

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2022

Honorables Representantes
HARRY GIOVANNY GONZALEZ GARCIA
OSCAR LEONARDO VILLAMIZAR MENESES
Comisión Primera
CAMARA DE REPRESENTANTES
Congreso de la República
La Ciudad

Asunto: Comentarios respecto al Proyecto de Ley 222 de 2021 C “Por la cual se expiden disposiciones sobre las estadísticas oficiales en el país”

Honorables Representantes,

Comienzo por extenderle nuestros más cordiales saludos de parte de la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT, organización gremial que agrupa a las más importantes empresas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia. En ese sentido, hemos venido trabajando por más de 29 años apoyando el desarrollo armónico del Sector TIC en el país, bajo las banderas de la promoción y el crecimiento ordenado de la Industria de Tecnología en Colombia, en un ambiente de seguridad jurídica que fomente la inversión y el desarrollo económico y social del País.

En esta ocasión nos dirigimos a Usted, con el fin de respetuosamente presentarle nuestros comentarios respecto al Proyecto de Ley 222 de 2021 C “*Por la cual se expiden disposiciones sobre las estadísticas oficiales en el país*”. En ese sentido, respetuosamente presentamos las siguientes observaciones.

1. Comentarios generales

Tras una revisión detallada del Proyecto de Ley en comento, consideramos que no es claro el objetivo que este persigue. Se observa que buena parte de las disposiciones acá contenidas ya se encuentran en otras normas, principalmente en el Decreto 1170 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Información Estadística), en La Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 1753 de 2015 (artículo 160), la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 1955 de 2019 (artículo 155), y la Ley 79 de 1993¹.

Si bien el objeto y ámbito de aplicación del Proyecto menciona que “*La presente ley establece el marco jurídico general para la planificación, producción, difusión y administración de las estadísticas oficiales del país*”, es importante destacar que ese marco jurídico ya existe y que la materia se regula en las normas antes mencionadas.

¹ Por la cual se regula la realización de los Censos de Población y Vivienda en todo el territorio nacional.

Asimismo, el Proyecto de Ley realiza modificaciones que, en términos generales, no garantizarían estándares suficientes, para que los privados compartan su información con el Estado, teniendo en cuenta que no se evidencia independencia del DANE, respecto del Gobierno Nacional, y no se ofrecen las garantías de confidencialidad requeridas para la información que se entrega.

1.1. Comentarios respecto al impacto del Proyecto sobre la seguridad jurídica

Las disposiciones que regulan una materia deben quedar compiladas en un mismo cuerpo normativo, de tal forma que sea de fácil consulta por parte de la ciudadanía, y se reduzcan las probabilidades de confusión. Precisamente, esta fue la intención de la compilación realizada con las normas que se condensaron en los Decretos Únicos Reglamentarios.

Sin embargo, en lugar de compilar las disposiciones del Decreto 1170 de 2015, el Proyecto de Ley recoge varias de las disposiciones de este y adiciona otras. Con esto, la regulación de las estadísticas oficiales en Colombia quedaría dispersa en más de un cuerpo normativo, con apartes duplicados en uno y otro, lo cual genera lagunas jurídicas que se convierten en inseguridad jurídica, que dificultará y limitará el desarrollo de las estadísticas oficiales en Colombia. A pesar de esto, llamamos la atención sobre el hecho que, en todo el texto del Proyecto de Ley, no se menciona el Decreto 1170 de 2015, como si se desconociera la existencia de este.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que esta Ley no se trata de una norma compilatoria sobre las normas estadísticas del país, el marco jurídico no sería claro, razón por la cual sugerimos respetuosamente realizar un ejercicio de compilación normativa, con el fin de dotar de seguridad jurídica a este marco normativo.

1.2. Comentarios respecto a la reserva de Ley Estatutaria

El Proyecto de Ley contiene modificaciones al alcance del régimen de protección de datos personales, por esta razón consideramos que es necesario que el Proyecto de Ley se tramite como una Ley Estatutaria. Al respecto, la Sentencia C-687 de 2002 de la Corte Constitucional estableció que, para determinar si una norma está sometida a reserva de ley estatutaria, debe distinguirse si el asunto trata de un derecho fundamental, si la norma está regulándolo o complementándolo, si dicha regulación toca sus elementos conceptuales y estructurales mínimos y si la norma pretende regular integralmente dicho derecho.

Asimismo, la Sentencia C-252 de 2012 de la misma Corte señaló que: *“Aunque el Constituyente de 1991 consagró el mecanismo legislativo de las leyes estatutarias con el fin de proporcionar la estructura legal adecuada para regular materias concernientes a los derechos fundamentales (literal a) del art. 152), no pretendió eliminar la posibilidad de que los aspectos que no tuvieran que ver con la matriz o núcleo principal de los derechos fundamentales pudieran ser regulados a través de leyes ordinarias”*.

Por otro lado, en la sentencia C-013 de 1994, la Corte Constitucional precisó: *"Ahora bien, como se menciona en la transcripción del informe de ponencia, las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desenvolver y complementarlos. Esto no supone que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de ley estatutaria. Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales"*.

Con estas consideraciones en mente, es necesario que el Proyecto de Ley atienda a la reserva estatutaria por cuanto:

- Reglamenta el tratamiento de datos personales, pues establece una excepción a la autorización del titular para su tratamiento, consagrada en la Ley 1581 de 2012 y emanada del derecho constitucional de habeas data.
- Otorga poderes amplios al DANE, pues no permite acudir al principio de confidencialidad por parte del sector privado, en contravía de las normas supranacionales como la Decisión 486 de la CAN.
- Excluye de la aplicación de la Ley 1581 de 2012 (Protección de datos personales) a las bases de datos contenidas en este proyecto, lo que abiertamente contraría el derecho.
- No otorga garantías a los derechos fundamentales.

Por las razones anteriormente expuestas es necesario que el Proyecto siga el trámite de una Ley Estatutaria, para que la Corte Constitucional pondere los fines estadísticos y el derecho fundamental a la protección a los datos personales.

1.3. Comentarios respecto a los riesgos de aumentas las cargas administrativas y los costos asociados para las entidades que hacen parte del Sistema Estadístico Nacional (SEN)

Recomendamos realizar modificaciones en el Proyecto de Ley, para que no incremente las cargas administrativas para las diversas entidades que hacen parte del Sistema Estadístico Nacional (SEN), sean entidades públicas o privadas, y así no contravenir la política de simplificación normativa y mejora regulatoria. De esta manera consideramos que se puede materializar un sistema estadístico eficiente.

En relación con el sector de comunicaciones, se debe recordar que recientemente la estrategia de mejora regulatoria y de simplificación normativa de la CRC fue reconocida como un caso de éxito por el Banco de Desarrollo de América Latina-CAF². En dicha publicación, la CRC manifestó

² CAF – Banco de Desarrollo de América Latina. Policy Brief # 26. Estados ágiles en América Latina: la estrategia de mejora regulatoria de la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia. 2021. Disponible en <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1732>

que resulta un orgullo para Colombia que los esfuerzos en materia regulatoria sean reconocidos internacionalmente³. Por lo tanto, mal haría un Proyecto de Ley en dar pasos hacia atrás, en lo construido en esa línea.

En la actualidad, en el sitio web del Sistema Estadístico Nacional, se puede observar que dentro de la “Oferta estadística” se listan 410 Operaciones Estadísticas y 375 Registros Administrativos⁴. Es importante saber si el Proyecto de Ley modificaría esa oferta estadística de alguna forma, es decir, si se incrementaría la cantidad de operaciones o registros, o si estos se harían más complejos.

Consideramos que la información que se solicite debe estar debidamente justificada, ser necesaria para algún fin legítimo y resultar de un análisis costo-beneficio, para que toda la información que deba ser reportada sea de utilidad, así como demostrar que el Estado no tiene la posibilidad de obtenerla por ninguna otra vía.

1.4. Comentarios respecto a la importancia de incluir el principio de carga no excesiva para los encuestados

Teniendo en cuenta que el Proyecto de Ley toma como referencia la normatividad que ha expedido la Comunidad Europea, es importante que se tenga en cuenta el principio de carga no excesiva para los encuestados que establece: *“La carga de respuesta es proporcionada en relación con las necesidades de los usuarios y no es excesiva para los encuestados. Las autoridades estadísticas controlan la carga que supone responder a la encuesta y fijan objetivos para reducirla progresivamente”*⁵. Sin embargo, este principio no fue incluido en este proyecto de Ley, a pesar de ser de vital importancia para evitar obligaciones desproporcionadas en la entrega de información.

Como se mencionó anteriormente, en el sector de comunicaciones, los operadores ya realizan reportes de información tanto al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC), como a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), y la misma puede ser consultada por el DANE. Cualquier solicitud de información adicional resultaría excesiva e implicaría una alta carga, razón por la cual las autoridades del sector vienen trabajando en un proceso de simplificación de reportes de información.

1.5. Comentarios respecto a la necesidad de aclarar el concepto de “independencia técnica”

³ “CRC es reconocida por la CAF como ejemplo de Estado ágil en América Latina”. Disponible en <https://www.crcm.gov.co/es/noticia/crc-es-reconocida-por-la-caf-como-ejemplo-de-estado-agil-en-america-latina>

⁴ <https://www.sen.gov.co/oferta-estadistica/sistema-oferta-demanda-estad%C3%ADstica>

⁵ Código de Buenas Prácticas de las Estadísticas Europeas. Disponible en https://www.msccbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/docs/CdBP_septiembre_2012.pdf

El Proyecto de Ley menciona la “independencia técnica” en varios apartes: i) como uno de los principios de las estadísticas oficiales, priorizando el interés público sobre los intereses políticos, administrativos o particulares de las entidades que produzcan las estadísticas oficiales (Artículo 4); ii) como parte de las funciones del DANE como Autoridad Estadística (“*Mantener la independencia técnica, evitando actuar de manera contradictoria a los principios de la actividad estadística*”); iii) como un deber de la Dirección del DANE, fomentando la independencia técnica del Sistema Estadístico Nacional-SEN; y iv) el Artículo 9 dice que para designar al Director del DANE el Presidente de la República “*velará por dar cumplimiento a los estándares y buenas prácticas internacionales, como las contenidas en las disposiciones de la Ley genérica de la CEPAL, la Recomendación del Consejo sobre la Buena Práctica Estadística de la OCDE y el Código de Buenas Prácticas de las Estadísticas Europeas, en pro de fortalecer la autonomía técnica, operativa y administrativa de la Entidad*”.

Esta motivación se encuentra en algunas notas de prensa, que manifiestan que con el Proyecto de Ley “*se buscará consolidar al Dane como una entidad con independencia técnica*”⁶. Tanto así que esta parece ser la intención principal y el objetivo fundamental del Proyecto de Ley.

Sin embargo, el Proyecto de Ley no es claro sobre cómo se va a perseguir esa independencia técnica del DANE, si por ejemplo: i) se va a modificar la naturaleza jurídica de la entidad o la forma de elección del Director (más allá de mencionar que se “*velará por dar cumplimiento a los estándares y buenas prácticas internacionales*”), o ii) se va a modificar el periodo en el cual ejerce como Director, o iii) se le asignará un mayor presupuesto y se contratarán más personal, o iv) alguna otra alternativa que le permita contar con herramientas reales para lograr la independencia técnica que dice buscar.

De lo contrario, tanto para el DANE, como para el Sistema Estadístico Nacional, sería posible que dicha independencia técnica no se logre, y simplemente quede plasmada como un anhelo en la Ley. Tal y como está plasmado en el Proyecto de Ley, la citada “independencia” o “autonomía” técnica es totalmente ambigua, e incluso podría prestarse para que el DANE, en virtud de la mencionada “independencia”, pretenda acceder información que va más allá de sus funciones.

1.6. Comentarios respecto a la importancia de acompañar el Proyecto de Ley con un Análisis de Impacto Normativo (AIN)

Teniendo en cuenta el efecto que esta regulación puede tener sobre los diversos mercados, es necesario analizar detenidamente cuál será el impacto que el Proyecto de Ley tendría en caso de expedirse, para poder prever las consecuencias derivadas de la norma. Por esta razón, el Proyecto de Ley debería estar sustentado en un Análisis de Impacto Normativo (AIN), en el que: i) se justifiquen las razones de ser de la norma, ii) se explique cuál es el problema que se quiere resolver y iii) se pueda ver por qué se eligieron las alternativas regulatorias que se plasman en el

⁶ <https://www.larepublica.co/economia/el-dane-y-mininterior-radicaron-un-proyecto-ley-para-robustecer-las-estadisticas-oficiales-3215924>

Proyecto de Ley por encima de otras. Además, se debe medir el impacto que tienen dichas alternativas sobre los mercados que se ven afectados, en relación con los incentivos que crea, y elegir la mejor alternativa en términos de costos-beneficio.

2. Comentarios particulares

2.1. Respeto al artículo 4 “Principios que rigen las estadísticas oficiales”

Este artículo incluye dentro de los Principios que rigen las estadísticas oficiales, el de transparencia. Al respecto, la redacción de este resulta excesivamente amplia, pues menciona que toda información relacionada con la producción estadística y sus resultados se presume pública. En ese sentido, consideramos que debe darse absoluta claridad, sobre los límites de dicha publicidad y transparencia, en aras de salvaguardar tanto el secreto empresarial como los derechos de los propietarios de datos personales, de acuerdo con lo previsto en la Ley y en la normativa supranacional.

2.2. Respeto al artículo 14 “Obligaciones de quienes integran el Sistema Estadístico Nacional (SEN)”

El artículo 14 del Proyecto de Ley establece que una de las obligaciones de los integrantes del Sistema Estadístico Nacional (SEN) es: *“Poner a disposición del DANE de forma gratuita, las bases de datos completas de los registros administrativos y operaciones estadísticas que sean solicitadas por este, para la producción y difusión de estadísticas. La información solicitada deberá ponerse a disposición, con una descripción detallada de sus características y campos”*.

Al respecto consideramos que la obligatoriedad de la entrega de las bases de datos completas de los registros administrativos y operaciones estadísticas resulta desproporcionada y contraria a la normatividad legal y constitucional. Lo anterior, teniendo en cuenta lo contemplado en el literal e) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 según el cual:

“ARTÍCULO 6o. TRATAMIENTO DE DATOS SENSIBLES. Se prohíbe el Tratamiento de datos sensibles, excepto cuando: (...) e) El Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares”.

Con esto en mente, resulta claro que debe garantizar desde el principio la supresión de la identidad de los titulares de los datos personales, ya que estos no dieron autorización para el tratamiento de estos. De igual manera, se debe garantizar un balance entre del derecho al habeas data y los derechos que se satisfacen con la actividad estadística, por lo que se debe realizar un análisis de finalidad y proporcionalidad de la medida propuesta.

Frente a este asunto, es necesario traer a colación lo señalado en la Ley 1266 de 2008, respecto a la circulación de información personal en bases de datos, que estableció:

“Artículo 5°. CIRCULACIÓN DE INFORMACIÓN. La información personal recolectada o suministrada de conformidad con lo dispuesto en la ley a los operadores que haga parte del banco de datos que administra, podrá ser entregada de manera verbal, escrita, o puesta a disposición de las siguientes personas en los siguientes términos: (...) d) A las entidades públicas del poder ejecutivo, cuando el conocimiento de dicha información corresponda directamente al cumplimiento de alguna de sus funciones.”

En línea con la reglamentación de este artículo, la Resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) 76434 de 2012 estableció lo siguiente:

“De conformidad con lo establecido en los literales d) y e) del artículo 5 de la Ley 1266 de 2008, las entidades públicas del poder ejecutivo y los órganos de control y demás dependencias de investigación disciplinaria, fiscal o administrativa que soliciten información a un operador, deberán indicar en la correspondiente solicitud, de manera expresa e inequívoca, la finalidad concreta para la cual requieren la información solicitada y las funciones precisas que les han sido conferidas por la ley relacionadas con dicha finalidad. Estas entidades, órganos y dependencias estarán sujetas al cumplimiento de los deberes de los usuarios de información, previstos en la ley.”

A su vez, el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 estableció los casos en los que no se requiere autorización del titular, para la circulación de datos personales, dentro de los que se destaca: *“a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial”*.

Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció sobre los requisitos que la entidad pública debe cumplir, para el ejercicio de esta causal:

“En relación, con las autoridades públicas o administrativas, señaló la Corporación que tal facultad “no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompañarse con la garantía irrestricta del derecho al hábeas data del titular de la información. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida (...)”⁷.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-748 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En este sentido la circulación de esta información debe ser restringida, ya que los funcionarios públicos solo están autorizados para solicitar aquellos datos personales, que estén estrictamente relacionados con el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, se debe aclarar en el artículo 14 del Proyecto de Ley, que los integrantes del SEN, incluidas las empresas que prestan servicios públicos, no estarán obligadas a entregar datos personales, que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1581 de 2012 es *“cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”*.

2.3. Respecto a los artículos 20 “Obligatoriedad en la entrega de la información”, 21 “Deber de veracidad en la entrega de datos” y 31 “Obligatoriedad del suministro de información en materia de censos”

El artículo 20 del Proyecto de Ley establece que la participación en censos y encuestas para fines estadísticos es obligatoria tanto para entidades públicas y privadas, como personas naturales. A continuación, el artículo 31 establece que es obligatorio para las personas naturales o jurídicas suministrar la información que el DANE solicite en materia de censos (lo cual ya está establecido en el artículo 5 de la Ley 79 de 1993 *“Por la cual se regula la realización de los Censos de Población y Vivienda en todo el territorio nacional”*).

Lo anterior, implica una duplicidad de artículos para la misma materia, todo lo cual debería estar incluido en el Capítulo IV del Proyecto de Ley relativo a *“Disposiciones aplicables en materia de censos”*. Lo mismo ocurre con el Artículo 21 del Proyecto de Ley, que establece que la información proporcionada en censos, encuestas y demás medios de recolección de información deberá ser veraz, y el párrafo del artículo 4, que dice que el DANE debe garantizar la reserva de la información recolectada a través de censos y encuestas. Todo esto debería estar, se reitera, en un mismo capítulo del Proyecto de Ley.

2.4. Respecto al artículo 24 “Inoponibilidad de las reservas en la entrega de información para fines estadísticos”

El presente artículo establece que, para la entrega de datos, registros administrativos o información para fines estadísticas, no será posible invocar normas de confidencialidad o de reserva, que estén establecidas en otras normas, incluidas las reservas en materia tributaria. Esta norma se encuentra actualmente en el párrafo 1 del artículo 155 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022). Por su parte, el Capítulo V del Proyecto de Ley se refiere a la reserva estadística, y establece que están sujetos a reserva estadística los datos que permitan que personas naturales o jurídicas puedan ser identificadas directa o indirectamente.

Con esto en mente, solicitamos la eliminación de este artículo en la medida en que no puede establecerse una regla general para la confidencialidad de la información para las empresas privadas. Lo anterior, toda vez que, con esta disposición, el DANE tendría plenos poderes para

acceder a la información que tengan los privados, violando la normatividad supranacional de la CAN (que está por encima de la normatividad nacional), y que protege la información de los privados.

Al respecto, es fundamental aclarar que las empresas de servicios públicos no estarán obligadas a revelar información de sus usuarios, la cual constituye un valioso activo que se ha construido a lo largo de muchos años con información, que únicamente les compete a las personas naturales propietarias de dichos datos personales, y a las empresas que han creado dichas bases de datos para el adecuado desarrollo de su actividad económica. Esta información es altamente sensible y estratégica, y está protegida por el secreto empresarial, regulado por el artículo 260 de la Decisión Andina 486 de 2000.

Precisamente, el secreto empresarial es una figura que ha sido concebida desde el punto de vista del derecho comunitario, para permitirle a las empresas proteger información que consideran estratégica y valiosa, de tal manera que la ausencia de su divulgación asegure una ventaja competitiva en el mercado. En ese sentido, la doctrina define al secreto empresarial como toda información que no es generalmente conocida ni fácilmente obtenible por el común de las personas, que tiene una utilidad práctica en los negocios y que otorga a su titular una ventaja sobre la competencia⁸. Esta definición es bastante similar a la consignada en el artículo 260 de la Decisión Andina 486 de 2000:

“Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios (...)⁹”.

⁸ TOBON FRANCO, Natalia. *Secretos industriales, empresariales y Know How*. Editorial Diké, Medellín. 2009. Pág. 19.

⁹ Ver: Decisión Andina 486 de 2000. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>

Por consiguiente, un secreto comercial puede protegerse durante un periodo de tiempo ilimitado. Sin embargo, para que la información sea considerada como secreto empresarial, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- La información debe ser secreta: Se trata de información que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible en los círculos donde se maneja este tipo de información¹⁰.

- La información debe tener un valor comercial: Para Jaime Sanín Restrepo¹¹, este requisito es considerado el elemento objetivo del secreto empresarial. En concepto del mencionado doctrinante "(...) hace referencia al valor comercial que debe tener la información por ser secreta. Así, el "secreto sólo puede recaer sobre información que tenga un verdadero interés para el empresario, en la medida que le da una ventaja competitiva frente a otros empresarios por ser desconocida para estos"¹².

Este requisito evidencia que no basta con que la información sea secreta, sino que para que sea susceptible de protección por vía de las normas comunitarias, es fundamental que la misma sea valiosa para su poseedor y le otorgue una ventaja competitiva frente a los demás competidores.

Por lo anterior, es claro que la base de datos de clientes tiene la característica de ser información secreta y además reviste del mayor valor comercial para las empresas, por lo que generaría grandes perjuicios obligar a las compañías a reportar esa información. Es importante recordar que las empresas de servicios públicos ya deben reportar información a las comisiones de regulación, y que los reguladores han evaluado cuidadosamente qué información les es útil y necesaria recabar.

Específicamente en lo que respecta al sector de comunicaciones, los operadores ya realizan reportes de información tanto al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC), como a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), información que reposa en el Sistema Colombia TIC, creado por la Resolución 3484 de 2012 modificada por la Resolución 175 de 2021.

El Sistema Colombia TIC está conformado por las siguientes entidades: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC), la Agencia Nacional del Espectro (ANE), la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fondo Único de TIC) y la Superintendencia de Industria y

¹⁰ ADPIC, art. 39 (2) y Decisión 486 de la CAN, art. 261

¹¹ SANIN RESTREPO, Jaime. El secreto empresarial: Concepto teórico y fallas a la hora de alegar su violación ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Consultado en <http://vlex.com/vid/secreto-concepto-fallas-hora-alegar-513939330>, el 14 de marzo de 2016.

¹² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Régimen jurídico de los conocimientos técnicos. Know How y secretos comerciales e industriales. Buenos Aires, Editorial Heliasta. 1984. Pág. 89.

Comercio (SIC). Toda la información que reposa en este Sistema es pública, salvo aquella que tenga carácter reservado o confidencial conforme a la Constitución y a la Ley.

Así las cosas, el artículo 2 de la Resolución MinTIC 175 de 2021 establece que: *“Podrán ser parte del Sistema Colombia TIC otras entidades públicas de orden nacional o territorial que utilicen o requieran información del Sector para el cumplimiento de sus funciones establecidas legalmente, previa suscripción de un convenio con el MinTIC, las cuales estarán sujetas a todas las disposiciones previstas en la presente resolución”*.

Por lo tanto, lo más adecuado sería que el DANE suscribiera un contrato con el MinTIC para acceder a la información de operadores que reposa en el Sistema Colombia TIC. Igualmente, resaltamos que la información solicitada es información sensible y confidencial de los proveedores, protegida por la normatividad nacional y regional (CAN). Adicionalmente, la información de usuarios corresponde a datos personales cuya utilización está cobijada por la Ley 1581 de 2012.

De otro lado, resaltamos que, en años recientes, el MinTIC, la CRC, la ANE y la SIC han venido trabajando para simplificar los reportes, e incluso implementar métodos automáticos de recolección y captura de información desde los sitios web de los operadores. Por lo tanto, toda la información de utilidad del sector de comunicaciones puede ser obtenida por el DANE, solicitándola al MinTIC y a la CRC, entidades que han analizado en conjunto con las empresas del sector cuál es la información útil que estas deben reportar.

Adicionalmente, el Estado ya tiene mecanismos para recaudar información sobre personas, principalmente a través de censos, lo cual está regulado en la Ley 79 de 1993, norma de la cual varios apartes se pretenden reproducir e incluir en el Proyecto de Ley bajo análisis. Asimismo, es importante dejar muy claro que toda actuación del DANE, así como de cualquier otra entidad pública o privada, debe respetar las normas sobre datos personales, concretamente la Ley 1266 de 2008 y la Ley 1581 de 2012.

2.5. Respecto al artículo 34 “Aplicación en materia de censos”

El párrafo del artículo en comento establece que: *“Se exceptúa de la aplicación del régimen de protección de datos personales, a las bases de datos y archivos regulados en la presente ley, conforme al artículo 2, literal f) de la Ley Estatutaria 1581 de 2012”*. El mencionado literal f) de la Ley 1581 de 2012 establece que el régimen de protección de datos personales no se aplicará a las bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993. Consideramos que esto sería contrario al orden jurídico y se requeriría de intervención de la Corte Constitucional para que pondere derechos estadísticos y derecho fundamental a la protección de datos personales.

Al respecto, es muy importante que se tenga en cuenta que la Ley 1581 de 2012 mantiene su vigencia y aplicación, incluso cuando se encuentra exceptuada la autorización del titular para el

tratamiento de estos. Esto es así de conformidad con el párrafo del artículo 2 de la Ley 1581 de 2012, que establece que *“Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley”*.

Esos principios, que continúan siendo plenamente aplicables son los establecidos en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, son los siguientes:

1. El principio de legalidad en materia de tratamiento de datos: Según este principio, el tratamiento es una actividad reglada que debe sujetarse a lo establecido en la ley de protección de datos y las demás disposiciones que la desarrollen. Sin embargo, una lectura juiciosa del texto de la Ley 1581 de 2012 permite concluir que no se faculta a entidades públicas administrativas a acceder a datos personales que reposen en bases de datos que administren privados, sino cuando se trata del ejercicio estricto de sus funciones administrativas, para lo cual conviene recordar que el DANE, en su función de producción de información estadística, no tiene facultades legales para requerir datos personales que permitan identificar a una persona determinada o determinable.

2. El principio de finalidad: El tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al titular.

3. El principio de libertad: Señala que el tratamiento de la información requiere del consentimiento previo, expreso e informado del titular del dato, pero que no puede tener lugar en ausencia de mandato legal o judicial. Se debe recordar que el texto de la Ley 79 de 2011 ni del Decreto 262 de 2004 confieren al DANE la facultad legal de dar tratamiento a datos personales que reposen en las bases de datos de personas jurídicas privadas.

4. El principio de veracidad

5. El principio de transparencia: En el tratamiento debe garantizarse el derecho del titular a obtener del responsable del tratamiento o encargado del tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan. El principio de transparencia de la Ley 1581 de 2012 debe leerse de manera armónica con el principio de transparencia de las actuaciones administrativas, consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011 art. 3 y 7), según el cual la actividad administrativa debe ser de dominio público por lo que, toda persona puede y debe poder conocer las actuaciones de entidades públicas como el DANE si no están sujetas a reserva legal.

6. El principio de acceso y circulación restringida: El tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la ley de protección de

datos y la Constitución. El tratamiento sólo puede ser adelantado por personas autorizadas por el titular y/o personas previstas en la Ley 1581 de 2012.

7. El principio de seguridad

8. El principio de confidencialidad

Al momento de estudiar el Proyecto de Ley que culminó con la expedición de la Ley 1581 de 2012, la Corte Constitucional se refirió a las excepciones incluidas en esa norma en los siguientes términos:

“[L]as hipótesis enunciadas en el inciso tercero son casos exceptuados -no excluidos- de la aplicación de las disposiciones de la ley, en virtud del tipo de intereses involucrados en cada uno y que ameritan una regulación especial y complementaria, salvo respecto de las disposiciones que tienen que ver con los principios (...) este párrafo se introdujo con el fin de precisar que el artículo 2 no introduce un régimen de exclusión sino de excepción para ámbitos que requieren regulaciones especiales, pero a los que le son aplicables los principios generales contenidos en el proyecto de ley [hoy conocida como Ley 1581 de 2012]”¹³

En la misma providencia, la Corte Constitucional afirma que “la inclusión de párrafo obedece a que sin importar la finalidad que tenga la base de datos, mientras esta contenga información y datos personales **se deberá respetar los principios generales que regulan el tratamiento y protección de datos**”. (NFT)

Por lo tanto, el mencionado párrafo del artículo 34 del Proyecto de Ley debe ser claro y explícito en mencionar que los principios de la Ley 1581 de 2012 son plenamente aplicables, en aras de no violar el principio de legalidad.

2.6. Respecto al Capítulo X “De las infracciones relacionadas con la actividad estadística y su régimen sancionatorio”

El Capítulo X del Proyecto de Ley establece un listado con ocho (8) infracciones relacionadas con la actividad estadística, entre las que está negarse a suministrar información requerida por el DANE, y entregar información falsa, incompleta o inexacta. En relación con las infracciones, el artículo 2.2.3.5.3 del Decreto 1170 de 2015 establece que el DANE podrá imponer sanciones pecuniarias:

“a quienes incumplan u obstaculicen los requerimientos de información que este Departamento realice y que esté relacionada con las bases de datos de los registros administrativos requeridos para la producción de información estadística”, y el párrafo

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-748 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

1° del artículo 155 de la Ley 1955 de 2019 establece que quienes incumplan u obstaculicen los requerimientos de información que haga el DANE respecto de los registros administrativos estarán sujetos a las sanciones del artículo 6 de la Ley 79 de 1993, esto es, entre 1 y 50 SMMLV como sanción *“a las personas naturales o jurídicas de que trata el artículo 5o. de la presente ley y que incumplan lo dispuesto en ésta u obstaculicen la realización del Censo o de las Encuestas, previa investigación administrativa”*.

Por lo tanto, el Proyecto de Ley por un lado amplía el horizonte de actividades en las que se pueden dar las infracciones, de los censos o encuestas que establecen las normas citadas previamente, a la generalidad de “la actividad estadística”. Además, constituye un incremento sustancial en infracciones, por lo que se prevé que aumenten exponencialmente la cantidad de situaciones a investigar y, en consecuencia, a ser sancionadas.

En relación con las sanciones, el artículo 57 del Proyecto de Ley se limita a decir que *“habrá lugar a la imposición de las sanciones previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, previo agotamiento del procedimiento administrativo sancionatorio contemplado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*.

Esta redacción resulta ser ambigua e injustificadamente amplia, pues el texto del Proyecto de Ley no dice explícitamente cuáles serán las sanciones por la comisión de las infracciones. Por lo tanto, no sería posible analizar si las mismas resultan proporcionadas y razonables. Por el contrario, se requiere que la misma norma establezca con claridad cuáles son las sanciones concretas asociadas a cada una de las infracciones establecidas, de tal forma que se salvaguarde la seguridad jurídica. Igualmente, el articulado debe ser totalmente claro respecto de qué entidades, públicas o privadas, pueden incurrir en las infracciones que se busca establecer y, por lo tanto, ser sujetas a las sanciones correspondientes.

El Proyecto de Ley debe acompañarse de una justificación clara de la extensa lista de infracciones y el impacto que dicha reglamentación generará sobre las estadísticas oficiales, dado que debe preverse que cualquier error de buena fe en la entrega de alguna base de datos podría ser objeto de investigación y sanción por parte del DANE, facilitándose así las investigaciones contra entidades públicas o empresas específicas.

De otro lado, debe resaltarse que la imposición de sanciones debe obedecer siempre al principio de proporcionalidad, concebido, como una herramienta en la lucha contra la discrecionalidad de la Administración en la imposición de sanciones. Precisamente, la posibilidad de aplicar los efectos lesivos de un ilícito administrativo determinado, es una actividad que encuentra sometida tanto a límites formales como a límites sustanciales dentro de los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad de las sanciones.

Sobre este principio, se ha señalado que proviene del valor superior de justicia, según el cual, la lesión del bien jurídico o desvalor del resultado tipificado en la norma sancionatoria, no debe conllevar una coacción desproporcionada por parte de la administración. Sobre este mismo, la Corte Constitucional en Sentencia C-125/03 ha señalado:

“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 frente a esa misma gravedad”.

De otro lado, se observa que las sanciones están enfocadas es personas privadas, mas no en la violación a la reserva estadística, que puede presentarse por parte de los funcionarios del DANE. Teniendo en cuenta los principios internacionales sobre estadísticas, se deberían disponer sanciones por incumplimiento de confidencialidad y para cualquier divulgación de datos individuales de carácter privado, que pudieran infringir la vida privada de los encuestados y que pudieran sesgar las estadísticas.

Al omitir esto, el Proyecto de Ley no contempla una infraestructura legal para garantizar la confidencialidad ni para imponer sanciones en caso de violación de esta. Asimismo, no adopta medidas específicas para garantizar la plena protección de los datos individuales, de posibles divulgaciones o filtraciones, lo que disminuye la confianza de los proveedores de datos en la participación en las encuestas estadísticas y la entrega de registros administrativos.

3. Conclusiones

El Proyecto de Ley generará inseguridad jurídica en el país, ya que lo relativo a las estadísticas oficiales quedaría regulado en más de un cuerpo normativo, con apartes duplicados en una y otra norma, sin siquiera mencionar por ninguna parte del Proyecto el Decreto 1170 de 2015.

Por otra parte, hay algunas disposiciones que resultan ser bastante ambiguas, como es el caso de la intención de dotar al DANE y al Sistema Nacional Estadístico de mayor “independencia técnica”, o los aspectos relativos a las sanciones por la comisión de infracciones.

La redacción del principio de transparencia resulta muy amplia, al mencionar que toda información relacionada con la producción estadística y sus resultados se presume pública. Debe hacerse claridad explícita sobre los límites de esa publicidad y transparencia, para salvaguardar tanto el secreto empresarial como los derechos de los propietarios de datos personales, de acuerdo con lo previsto en la Ley.

Debe dejarse claro de forma explícita, por un lado, que toda actuación del DANE, así como de cualquier otra entidad pública o privada, debe respetar las normas sobre datos personales, concretamente la Ley 1266 de 2008 y la Ley 1581 de 2012, y que la norma no debe incrementar las cargas administrativas ni los costos asociados de reporte en cabeza de las entidades públicas o privadas. Asimismo, se debe aclarar enfáticamente que los integrantes del Sistema Estadístico Nacional (SEN), incluidas las empresas que prestan servicios públicos, no estarán obligados a entregar información que contenga datos personales, así como tampoco ninguna información que esté protegida por el secreto empresarial.

Por último, es necesario que el Proyecto de Ley se acompañe de un Análisis de Impacto Normativo (AIN), que explique con detalle el problema que se quiere resolver y se evalúen las distintas alternativas para lograrlo.

Esperando haber contribuido de manera positiva con nuestros aportes, quedamos atentos a cualquier inquietud o ampliación de la información que consideren pertinente.

Agradeciendo la atención prestada, me suscribo de usted con sentimientos de consideración y aprecio.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A.S. Yohai', written over a light blue horizontal line.

ALBERTO SAMUEL YOHAI

Presidente

Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT