigado, sobre la comisión de la infracción, efectuado antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar”¹⁸. (negrilla fuera de texto).

Por consiguiente, este Despacho considera que la sanción impuesta es *proporcional*, en consideración a los hechos que le sirvieron de causa y a la motivación del acto administrativo recurrido encontrando su justificación en la naturaleza de las normas violadas y en el límite dado por el legislador en el 18 de la Ley 1266 de 2008.

No obstante lo anterior, resulta importante destacar que, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** ha sido sancionada en varias oportunidades por la vulneración a los principios de reserva y finalidad, veamos:

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Resolución Número	Sanción	Motivo
54981 del 17 de septiembre de 2013	Multa de \$11.790.000	Incumplimiento del numeral 1 artículo 9 en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008.
62277 del 31 de agosto de 2015	Multa de \$77.322.000	Incumplimiento del numeral 1 artículo 9 en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008.
27118 del 23 de abril de 2018	Multa de \$101.561.460	Incumplimiento del numeral 1 artículo 9 en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008.
17625 del 29 de mayo de 2019	Multa de \$124.224.900	Incumplimiento del numeral 1 artículo 9 en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008.
58046 del 29 de octubre de 2019	Multa de \$124.217.400	Incumplimiento del numeral 1 artículo 9 en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008.

En este punto, resulta importante recordar que la ley 1266 de 2008 regula el derecho de *habeas data* o de protección de datos personales previsto en el artículo 15 de la Constitución, el cual es de naturaleza fundamental, en razón a la condición inherente al ser humano y sobre todo a su dignidad.

La vulneración del *habeas data* o de la protección de datos no solo lesiona los derechos de una persona en particular, sino que pone en riesgo los derechos humanos de toda la sociedad. Por eso, las sanciones de dichas conductas no pueden, ni deben tratarse como una cuestión insignificante o de poca cuantía, ni mucho menos como si las incidencias del proceso lo convirtieran en uno de indemnización de daños y perjuicios. Esto, en razón a que existe de por medio una trasgresión flagrante a los derechos humanos de un (a) ciudadano (a), lo cual, por sí sólo, es muy grave sin necesidad de acudir a forzosos razonamientos o teorías complicadas, a fin de desentender o negar una verdad inconcusa, cual es la del quebrantamiento de derechos.

Recuérdese que según la Declaración Universal de los Derechos Humanos “*el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad*”¹⁹. Por eso, según dicho documento, se considera “*esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho*”. No debe olvidarse que el respeto de los derechos humanos es un elemento esencial de la democracia²⁰. Así las cosas, recalamos, la violación de derechos humanos es una conducta gravísima que no solo atenta contra los intereses de un individuo en particular sino de la sociedad en general.

5. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEBE SER RESPETUOSA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Como es sabido, la Constitución Política de Colombia establece en el artículo 333 que “*la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*”. Dicho “bien común” se refiere a cuestiones relevantes para una sociedad como, entre otros, la protección de los derechos humanos porque son imprescindibles para que cualquier ser humano sea tratado como una “persona” y no como un objeto o cosa.

En línea con lo anterior, nuestra Carta Política recalca que la “*libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*” y que la “*empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones*”. Como se observa, la actividad empresarial no puede realizarse de cualquier manera y en el mundo empresarial no tiene cabida

¹⁹ Cfr. Organización de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos

²⁰ Cfr. Artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana la cual se puede consultar en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

jurídica la afirmación según la cual el “fin justifica los medios”. En efecto, no se trata de una libertad ilimitada, sino de una actividad “restringida” porque no sólo debe ser respetuosa del bien común, sino que demanda el cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales.

El bien común a que se refiere el precitado artículo 333 exige que la realización de cualquier actividad económica garantice, entre otras, los derechos fundamentales de las personas. Es por eso que la Constitución pone de presente que la participación en el mercado supone responsabilidades y que efectuar actividades empresariales implica cumplir rigurosamente las obligaciones previstas en la ley.

6. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 1266 DE 2008.

Según el artículo 22 de la ley 222 de 1995²¹ la expresión administradores comprende al “representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”. Cualquiera de ellos tiene la obligación legal de garantizar los derechos de los titulares de los datos y de cumplir la ley 1266 de 2008 y cualquier otra norma. Es por eso que el artículo 23 de la mencionada ley 222 establece que los administradores no sólo deben “obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, sino que en el ejercicio de sus funciones deben “velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”²² (destacamos)

Obsérvese que la regulación no exige cualquier tipo de cumplimiento de la ley, sino uno calificado, es decir, correcto, riguroso o ajustado con exactitud a lo establecido en la norma. Velar por el estricto cumplimiento de la ley requiere que los administradores actúen de manera muy profesional, diligente y proactiva para que en su organización la regulación se cumpla de manera real (no formal), efectiva y minuciosa. Por eso, los administradores deben cuidar con esmero este aspecto y no sólo ser guardianes sino promotores de la correcta y precisa aplicación de la ley. Esto, desde luego, los obliga a verificar permanentemente si la ley se está cumpliendo en todas las actividades que realiza su empresa u organización.

Nótese que el artículo 24²³ de la ley en comento presume la culpa del administrador “en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos”. Dicha presunción de responsabilidad demanda que los administradores estén en capacidad de probar que han obrado con lealtad y la diligencia de un experto, es decir, como un “buen hombre de negocios” tal y como lo señala el precitado artículo 23. Adicionalmente, no debe perderse de vista que los administradores jurídicamente responden “solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”²⁴

Todo lo anterior pone de presente no sólo el alto nivel de responsabilidad jurídica y económica en cabeza de los administradores, sino el enorme profesionalismo y diligencia que debe rodear su gestión en el tratamiento de datos personales.

²¹ Ley 222 de 1995 “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”

²² Cfr. Numeral 2 del artículo 23 de la ley 222 de 1995

²³ El texto completo del artículo 24 de la ley 222 de 1995 dice lo siguiente: “Artículo 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:

Artículo 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”

²⁴ Cfr. Parte inicial del artículo 24 de la ley 222 de 1995

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En virtud de todo lo anterior se exhortará, al Representante Legal de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** para que adopte las medidas pertinentes, útiles, efectivas y verificables con miras a:

- 1) Evitar que se repitan hechos como los que dieron origen a la presente actuación.
- 2) Dar estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias sobre tratamiento de datos personales, en los términos señalados en la Constitución, en la Ley 1266 de 2008 y sus disposiciones reglamentarias.

7. CONCLUSIONES.

Sin perjuicio de lo establecido, no se accederá a las pretensiones de la RECURRENTE, por, entre otras, las siguientes razones:

- a) **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** infringió la regulación sobre protección de datos personales, consagrada en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley 1266 de 2008, en concordancia con el artículo 15 de la misma norma, en la medida que accedió **seis (6) veces** a la historia de crédito de la quejosa para fines de marketing y comerciales sin contar con la autorización previa de la misma para dicho efecto.
- b) Según la Corte Constitucional, es necesario que el titular del dato autorice al usuario para que pueda acceder a sus datos personales con miras a establecer o mantener una relación contractual. El usuario no puede unilateralmente atribuirse dicha facultad. Adicionalmente, para dicha Corporación es una conducta abusiva *“que los usuarios pudieran acceder a la información personal de todas las personas, incluso aquellas que no han mostrado interés en celebrar operaciones comerciales o de crédito con dichos usuarios”*²⁵.
- c) La multa impuesta en la resolución recurrida equivale al 8,8% del monto máximo permitido por la ley.
- d) **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** ha sido multada en cinco (5) ocasiones por infringir las mismas normas por las cuales fue sancionada mediante la resolución recurrida.
- e) **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** como responsable del tratamiento de datos de millones de personas deber ser muy diligente y profesional para garantizar en la práctica lo que ordena la ley 1266 de 2008 y los artículos 15 y 20 de la Constitución.

De esta forma y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho confirmará la Resolución 20191 del 7 de mayo de 2020.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución 20191 del 7 de mayo de 2020, de conformidad con lo establecido en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Exhortar al Representante Legal **FABIAN ANDRÉS HERNANDEZ RAMIREZ**, C.C. 93.380.737, en su calidad de Representante Legal de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, para que adopte las medidas pertinentes, útiles, efectivas y verificables con miras a:

²⁵ Ibid.

VERSIÓN PÚBLICA

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

- 1) Evitar que se repitan hechos como los que dieron origen a la presente actuación.
- 2) Dar estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias sobre tratamiento de datos personales, en los términos señalados en la Constitución, en la Ley 1266 de 2008 y sus disposiciones reglamentarias.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT 830.122.566-1, a través de su representante legal o apoderado, entregándole copia de la misma e informándole que contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: Comunicar la presente decisión a la señora [REDACTED], identificada con la cédula de ciudadanía [REDACTED].

ARTÍCULO QUINTO: Informar el contenido de la presente resolución al Director de Investigación de Protección de Datos Personales y devolverle el expediente para su custodia final.

NOTIFÍQUESE, COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., 31 de diciembre de 2020

El Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales,

NELSON REMOLINA ANGARITA

NTL

VERSIÓN PÚBLICA

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

NOTIFICACIÓN:

Sociedad: **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P.**
Identificación: Nit. 830.122.566-1
Representante legal: **FABIAN ANDRES HERNANDEZ RAMIREZ**
Identificación: C.C. 93.380.737

Apoderado Especial:
Identificación:
Dirección:
Ciudad:
Correo electrónico:

[REDACTED]

COMUNICACIÓN:**Titular de la Información:**

Señora:
Identificación:
Dirección:
Ciudad:
Correo Electrónico:

[REDACTED]