



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **78914** DE 2017

(30 NOV 2017)

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa.

Radicación 14-266238

VERSIÓN PÚBLICA

EL DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE
DATOS PERSONALES

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por los artículos 19 y 21 de la Ley 1581 de 2012 y el numeral 5 del artículo 17 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el 3 de diciembre de 2014 se presentó ante esta Superintendencia una denuncia por parte del señor ██████████, señalando que no obstante haber efectuado una solicitud de eliminación de datos personales al correo de atención al cliente del establecimiento de comercio **TOTTO**, dicha solicitud no había sido ejecutada y le continuaban llegando correos de esa marca.

El establecimiento de comercio **TOTTO** es propiedad de la sociedad **NALSANI S.A.S.**

Con la denuncia se informó lo siguiente:

- 1.1. Que la solicitud de eliminación se había efectuado el 16 de octubre de 2014.
- 1.2. Que el 23 de octubre de 2014 y a través del mismo medio electrónico, la investigada se pronunció sobre la solicitud hecha por el Titular indicando que la "(...) solicitud número 20870 ha sido resuelta. Si tienes dudas adicionales a esta solicitud puedes responder a este correo"
- 1.3. Que el señor ██████████ manifestó que los días 12 y 27 de noviembre, y 1 de diciembre de 2014, el establecimiento de comercio **TOTTO** envió nuevamente información publicitaria a su correo electrónico a pesar de la solicitud efectuada por éste el 16 de octubre de 2014.

SEGUNDO: Que con base en los hechos anotados, a partir de los cuales se advierte la presunta violación de las normas sobre protección de datos personales, y en particular las disposiciones contenidas en el literal a) del artículo 17 de la Ley 1581 del 2012 en concordancia con el literal e) del artículo 8 de la norma en mención, ese Despacho mediante la expedición de la Resolución No. 88973 del 12 de noviembre de 2015, dio inicio a la presente actuación administrativa formulando cargos a la sociedad **NALSANI S.A.S.**, frente a lo cual se le corrió traslado para que dicha sociedad se pronunciara sobre los hechos materia de investigación y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del referido trámite.

TERCERO: Que la Resolución No. 88973 del 12 de noviembre de 2015 fue notificada por conducta concluyente a la sociedad **NALSANI S.A.S.**, según consta en certificación obrante a folio 38.

CUARTO: Que la investigada, mediante comunicación del 17 de diciembre de 2015¹, a través de su Representante Legal, presentó escrito de descargos, aduciendo lo siguiente:

- 4.1 Realizó un pronunciamiento frente a los hechos establecidos en la Resolución 88973 del 12 de noviembre de 2015.

¹ Obrante a folio 15 a 27

- 4.2 Aunado señaló, que " Si bien el señor [REDACTED] solicitó el retiro de las bases de datos, este requerimiento fue de forma específica para el correo [REDACTED]@unal.edu.co como se evidencia en la solicitud registrada con número 18578 ..."
- 4.3 Continuó, citando la solicitud del señor [REDACTED] a la sociedad investigada, la cual indicó "... Con base a a (sic) Ley de Protección de Datos amablemente solicito que mi información sea borrada de sus bases y que no me sea enviada mas (sic) publicidad al correo [REDACTED]@unal.edu.co ..."
- 4.4 Alega la sociedad investigada que la solicitud de retiro no fue para todos los datos sino únicamente respecto del correo electrónico [REDACTED]@unal.edu.co.
- 4.5. Respecto al tercer hecho planteado en la mentada Resolución indicó que era "Parcialmente cierto" por cuanto añade que al denunciante se le brindó otra respuesta en la cual se le indicó "Buenos días Julián Andres (sic) ... Queremos informarle, que revisaremos nuevamente en nuestra base de datos, tpara (sic) realizar la respectiva solicitud ..."
- 4.6. En lo relacionado al cuarto hecho indicó que "Desde el día 23 de octubre de 2014, el correo [REDACTED]@unal.edu.co, fue desvinculado de las bases de datos de NALSANI S.A.S. según lo solicitado por el titular de los datos y como se evidencia en las pruebas adjuntas, la efectividad del retiro del mismo correo que realiza la solicitud."
- 4.7. De lo anterior, indicó que "... NALSANI no ha vulnerado el literal E del artículo 8 de la ley de protección de datos personales, ley 181 de 2012, puesto que con la desvinculación de la base de datos del correo puntualmente solicitado cumple a cabalidad el artículo 17 literal A de la misma ley."
- 4.8. Por otra parte indicó, que " evidenciamos que el denunciante otorga como dirección para la notificación el correo electrónico [REDACTED]@gmail.com, dirección que se encontraba vinculada a nuestra base de datos" que no había sido previamente eliminada " pero que hoy en día por notificación del proceso de la referencia fue desvinculado ..."
- 4.9. Aunado, advierte que "... es importante precisar que de este coreo no tenemos registro, ni hemos recibido solicitud de desvinculación alguna, ni requerimientos en nuestros medios de comunicación; ya que como se informó anteriormente la solicitud de retiro no fue para todos los datos a nombre del señor [REDACTED], sino que fue puntualmente para la desvinculación de un correo electrónico diferente al que se cita en dicha resolución o que adjunta como pruebas el demandante."

QUINTO: Que mediante Resolución No. 101700 del 28 de diciembre de 2015 fueron incorporadas las pruebas obrantes en el expediente a esa fecha y se decretó una prueba dentro de la presente investigación a la sociedad **NALSANI S.A.S.:**

- "3.1 Programar una visita de inspección por parte de esta Superintendencia en las instalaciones de NALSANI S.A.S., con el fin de verificar si efectivamente se suprimieron los datos del señor [REDACTED], identificado con la C.C. [REDACTED], así como la fecha en que dicha actuación se produjo."

SEXTO: Que mediante Resolución No. 20919 del 25 de abril de 2016 se desistió de la prueba decretada en la Resolución 101700 del 28 de diciembre de 2015 y en su lugar se decretó otra prueba dentro de la presente investigación a la sociedad **NALSANI S.A.S.**, a saber:

- "Solicitar a NALSANI S.A.S., que certifique cuando se suprimió la información del señor [REDACTED], ..., de su base de datos. Adicionalmente, allegue el procedimiento establecido para la supresión de la información en su base de datos, cuando la soliciten los titulares de la información ..."

SÉPTIMO: Que la sociedad investigada **NALSANI S.A.S.** mediante comunicación de fecha 04 de mayo del 2016, dio alcance a lo solicitado en la Resolución No. 20919 del 25 de abril de 2016, señalado lo siguiente:

- 7.1 Señaló que "El cliente puede ser demarcado de la plataforma de email marketing actual iComMkt, de tres formas..."
- 7.2 Al respecto, en la primera forma, indicó que "**Demarcación Automática del email:** Esta aplica cuando el cliente pulsa el botón de desmarcar suscripción que se encuentra al finalizar todos los emails enviados por TOTTO; al dar clic, la plataforma automáticamente bloquea el email del cliente y de ninguna manera deja enviar más mensajes por este email, aun a pesar que posteriormente se carguen bases de datos con esta dirección de correo electrónico, a menos que el cliente solicite el envío de información por cualquier medio o actividad realizada. A través de una Api(Interfaz entre plataforma y base de datos), automáticamente se actualiza el estado de autorización de email en la base de datos de clientes"
- 7.3 La sociedad investigada, continuó manifestando la segunda forma, que denominó "**Solicitud enviada por el cliente por algún medio a servicio al cliente:** En la plataforma de email marketing iComMkt se busca el email del cliente; en el ejemplo adjunto buscamos el email de la persona que no quiere recibir información, como vemos en el estado aparece el botón en verde Active; para desmarcarlo ingresamos el estado y cambie de Active a Unsubscribed y de esta manera el cliente queda bloqueado en la plataforma. Por medio de una Api (Interfaz entre plataforma y base de datos), automáticamente se actualiza el estado de autorización de email en la base de datos de clientes; con ello el cliente cambia de **SI** autoriza re envío de email a **NO** autoriza envío de email y de esta forma queda bloqueado en la plataforma y en la base de datos"
- 7.4 Finalmente, indicó que "Otra forma de demarcación es cuando el email rebota, cuando el rebote es fuerte (dirección de email no valido), la plataforma automáticamente bloquea el email y por medio de la Api actualiza el estado en la base de datos de Si autoriza a No autoriza."

En la mencionada respuesta no se remitió por parte de **NALSANI S.A.S.** certificación que informara la fecha en la que la información del denunciante fue eliminada, sin embargo, se allegó print de pantalla del estado actual del correo electrónico jamondragong@una.edu.co.

OCTAVO: Que, mediante Oficio de 01 de junio de 2017, bajo radicado 14-266238- -00018-000, se corrió traslado a la sociedad **NALSANI S.A.S.**, otorgándole diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de recibido para presentar alegatos de conclusión.

NOVENO: Que mediante comunicación de fecha 20 de junio de 2017 y una vez vencido el término otorgado en el Oficio bajo radicado 14-266238- -00018-000, la sociedad **NALSANI S.A.S.**, a través de su Representante Legal, presentó alegatos de conclusión, indicando:

- 9.1 Señaló que reiteraba los argumentos expuestos en el escrito de descargos allegados previamente en la presente actuación administrativa.
- 9.2 Por otra parte, manifestó que " Como se ve y ya está sobredicho en el expediente, el 16 de octubre de 2014 el Sr. ██████████ solicitó, en ejercicio de su derecho: "(...) que no me sea enviada mas (sic) publicad (sic) al correo ██████████@unal.edu.co (...)" Como consecuencia, se procedió internamente atendiendo la solicitud, por tal razón, el sentido de la respuesta entregada al cliente, días más tarde, cuando reitero su solicitud"
- 9.3 Señaló que "... nótese en la siguiente imagen que los correos que refiere el cliente, como enviados con posterioridad a su solicitud, de fechas 12 y 27 de noviembre y 1 de diciembre de 2014, reposan en la bandeja de entrada de una dirección diferente: ██████████5@gmail.com y no en la dirección con dominio @unal.edu.co:"
- 9.4 Manifestó que "Nalsani considera que en ningún momento dejo de garantizarle al Sr. ██████████, el pleno y efectivo ejercicio de su derecho de habeas data, dado que, su solicitud fue atendida íntegral y oportunamente, y el envío de correos promocionales cesó durante el plazo de respuesta, de acuerdo a los términos de petición presentada por el (sic)."
- 9.5 Afirmó que "...Nalsani se sujetó no solo a cumplir con sus deberes como responsable y encargada del tratamiento de datos, sino también, y como consecuencia de lo anterior, se

sujetó a garantizar los derechos, que como titular, le atañen al Sr. [REDACTED]; adicionalmente, atendió el procedimiento de ley, para efectos de atender los reclamos de los titulares”

- 9.6 Advirtió que “... a las luces de artículo 16 de la ley 1581 de 2012... la presente denuncia **no cumple con el referido requisito de procedibilidad, pues hasta la fecha de presentación de este escrito el Sr. [REDACTED] no ha enviado solicitud expresa para que se elimine de nuestra base de datos la dirección de correo [REDACTED]@gmail.com.**”
- 9.7 Destacó que “... es oportuno mencionar que, en nuestra consideración y dando un sencillo análisis al caso se puede concluir que no se encuentra probado que Nalsani haya incumplido incumplimiento a ninguno de los mandatos de la estatutaria 1581 de 2012...”
- 9.10 Finalmente, solicitó el Despacho “... desestime las posibilidades de imponer multa de ninguna clase a mi representada, por no ser ésta procedente”.

DÉCIMO: Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

De conformidad con lo establecido en los artículos 19 y 21 de la Ley 1581 de 2012 y los numerales 5 y 9 del artículo 17 del Decreto 4886 de 2011, la Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales es competente para investigar e imponer las sanciones pertinentes a los Responsables y Encargados del Tratamiento de datos una vez verifique el incumplimiento de las disposiciones en materia de protección de datos.

DÉCIMO PRIMERO: Análisis del caso

11.1 Adecuación típica

La Corte Constitucional mediante sentencia C-748 de 2011², estableció lo siguiente en relación con el principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio:

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

Atendiendo los parámetros señalados por la citada jurisprudencia, para el caso específico se tiene que:

- (i) El artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 establece los deberes que les asisten a los responsables del tratamiento respecto del manejo de los datos personales de los titulares. El incumplimiento de tales requisitos dará lugar a la aplicación de las sanciones definidas específicamente en el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012.
- (ii) De conformidad con los hechos alegados por el reclamante y el acervo probatorio que obra en el expediente, se puede establecer que la conducta desplegada por la investigada se concreta en la posible vulneración del literal a) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 en concordancia con el literal e) del artículo 8 de la norma en mención.

En ese orden de ideas, este Despacho procederá a tener en cuenta: (i) los hechos narrados por la denunciante; (ii) las razones de hecho y de derecho aducidas por la investigada al momento de dar respuesta a la formulación de cargos; (iii) el material probatorio que obra dentro del expediente; (iv) la Ley 1581 de 2012 y, finalmente, (v) la jurisprudencia que ha proferido la Corte Constitucional sobre la materia.

11.2 Valoración probatoria y conclusiones

11.2.1 Deber de garantizar al Titular en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de *hábeas data* y revocar la autorización y/o solicitar la supresión del dato

² Corte Constitucional, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, seis (6) de octubre de dos mil once (2011).

El título II de la Ley 1581 de 2012 contiene los principios rectores del Régimen General de Protección de Datos Personales, los cuales deben ser interpretados y aplicados armónicamente al momento de realizar una investigación por infracciones al mencionado régimen. Específicamente el literal a) del artículo 17 se encuentra relacionado con el caso en concreto, que expresamente señala:

“Artículo 4°. Principios Para el Tratamiento de Datos Personales. En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se aplicarán, de manera armónica e integral, los siguientes principios:

(...)

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”

Los principios rectores, además, deben confluir en cuanto a su aplicación con los deberes y derechos contenidos en la Ley 1581 de 2012, específicamente en el presente caso, es relevante mencionar los deberes que tienen los Responsables de garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data.

La Corte Constitucional en la sentencia C-748 de 2011, mediante la cual realiza el análisis constitucional de la Ley estatutaria 1581 de 2012, manifestó:

“De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las prerrogativas – contenidos mínimos- que se desprenden de este derecho encontramos por lo menos las siguientes: (i) el derecho de las personas a conocer –acceso- la información que sobre ellas están recogidas en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a incluir nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificada o corregida, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular –salvo las excepciones previstas en la normativa.” (subrayado fuera de texto).

Al respecto, debe precisar este Despacho que, tal como lo manifiesta la Corte Constitucional, que el derecho de hábeas data otorga la facultad al Titular de los datos personales de exigir el acceso, corrección, adición, actualización y eliminación de su información, por lo que resulta apenas claro, que los Responsables y Encargados de la información deben implementar mecanismos que le permita al Titular acceder en cualquier momento a su información, actualizar la misma y eliminarla.

Así las cosas, los responsables del tratamiento de la información deben garantizar el cumplimiento de los deberes contenidos en la Ley 1581 de 2012, que entre ellos, se expresó:

“Artículo 17. Deberes de los Responsables del Tratamiento. Los Responsables del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

a) Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data;

(...)”

Frente a la posibilidad que tienen los Titulares de revocar la autorización y/o solicitar la supresión de su información, el literal e) del artículo 8 de la Ley 1581 de 2012 establece lo siguiente:

“Artículo 8°. Derechos de los Titulares. El Titular de los datos personales tendrá los siguientes derechos:

(...)

e) Revocar la autorización y/o solicitar la supresión del dato cuando en el Tratamiento no se respeten los principios, derechos y garantías constitucionales y legales. La revocatoria y/o supresión procederá cuando la Superintendencia de Industria y Comercio haya determinado que

en el Tratamiento el Responsable o Encargado han incurrido en conductas contrarias a esta ley y a la Constitución;

(...)"

Al respecto, es oportuno señalar que el citado artículo 8 establece que los Titulares pueden solicitar la supresión de su información personal. La Corte Constitucional, en la sentencia que analizó la exequibilidad de la citada ley³, determinó que "el individuo también es libre de decidir cuales informaciones desea que continúen y cuáles deben ser excluidas de una fuente de información, siempre y cuando no exista un mandato legal que le imponga tal deber, o cuando exista alguna obligación contractual entre la persona y el controlador de datos, que haga necesaria la permanencia del dato".

Entonces, es claro que de conformidad con los principios que regulan la administración de datos personales, el ejercicio del derecho fundamental de *habeas data* permite a los Titulares solicitar la exclusión de información que haya sido recogida en bases de datos. El ejercicio de dicho derecho encuentra además en las normas aplicables una regulación específica que determina la oportunidad y suficiencia con la que se debe dar cumplimiento a la solicitud de actualización o eliminación del dato personal. En efecto en el Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.25.2.6 reglamentario del literal a) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 en concordancia con el artículo 15, expresamente se señala:

"ARTÍCULO 2.2.25.2.6. Revocatoria de la autorización y/o supresión del dato. Los Titulares podrán en todo momento solicitar al responsable o encargado la supresión de sus datos personales y/o revocar la autorización otorgada para el Tratamiento de los mismos, mediante la presentación de un reclamo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1581 de 2012.

La solicitud de supresión de la información y la revocatoria de la autorización no procederán cuando el Titular tenga un deber legal o contractual de permanecer en la base de datos. El responsable y el encargado deben poner a disposición del Titular mecanismos gratuitos y de fácil acceso para presentar la solicitud de supresión de datos o la revocatoria de la autorización otorgada.

Si vencido el término legal respectivo, el responsable y/o el encargado, según fuera el caso, no hubieran eliminado los datos personales, el Titular tendrá derecho a solicitar a la Superintendencia de Industria y Comercio que ordene la revocatoria de la autorización y/o la supresión de los datos personales. Para estos efectos se aplicará el procedimiento descrito en el artículo 22 de la Ley 1581 de 2012".

Ahora bien, superada la anterior discusión, se observa en el presente caso que el señor [REDACTED] solicitó la supresión de sus datos personales de la base de datos al establecimiento de comercio TOTTO con el fin de no continuar recibiendo mensajes de correo electrónico publicitarios, dicha solicitud fue realizada mediante correos electrónicos de fecha del 17 de septiembre de 2014 y fue reiterado el 16 de octubre de 2014.

Por su parte, de las respuestas emitidas por la sociedad investigada se advierte que para el 23 de octubre de 2014, fecha en la cual informan que se revisaría nuevamente su base de datos, no se había efectuado la eliminación solicitada, circunstancia que además se corrobora con el hecho que para las fechas 12 de noviembre, 27 de noviembre y 01 de diciembre de 2014, la investigada envió nuevamente mensajes con fines publicitarios al denunciante.

No obstante, en el escrito de descargos, la sociedad investigada manifestó que "Desde el día 23 de octubre de 2014, el correo [REDACTED]@unal.edu.co fue desvinculado de las bases de datos de NASANI S.A.S. según lo solicitado por el titular de los datos y como se evidencia en las pruebas adjuntas, la efectividad del retiro del mismo correo que realiza la solicitud".

Aunado, señalo la investigada que "...evidenciamos que el denunciante otorga como dirección para la notificación el correo electrónico [REDACTED]@gmail.com, dirección que se encontraba vinculada a nuestra base de datos, pero que hoy en día por notificación del proceso de la referencia fue desvinculado es importante precisar que de este correo no tenemos registro ni hemos recibido solicitud de desvinculación alguna, ni requerimiento en nuestros medios de comunicación; ya que

³ Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

VERSIÓN PÚBLICA

como se informó anteriormente la solicitud de retiro no fue para todos los datos a nombre del señor Julián Mondragón sino que fue puntualmente para la desvinculación de un correo diferente..."

Así mismo, en el escrito de alegatos presentado por la investigada ante esta Superintendencia el 20 de junio de 2017, señaló que "Como se ve y ya está sobredicho en el expediente, el 16 de octubre de 2014 el Sr. Mondragón solicitó, en ejercicio de su derecho: "(...) que no me sea enviada mas (sic) publicad (sic) al correo [REDACTED]@unal.edu.co (...)" Como consecuencia, se procedió internamente atendiendo la solicitud, por tal razón, el sentido de la respuesta entregada al cliente, días más tarde, cuando reiteró su solicitud (...) nótese en la siguiente imagen que los correos que refiere el cliente, como enviados con posterioridad a su solicitud, de fechas 12 y 27 de noviembre y 1 de diciembre de 2014, reposan en la bandeja de entrada de una dirección diferente: [REDACTED]@gmail.com y no en la dirección con dominio @unal.edu.co".

De lo anterior, afirmó que "... la presente denuncia **no** cumple con el referido requisito de procedibilidad, pues hasta la fecha de presentación de este escrito el Sr. [REDACTED] no ha enviado solicitud expresa para que se elimine de nuestra base de datos la dirección de correo [REDACTED]@gmail.com."

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado, este Despacho observa que el señor [REDACTED] intentó por cerca de tres (3) meses, ejercer su derecho de *habeas data* ante la sociedad investigada, sin lograr un resultado satisfactorio, pues pese a que en las respuestas emitidas por TOTTO siempre se le indicó que se realizaría la gestión para "... la respectiva actualización" de la base de datos de la investigada, no se le garantizó su derecho fundamental en los términos y oportunidad exigida por la norma.

En efecto, si como lo planteó la investigada la eliminación del correo identificado con el dominio @unal, fue supuestamente realizada el 23 de octubre, es claro que para que operara dicha eliminación la sociedad investigada dejó transcurrir más de un mes desde que el denunciante efectuara la solicitud el 17 de septiembre de 2014, frente a lo cual advierte este Despacho que en el plenario no obra prueba de la alegada eliminación supuestamente realizada en esa fecha solo aseverándose dicha situación por la investigada en el escrito de descargos.

Al respecto, advierte este Despacho que no obstante se requirió a la investigada mediante la Resolución 20919 del 25 de abril de 2016 para que "certifique cuando se suprimió la información del señor [REDACTED], ... de su base de información", la sociedad investigada en escrito de fecha 4 de mayo de 2016 (fls. 44 a 47) mediante la cual señaló estar aportando las pruebas decretadas mediante la Resolución 20919, no envió certificación alguna, sin embargo reveló a este Despacho el estado en el que se encuentra que esa fecha el e-mail [REDACTED] dentro de la base de datos de la investigada, confirmándose que dicho correo electrónico aún hacía parte de la citada base de datos y si bien no se encontraba asociado a persona alguna este no se había eliminado.

Ahora bien, contrario a lo señalado por la investigada, este Despacho encuentra que la petición del denunciante no se limitó únicamente al correo electrónico identificado con el dominio@unal, sino por el contrario se refirió a todos sus datos, sin que pueda excusarse la investigada de continuar enviando información comercial a correos del titular ante la consideración de mantener en su base de datos otros correos como lo era el correo [REDACTED]@gmail.com.

Así mismo, no son de recibo para el Despacho los argumentos expuestos por la sociedad investigada, respecto a que el señor [REDACTED] no agotó el requisito de procedibilidad antes de iniciar la presente actuación administrativa, toda vez, que, no realizó ninguna solicitud expresa respecto al correo [REDACTED]@gmail.com, esto, como quiera, que una vez analizado el documental aportado por las partes, se evidencia que la respuesta emitida al requerimiento del señor [REDACTED] por parte de TOTTO, fue remitida al citado correo el día 23 de octubre de 2014 (fl.3 y 22), así mismo, de la lectura de las solicitudes emitidas por el señor [REDACTED], se extrae que de manera expresa señaló "...Favor **eliminarme de sus bases de datos** (...) solicito que mi información sea borrada de sus bases (fl 21). (Destacado fuera de texto)

Ciertamente, uno de los pilares fundamentales de la regulación en materia de protección de datos personales es la exigencia de contar con la autorización previa, expresa e informada del Titular, esto es, la expresión de la voluntad inequívoca otorgada por el mismo para que sus datos personales sean recolectados, ingresen a la base de datos del caso y se utilicen para los fines que fueron

autorizados. Sin embargo, dicho consentimiento que en algún momento fue brindado por el Titular, no es inamovible, pues este puede ser revocado a solicitud del Titular.

Entonces, es claro que de conformidad con los principios que regulan la administración de datos personales, el ejercicio del derecho fundamental de hábeas data permite a los Titulares solicitar la exclusión de información que haya sido recogida en bases de datos, pues el Titular podrá revocar la autorización y solicitar la supresión del dato cuando, además de que no se respeten los principios, derechos y garantías constitucionales y legales⁴, no exista una obligación legal o contractual que imponga al titular el deber de permanecer en la referida base de datos y sea su voluntad no permanecer en ella.

En este orden de ideas está plenamente demostrado que en el presente caso, el Responsable del Tratamiento hizo caso omiso a la solicitud de supresión efectuada el 17 de septiembre de 2014 y reiterada el 16 de octubre de 2014, por el señor [REDACTED] y dejó asociado el correo electrónico [REDACTED]@gmail.com a la suscripción del mencionado usuario, sin que este quisiera estar en su base de datos, por lo que continuó enviando información publicitaria mediante correos electrónicos. Adicionalmente, está plenamente demostrado, tal como lo afirmó en su escrito de descargos, que solo hasta después del conocimiento de la Resolución No. 88973 de 12 de noviembre de 2015, por la cual se inició la presente actuación administrativa, la sociedad **NALSANI S.A.S.** eliminó la información relacionada con el correo [REDACTED]@gmail.com del señor [REDACTED] de sus bases de datos, esto es, a próximamente catorce (14) meses después de la solicitud del denunciante. También se encuentra demostrado que no obstante se solicitó la eliminación por parte del Titular y haber manifestado **NALSANI S.A.S.** que había efectuado la eliminación desde octubre de 2014, dicha sociedad para el 4 de mayo de 2016 aún tenía en su base de datos el correo electrónico [REDACTED]@una.edu.co.

Dicho de otra forma, el ejercicio del derecho de revocatoria de la autorización inicial que de forma clara y suficiente comunicó el señor [REDACTED] a la sociedad **NALSANI S.A.S.**, fue desatendido por la investigada, razón suficiente para imponer la correspondiente sanción.

Así las cosas, este Despacho observa que no obstante haber ejercido el Titular su derecho de *habeas data* solicitado la supresión de sus datos personales, no pudo lograr un resultado satisfactorio, pues siguió recibiendo mensajes de publicidad de la sociedad investigada en su correo electrónico, razón por la cual se concluye que la investigada incumplió con el literal a) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 en concordancia con el literal e) del artículo 8 de la ley en mención, por consiguiente, se impondrá la correspondiente sanción al prosperar el cargo único.

En adición a lo anterior, como quiera que para el 4 de mayo de 2016 la sociedad demostró contar aún con el correo [REDACTED]@una.edu.co en su base de datos, se ordenará a la investigada la eliminación de todos los correos y datos de contacto que tenga esa sociedad del señor [REDACTED] en las bases de datos de la investigada.

DÉCIMO SEGUNDO: Imposición y graduación de la sanción

12.1 Facultad sancionatoria

La Ley 1581 de 2012 le confirió a la Superintendencia de Industria y Comercio una potestad sancionatoria que se concreta en el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012, estableciendo algunos criterios de graduación que se encuentran señalados en el artículo 24 ibidem, por lo tanto, atendiendo dichos criterios, este Despacho entrará a determinar cuáles deberá tener en cuenta en el caso concreto, así:

12.1.1 Criterios para establecer el monto de la sanción.

Respecto de las sanciones que se imponen por la infracción al Régimen de Protección de Datos debe precisarse que conforme al principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionatorio, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad que la norma

⁴ En cuyo caso, y con el fin de garantizar el debido proceso, corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar que en el tratamiento el Responsable o el Encargado han incurrido en conductas contrarias al ordenamiento.

establece, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Sobre la aplicación de este principio la Corte Constitucional ha señalado:

"En cuento el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste (sic) exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma que 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 que ella resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"⁵.

De esta forma para la correcta adecuación de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico en materia de protección de datos personales, debe en primera medida analizar la dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados, así como el posible beneficio económico para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, así como la colaboración del investigado para esclarecer los hechos materia de investigación⁶.

También se tendrán en cuenta para la dosificación de la sanción, el tamaño de la empresa, sus ingresos operacionales, su patrimonio, y, en general, su información financiera, de tal forma que la sanción resulte disuasoria más no confiscatoria.

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

Para el caso que nos ocupa, es claro que la sociedad investigada vulneró el derecho de *habeas data* del reclamante, pues no atendió la solicitud de supresión de datos presentada por el denunciante, por lo que mantuvo la información personal de una persona que había manifestado previamente su negativa para que se contara con su información personal y esta se tratara, violando durante dicho lapso el derecho fundamental del señor [REDACTED].

La omisión de realizar la eliminación de la información del denunciante desatendió el término previsto para ejecutar tal eliminación, pero además implicó la reiterada negativa a querer atender una petición que fue además reiterada en varias oportunidades sin que pudiera evidenciarse de manera alguna la debida diligencia a cargo del responsable en la ejecución del deber previsto en el literal a) del artículo 17 y en consecuencia el debido ejercicio de los derechos previstos a favor del titular en el literal e) del artículo 8 de la Ley 1581 de 2012.

En virtud de lo anterior, este Despacho impondrá una multa equivalente a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes por el incumplimiento de los deberes establecidos el literal a) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 en concordancia con el literal e) del artículo 8 de la ley en mención, sanción que resulta proporcional a la naturaleza de la infracción y a los criterios que deben ser tenidos en cuenta antes mencionados.

Por último se aclara que los criterios de graduación de la sanción señalados en los literales b), c), d) y e) del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012 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 reincidencia en la comisión de la infracción, (iii) no hubo resistencia u obstrucción a la acción investigativa de la Superintendencia y, (iv) no hubo renuencia o desacato a cumplir las órdenes e instrucciones del Despacho.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE

⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003. Ex. Rad. D-4059 Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.,

⁶ Artículo 24 de la Ley 1581 de 2012.

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer una sanción pecuniaria a la sociedad **NALSANI S.A.S.**, identificada con el Nit. 800.020.706, de **SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS M/cte. (\$66.394.530.00)**, equivalente a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el incumplimiento del deber establecido en el literal a) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 en concordancia con el literal e) del artículo 8 de la Ley 1581 de 2012 en mención, de conformidad con lo señalado en el presente acto administrativo.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o cheque de gerencia en el Banco Popular, Cuenta No. 050000249, a nombre de Dirección del Tesoro Nacional – Fondos Comunes, Código Rentístico No. 350300, Nit. 899999090-2. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar a la sociedad **NALSANI S.A.S.**, identificada con el Nit. 800.020.706, que dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, adelante el procedimiento pertinente para **ELIMINAR TODA** la información y datos personales del señor [REDACTED] identificado con la C.C. 80.074.319 de su base de datos, en especial el correo electrónico [REDACTED]@una.edu.co.

ARTICULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad **NALSANI S.A.S.**, identificada con el Nit. 800.020.706-9, a través de su representante legal, entregándole copia de la misma e informándole que contra ella procede recurso de reposición ante el Director de Investigación de Protección de Datos personales y el de apelación ante el Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales, dentro de los diez (10) días siguientes a la diligencia de notificación.

ARTÍCULO CUARTO: Comuníquese el contenido de la presente resolución al señor [REDACTED] identificado con la cédula de ciudadanía No [REDACTED]

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C.,

30 NOV 2017,

El Director de Investigación de Protección de Datos Personales,

CARLOS ENRIQUE SALAZAR MUÑOZ

Proyectó: MAAR
Revisó: CNB
Aprobó: CESM

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

VERSIÓN PÚBLICA

Radicado: 14-266238

NOTIFICACIÓN:

Entidad: **NALSANI S.A.S.**
Identificación: Nit. 800.020.706
Representante Legal: **JUAN CARLOS PEÑA DÍAZ**
Identificación: C.C. [REDACTED]
Dirección: Carrera 43 A No. 20 C- 55
Ciudad: Bogotá, D.C.
Correo electrónico: impuestos@totto.com

COMUNICACIÓN:

Reclamante:
Señor: [REDACTED]
Identificación: C.C. [REDACTED]
Dirección: [REDACTED]
Ciudad: Bogotá, D.C.
Correo Electrónico: [REDACTED][@gmail.com](mailto:[REDACTED]@gmail.com)