

212

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB SECCIÓN B**

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente No.: 25000-23-41-000-2018-00354-00
Actor: COLEGIO BILINGÜE CLERMONT LTDA.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala la demanda presentada por el establecimiento educativo Colegio Bilingüe Clermont Ltda., a través de su representante legal Juan Alberto Grillo Londoño, y actuando por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

Mediante escrito radicado el 2 de abril de 2018, el establecimiento educativo Colegio Bilingüe Clermont Ltda., a través de su representante legal Juan Alberto Grillo Londoño, y actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 1 a 13 cdno. no. 1), con las siguientes súplicas:

"PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad de la:

- RESOLUCIÓN NÚMERO. 6628 del 15 de febrero de 2016, a través de la cual el Director de Investigación de Protección de Datos Personales, inicia una investigación administrativa y formula un pliego de cargos.

2. Que se declare la nulidad de la:

- RESOLUCIÓN NÚMERO 85323 del 12 de diciembre de 2016, por medio de la cual se resuelve "ARTICULO PRIMERO: Imponer una sanción pecuniaria al COLEGIO BILINGÜE CLERMONT LTDA identificado con el Nit: 860.513.163-4 DE DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE (\$248.203.800.00) equivalente a trescientos sesenta (360) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la violación a lo dispuesto en los literales a), b), c) y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 en concordancia con los artículos 2.2.25.2.2, 2.2.25.2.9 2.2.25.3.1 del Decreto 1074 del 2015"

3. Que se declare la nulidad de los actos administrativos, proferidos por la Superintendencia en la visita del 5 de agosto de 2015 al COLEGIO CLERMONT, por violación al debido proceso.

4. Que se declare la nulidad de los actos administrativos, proferidos por la Superintendencia en la visita del 18 de agosto de 2015 al COLEGIO CLERMONT, por violación al debido proceso.

(...)

7. Que se le reconozca a mi poderdante en calidad de restablecimiento la suma de \$100.000.000.00, Cien Millones de pesos, m/cte, como perjuicio moral, y daño al buen nombre del Colegio, como consecuencia de una violación al derecho fundamental del debido proceso.

8. Que se condene a los demandados al pago de las costas y las agencias en derecho." (fls. 2 y 3 cdno. no. 1).

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante narró, en síntesis, lo siguiente:

- 1) Informa que, mediante comunicación radicada el 25 de septiembre de 2014, varios miembros de la asociación de padres de alumnos del Colegio Bilingüe Clermont Ltda., presentaron queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio por una supuesta violación a la Ley 1581 de 2012; queja a la que, asegura la parte actora, no se dio traslado al Colegio Clermont.
- 2) Manifiesta que, el 4 de agosto de 2015, el Laboratorio de Informática Forense de la Superintendencia realizó preservación de la página web <http://www.clermont.edu.co> y sus enlaces internos, con el fin de verificar si en dicho portal se encontraba publicada la Política de Tratamiento de Datos Personales adoptadas por el Colegio Clermont.
- 3) Afirma que el informe realizado por el Laboratorio de Informática no fue trasladado al Colegio Clermont, violando el debido proceso. Pero además, que no consta como se manejó la cadena de custodia del referido informe,

violándole el derecho a controvertir las prueba y el derecho constitucional a la defensa.

4) Asegura que para la fecha de la visita irregular el Colegio Clermont ya contaba con la política de tratamiento de datos personales de forma física y el 5 de agosto de 2015 publicó, en el portal web www.clermont.edu.co, la Política de Tratamiento de Datos Personales.

5) Manifiesta que, el 15 de febrero de 2016, la SIC, a través del Director de Investigación de Protección de Datos Personales, inició investigación administrativa y formuló pliego de cargos.

6) Anota que la investigación se hace con base a las visitas realizadas al Colegio los días 5 y 18 de agosto de 2015.

7) Indica que, la visita realizada el 5 de agosto viola la Constitución Política al no respetar las normas del debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de confianza legítima, como quiera que la persona que los recibe, una auxiliar contable, advierte que no se encuentran presentes ni el representante legal del colegio, ni la persona encargada del tratamiento de datos; no obstante, antes de suspender la diligencia y convocar una nueva visita, la funcionaria genera un acta de cargos y de pruebas en contra del Colegio Clermont, tal como dice el documento *"En este punto de la diligencia, se suspende el desarrollo de la misma, la cual se retomará el 18 de agosto de 2015, día en el que se requiere la asistencia del personal encargado de sistemas, atención y quejas ..."*.

No obstante estar suspendida la diligencia, por no encontrarse las personas responsables o encargadas de los datos, la funcionaria, posterior a la suspensión de la diligencia procedió con *"En este punto de la diligencia se procedió a leer la queja presentada por los miembros de la asociación de padres del colegio Clermont y a solicitar se nos informe la razón por la cual no fue contestado el requerimiento enviado al colegio por esta Superintendencia el día 14 de octubre de 2014"*.

Así, de forma incongruente, y por tanto violatoria del debido proceso, mientras la audiencia se encontraba suspendida, por la imposibilidad legal de adelantarse, por no encontrarse presentes ni el Representante Legal, ni

la persona encargada del tratamiento de los datos, se decidió de forma irregular, continuar con la misma.

8) Manifiesta que el acta de la diligencia de visita e inspección de responsables y encargados de bases de datos del 5 de agosto de 2015, empieza a las 9:30 am y termina a las 11:00 am, pese a que no se encontraban las personas responsables o encargados de las bases de datos, lo que demuestra que sí se adelantó una diligencia, que no podía haberse llevado a cabo.

9) Advierte que, en la visita del 18 de agosto de 2015, no se le dio traslado al Representante Legal de la queja radicada por los padres de familia, tal como consta en la misma acta, pues, en el numeral 4 de la diligencia, se aprecia que la Superintendencia no remitió la queja al Colegio Clermont, como consta en el acta, como quiera que la queja fue trasladada a la asociación de padres del Colegio, y no al Colegio Clermont, dos personas totalmente independientes desde el punto de vista jurídico.

10) Indica que la Superintendencia siempre tuvo conocimiento del lugar y sitios de notificación del Colegio Clermont, tan así es que generó dos visitas al mismo. Sin embargo, para efectos de dar traslado de la queja puesta por los padres de familia, no les hizo llegar la misma, violándoles de forma evidente su derecho a la defensa, pues, tal queja fue la que dio origen al procedimiento administrativo sancionatorio.

11) Asegura que la Superintendencia desconoció su propia normativa, puesto que, en la Circular Única "ACTUACIONES ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO" en su Capítulo Tercero, respecto a las quejas y reclamos, establece "*Procedimiento para atender las quejas y reclamos*" en su numeral "3.2. literal b) trasladar dentro del término establecido en el numeral 1.2, las quejas o reclamos que deban ser resueltas por otras entidades y así mismo".

12) Anota que la Superintendencia emite la Resolución No. 85323 del 12 de diciembre de 2016, por medio de la cual se resuelve "*ARTICULO PRIMERO: Imponer una sanción pecuniaria al COLEGIO BILINGÜE CLERMONT LTDA identificado con el Nit: 860.513.163-4 DE DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE (\$248.203.800.00) equivalente*

a trescientos sesenta (360) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la violación a lo dispuesto en los literales a), b).c) y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 en concordancia con los artículos 2.2.25.2.2, 2.2.2.25.2.9 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 del 2015". Frente a lo cual, advierte que, la sanción que se le impone se hacen con base en el Decreto 1074 de 2015, que se expidió el 26 de mayo de 2015; no obstante, la queja presentada por los padres, de la cual insiste que nunca se le dio traslado al Colegio Clermont, da cuenta de los presuntos hechos de incumplimiento de la ley de protección de datos es de fecha 25 de septiembre de 2014, momento en el cual no había nacido a la vida jurídica el Decreto 1074 de 2015. Sin embargo, en todo el acto administrativo contentivo de la sanción se tiene como motivación jurídica para imponer la multa el Decreto 1074 de 2015, norma que no se encontraba vigente cuando se presentó el presunto incumplimiento de la Ley 1581 de 2012.

13) Asegura que en la visita que se realizó al Colegio el 18 de agosto de 2015, se acreditó a las personas que realizaban la misma el cumplimiento sobre las Políticas del Tratamiento de Información Personal, la cual se hacía por medio físico.

14) Sostiene que la Superintendencia desconoció su propia normativa en la visita del 5 de agosto de 2015, pues, en la Circular Única "ACTUACIONES ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO" en el numeral 6.1 *Visitas de inspección* literal b) se establece que "Los documentos e información que requieran los funcionarios comisionados por esta Superintendencia serán requeridos por escrito al representante legal de la entidad o al revisor fiscal. Tal solicitud será suscrita por un funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio y en la misma se señalará para atender el requerimiento correspondiente.". Sin embargo, no consta en el expediente ni en el acta, la solicitud de información por parte de la persona encargada de adelantar la visita de inspección.

15) Señala que la Superintendencia no siguió el principio legal de aplicación de la ley más favorable en materia sancionatoria, como quiera que no tuvo en cuenta el artículo 2.2.2.25.3.1 Decreto 1074 de 2015, en virtud del cual se estableció que las políticas de tratamiento de datos

personales deben "constar en medio físico o electrónico en un lenguaje claro y sencillo y ser puesta en conocimiento de los titulares".

16) De otra parte, aduce que la sanción ilegal impuesta al Colegio no tuvo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, respecto al daño realmente ocasionado, ya que, como consta en los registros judiciales, no existe demanda alguna de tipo civil o penal en contra del Colegio Clermont por incumplimiento de las normas de protección de datos, es decir, que la multa es de carácter peligrosista o de sospecha, pues, no hay un solo hecho legal que se haya ocasionado como resultado de la presunta violación de la Ley 1581 de 2012.

17) Finalmente, menciona que, como bien lo recoge en uno de sus apartes la resolución sancionatoria, el objeto del Colegio es impartir educación. La educación que se imparte es de alta calidad, en la actualidad el Colegio cuenta con más de 500 niños, a los cuales se les está poniendo en riesgo su educación, pues, una multa tan alta y desproporcionada deja al Colegio en una situación económicamente difícil, para poder continuar con sus funciones, y que el afán sancionatorio de una Superintendencia no puede ir en contra del bienestar de más de 500 familias, que confían en una institución educativa con más de 30 años al servicio de los niños, que durante este período y con mucho esfuerzo se ha certificado en calidad como colegio bilingüe y siempre se ha destacado en los exámenes de Estado.

3. Normas violadas.

Para sustentar las pretensiones, la parte demandante adujo la violación de las siguientes disposiciones jurídicas:

- **Constitución Política:** Artículo 29.
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** -aprobado por la Ley 74 de 1968-: Artículo 15-1.
- **Convención Americana de Derechos Humanos** -aprobada por la Ley 16 de 1972-: Artículo 9.
- **Ley 153 de 1887:** Artículo 44.

- **Código Penal** (Ley 599 de 2000): Artículo 6º.
- **Código de Procedimiento Penal** (Ley 906 de 2004): Artículo 6º.
- **Ley 1437 de 2011** (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).
- **Circular Única** de la Superintendencia de Industria y Comercio: en su acápite de "Actuaciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio".

4. Concepto de la violación.

Para sustentar las pretensiones, la parte demandante adujo lo siguiente:

La inspección realizada por los funcionarios de la Superintendencia el día 5 de agosto titulada "DILIGENCIA DE VISITA DE INSPECCION DE RESPONSABLES Y/O ENCARGADOS DE BASES DE DATOS PERSONALES", se hizo a través de intimidación y extralimitación de funciones, pues, la Superintendencia al tener conocimiento de que el representante legal o el encargado de la base de datos del Colegio Clermont no se encontraban, debieron fijar una nueva fecha para la visita, tal como se hizo, pero sin transgredir el debido proceso. De la sola lectura del encabezado de la visita se desprende que la misma era para "VISITA INSPECCION DE RESPONSABLES Y/O ENCARGADOS DE BASES DE DATOS PERSONALES", por lo tanto, al haber adelantado la misma, fue violatorio del principio constitucional del debido proceso, no sólo se desconocieron normas constitucionales, sino las mismas normas internas de la Superintendencia, como la Circular Única. No se podía generar ningún elemento de prueba o de formación, ya que dicha diligencia fue atendida por una auxiliar contable, quien se identificó como tal. Por lo cual, el trasladarle a la señora Madrigal, auxiliar contable, la información para descargos, era ilegal, pues, la señora Madrigal, tal como consta en el mismo informe, dice cuál es su cargo. El abuso de poder de la Superintendencia, y el sometimiento a la funcionaria del Colegio, es evidente cuando la abogada que hace la visita deja una constancia intimidatoria y prejuzga al indicar en la misma acta "Igualmente se deja constancia que en la portería de la institución se recolectan datos personales de los visitantes así como se realiza la captura de la imagen de los visitantes, se deja constancia que no se encuentra cartel o letrero que informe la recolección de datos personales, ni la persona que realiza la recolección de datos informa la finalidad de la recolección".

Pero lo más grave de la violación al debido proceso es que la persona que recibe la visita, no tiene ningún encargo en el tema de protección de datos y no es Representante Legal del Colegio, la violación al debido proceso es flagrante, pues, se le hicieron preguntas y se generaron pruebas como la de la recolección de la evidencia digital, el procedimiento administrativo tiene que ser escrupuloso y su cumplimiento no es una elección del funcionario, es una obligación legal. El no cumplir con este procedimiento es como si se le tomara a una persona diferente a la investigada una indagatoria y se realizará una interceptación de comunicaciones sin orden judicial, de ese tamaño es el despropósito de la diligencia del 5 de agosto de 2017, y cuando se viola de forma flagrante el derecho a la defensa y al debido proceso la única opción legal es declarar la nulidad de lo actuado, y no se necesita la intervención de un juez, la misma autoridad administrativa al notar el hecho, debe hacerlo de forma unilateral, con el fin de proteger el imperio de las normas constitucionales.

La actuación de la Superintendencia se enmarca dentro de una política de prejujuicio y persecución contra una entidad que viene cumpliendo con una labor social y fundamental, como lo es la de impartir una educación de alta calidad. Esta afirmación se desprende de todo el procedimiento intimidatorio y de prejujuicio al que fue sometido el Colegio, con violación a principios fundamentales como el debido proceso, como se desprende de las visitas del 5 y 18 de agosto de 2015, las cuales sirven como base para imponer una sanción desproporcionada y abusiva por parte de los funcionarios de la Superintendencia.

El hecho de no darle traslado al Colegio Clermont de la queja interpuesta por unos padres de familia, demuestra que la Superintendencia se extralimitó en sus funciones, pues, la negación de ese traslado, que se hizo de forma "extraña" a la asociación de padres de familia, le causó al Colegio Clermont la imposibilidad de conocer de que se le estaba acusando, de defenderse, lo cual es una clara violación al debido proceso. En todos los procesos administrativos sancionatorios por parte del Estado, es fundamental que se le dé traslado de la queja a la persona acusada, para que ésta se defienda y pueda ejercer un principio fundamental en el derecho como lo es el debido proceso. En materia sancionatoria

administrativa, la jurisprudencia y la normatividad, remiten en forma supletoria a los procedimientos garantistas que tienen las normas de procedimiento del Código Penal, y, por lo tanto, no informarle al Colegio Clermont sobre la queja de algunos padres viola el derecho a la defensa y el debido proceso y máxime si en las actas de visita no se le da traslado de la queja. Es tan violatorio al debido proceso como si se le imputara a alguna persona un delito, sin que ésta tuviera acceso a la denuncia.

La Superintendencia en su cúmulo de irregularidades y en su afán de sanción, en su actuación administrativa desconoce el principio constitucional de que nadie puede ser juzgado, en este caso, investigado y sancionado, con leyes que al momento de su supuesta infracción no existían. Es un principio básico recogido en la Constitución Nacional, artículo 29 *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."* y los Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Estado Colombiano.

5. Trámite y contestación de la demanda.

La demanda fue presentada ante la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación el día 2 de abril de 2018 (fls. 1 a 13 cdno. no. 1), correspondiéndole por reparto al Despacho del Magistrado sustanciador (fl. 62 *ibidem*), quien, mediante auto del 10 de abril de 2018 (fls. 64 y 65 *ibid*), solicitó la corrección de la misma respecto de unos puntos específicos señalados en dicha providencia, seguidamente, mediante memorial del 25 de abril de 2018 (fls. 67 a 69 *ibid*), la parte actora subsanó la demanda, posteriormente, por auto del 15 de mayo de 2018 (fls. 99 a 104 *ib*), la demanda fue rechazada respecto a la Resolución 6628 del 15 de febrero de 2016 por medio de la cual se inicia la investigación administrativa y se formula pliego de cargos y de los actos administrativos proferidos en las visitas del 5y 18 de agosto de 2015, y admitida frente a los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 85323 del 12 de diciembre de 2016, 21650 del 28 de abril de 2017 y 50458 del 23 de agosto de 2017, providencia esta que fue notificada el 30 de mayo de 2018 en forma personal mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para

notificaciones judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio, al Procurador Administrativo Delegado ante esta Corporación, y al Director de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado (fls. 108 a 113 *ib*).

5.1 Contestación de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Superintendencia de Industria y Comercio, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda (fls. 127 a 152 cdno. no. 1) solicitando que se nieguen las pretensiones y condenas solicitadas en la demanda, por considerar que las mismas carecen de asidero jurídico y por ende, se encuentran llamadas a fracaso, con fundamento, en síntesis, en los siguientes planteamientos:

Aduce que debe tenerse en cuenta que en la visita realizada en 5 de agosto de 2015, no fue posible obtener la información requerida debido a que en ese momento no se encontraban en el colegio las personas responsables de su administración. Tanto el representante legal como la rectora estaban fuera del país y no era posible su presencia inmediata, por esa razón, la diligencia fue suspendida hasta el 18 de agosto de 2015.

Menciona que en las visitas se encontraron los siguientes hallazgos:

- *Que por lo menos hasta el 4 de agosto de 2015, el Colegio CLERMONT no había dispuesto a través de la página web www.clermont.edu.co. políticas de tratamiento de datos personales ni aviso de privacidad que permitieran a los titulares conocer de antemano la finalidad del tratamiento de los datos personales entregados al diligenciar los formularios que el colegio tiene a disposición en dicha página, pese a que a través del portal electrónico recolecta la información de los estudiantes en el proceso de matrícula.*
- *El 5 de agosto de 2015 -un día después de la inspección administrativa efectuada al portal web www.clermont.edu.co- se publicó en esta una política de tratamiento de datos personales. Sin embargo, los titulares respecto de los cuales se efectuaron diversos tratamientos de información antes de la publicación de la política, no pudieron conocer la misma ni la finalidad del tratamiento.*
- *El Colegio CLERMONT no recolectó la autorización para el tratamiento de los datos personales de los estudiantes menores de edad en el proceso de matrícula del año académico 2015-2016 ni en los años anteriores, pese a estar vigente desde el 19 de abril de 2013 la Ley 1581 de 2012. Tampoco recolectó la autorización de los padres de familia, personal docente y personal administrativo, y demás personas que han accedido a los diferentes canales de contacto de la institución mediante los cuales se recogen datos personales.*
- *Durante el desarrollo de la visita del 18 de agosto de 2015, el Colegio CLERMONT presentó un formulario para la actualización de datos personales y recolección de la autorización para el tratamiento de información. Sin embargo, no había implementado su uso al momento de la visita de inspección. En igual sentido, presentó una política de protección de datos personales, la cual fue puesta en conocimiento de los titulares a través de su página web después del 5 de agosto de 2015.*
- *Se encontró que para el 5 de agosto de 2015, fecha de la visita administrativa, el Colegio CLERMONT no tenía habilitado un manual interno o un procedimiento para la atención de peticiones, quejas y reclamos relacionados con el ejercicio de los derechos*

217

a conocer, actualizar, rectificar y suprimir los datos personales o revocar la autorización por parte de los titulares.

- El Colegio CLERMONT no cuenta con manuales y procedimientos tendientes a garantizar la seguridad de la información almacenada en los equipos de cómputo que tiene en arriendo. Tampoco tiene establecidos parámetros documentados para la restricción de contenidos y acceso remoto a la plataforma del colegio por parte de docentes, ni cuenta con procedimientos encaminados a identificar y controlar los riesgos asociados al tratamiento de datos personales a través de las tabletas que usan los docentes y que son suministradas por la Editorial Santillana, mediante un convenio entre ambas sociedades.

- El Colegio CLERMONT no cuenta con cláusulas de confidencialidad en los contratos suscritos con sus empleados y docentes, así como tampoco cuenta con procedimientos encaminados a identificar y controlar los riesgos asociados al tratamiento de datos personales."

Anota que, por los hallazgos encontrados, por medio de la Resolución 6628 del 15 de febrero de 2016, se dio inicio a la correspondiente investigación administrativa mediante la formulación de pliego de cargos contra el Colegio Clermont por la presunta violación de lo establecido: (i) En los literales b) y c) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el literal b) y c) del artículo 4 y los artículos 7, 9 y 12 de la misma norma, en conjunto con los artículos 2.2.2.25.2.2 y 2.2.2.25.2.9 del Decreto 1074 de 2015; (ii) En el literal d) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el literal g) y h) del artículo 4 de la misma norma; y (iii) En los literales a), j) y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el artículo 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 de 2015.

Indica que la Resolución 6628 del 15 de febrero de 2016 fue notificada al Colegio Clermont mediante aviso 9538 el 26 de febrero de 2016, para que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del acto, rindiera descargos y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del trámite radicado con el número 14-212191.

Informa que el Colegio Bilingüe Clermont Ltda. presentó sus descargos el 16 de marzo de 2016, aportando las pruebas que pretendía hacer valer en la investigación administrativa.

Destaca que, por medio de la Resolución 43773 del 30 de junio de 2016, abrió la etapa probatoria para que se incorporaran las pruebas dentro de la investigación 14-212121 allegadas por la investigada y las decretadas de oficio por la SIC, y corrió traslado para los alegatos de conclusión, luego, el 28 de julio de 2016, el Colegio Bilingüe Clermont Ltda., presentó sus alegatos de conclusión.

Revela que, por medio de la Resolución 85323 del 12 de diciembre de

2016, resolvió imponer una sanción pecuniaria al Colegio Bilingüe Clermont Ltda., por la suma de \$248.203.800.00, al encontrarse probado las normas relacionadas en la Resolución 6628 del 15 de febrero de 2016, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012, estableciendo algunos criterios de graduación que se encuentran señalados en el artículo 24 *ibídem*, por lo que, encontró demostrado que no solo el Colegio Clermont hizo tratamiento de datos personales de los titulares sin contar con una autorización previa, expresa e informada, sino que dentro de estos se encontraban sujetos de especial protección constitucional como los son los menores de edad, además dentro de la información recolectada y tratada por la investigada se evidenció que parte de la misma tiene el carácter de datos sensibles sin que la investigada tuviera en cuenta los requisitos especiales para el tratamiento de dichos datos. Así las cosas, es claro para la entidad que el plantel educativo puso en peligro los bienes jurídicos tutelados en la Ley 1581 de 2012, es decir, vulneró el derecho de *habeas data* de los titulares y el principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, según el cual todas las personas están obligadas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos.

Informa que, el 19 de diciembre de 2016, el Colegio Bilingüe Clermont Ltda., interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación contra la Resolución 85323 del 12 de diciembre de 2016 que impuso una sanción pecuniaria.

Comunica que por medio de la Resolución 21250 del 28 de abril de 2017 se resolvió el recurso de reposición interpuesto confirmando la Resolución 85323 del 12 de diciembre de 2016, por cuanto la sociedad incumplió lo establecido en la Ley 1581 de 2012, vulnerando el derecho de *habeas data* de los titulares de la información y el principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes poniendo en peligro los bienes jurídicos tutelados en la mencionada ley.

En tanto que, por medio de la Resolución 50458 del 23 de agosto de 2017 se resolvió el recurso de apelación interpuesto y confirmó la Resolución 85323 del 12 de diciembre de 2016, considerándose que en la presente

actuación administrativa se salva guardaron todas las formas del debido proceso, con arreglo a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y el numeral 1 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en particular, se dio plena garantía a los derechos de representación, defensa, contradicción y a los principios de legalidad y presunción de inocencia. Así, se puso en conocimiento del recurrente el inicio de la investigación sancionatoria, los cargos que se le formularon, se dio oportunidad para que rindiera descargos, aportara y solicitara pruebas y presentara alegatos tendientes a probar el cumplimiento de la ley.

En esos términos, concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio no vulneró el debido proceso, ni el derecho de defensa, ni hubo extralimitación de funciones y la sanción fue impuesta proporcionalmente en relación con los cargos inculcados y los hechos probados.

5.2 Trámite de la audiencia inicial.

En cumplimiento de lo consagrado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 22 de marzo de 2019 (fls. 160 a 167 cdno. no. 1) se llevó a cabo la audiencia inicial, la cual tuvo como finalidad proveer sobre el saneamiento del proceso, las excepciones previas, la fijación del litigio, la posibilidad de conciliación entre las partes, y el decreto de pruebas.

5.3 Alegatos de conclusión.

Evacuada la audiencia inicial, como quiera que no habían pruebas que practicar, y por considerar innecesaria la celebración de audiencia de pruebas y la alegaciones y juzgamiento, consagradas en los artículos 181 y 182 de la Ley 1437 de 2011, se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días hábiles, y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

Dentro de dicho lapso las partes se pronunciaron al respecto, oportunidad donde, en síntesis, reiteraron los argumentos expuestos en la demanda (fls. 204 a 206 cdno. no. 1) y en la contestación de la misma (fls. 171 a 201 *ibídem*).

5.4 Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, luego de hacer una síntesis sobre la demanda y la contestación de la misma, emitió concepto (fls. 209 y 210 vtos. cdno. no. 1), solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda, manifestando, en síntesis, lo siguiente:

Indica que el problema jurídico consiste en determinar si se presentó violación al debido proceso y derecho de defensa; extralimitación de funciones; abuso de poder; y desproporcionalidad de la sanción, en los siguientes actos administrativos: a) la Resolución No. 85323 del 12 de diciembre de 2016 *"por la cual se impone una sanción y se imparte una orden"*, b) la Resolución No. 21650 del 28 de abril de 2017 *"por la cual se resuelve un recurso de reposición"*, y c) la Resolución No. 50458 del 23 de agosto de 2017 *"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*.

Manifiesta que las pretensiones de la demanda no están destinadas a prosperar, por las siguientes razones:

- i) Indica que está demostrada la materialidad de la infracción y su tipificación en el artículo 3 literal e) de la Ley 1582 de 2012, de incumplir con las obligaciones relacionadas con el tratamiento de datos personales de los estudiantes del claustro educativo, y que las correcciones solamente se produjeron después del 5 de agosto de 2015, tal y como se acredita en el expediente administrativo allegado al proceso.
- ii) En cuanto al aspecto objetivo de la responsabilidad, señala que debe tenerse en cuenta que en la sentencia C-616 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se reiteró que *"la Corte Constitucional en materia de sanciones administrativas ha aceptado solo de manera excepcional, atendiendo a las especificidades de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva"*. En dicho pronunciamiento la Corte consideró que la exequibilidad de la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho sancionador debe ser objeto de estudio por parte de esta Corporación en cada caso de acuerdo con las características propias de la norma que se juzga, señalando que como la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional en el régimen constitucional

colombiano por ello se encuentra sujeta a estos requisitos: (i) que carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) que tengan un carácter meramente monetario; y (iii) que sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras).

Así, aduce que, en el asunto objeto de juzgamiento, se cumplen los parámetros señalado en precedencia, pues, está acreditado que la empresa pudo actuar de otra manera para cumplir con la legislación de tratamiento de datos personales de sus estudiantes, que adicionalmente tienen una protección especial por tratarse de menores de edad y decidió no hacerlo, sin que importe la razón o voluntariedad de su actuar omisivo.

iii) En lo que respeta a la intencionalidad de la conducta, menciona que resulta pertinente para la dosificación de la sanción, y sobre el particular aduce que no resultan de recibo las justificaciones del demandante, puesto que sin duda la omisión parte del cumplimiento de los protocolos de los datos personales, en los términos previstos en la Ley 1512 de 2012, y como quiera que los correctivos solamente se adoptaron después de la visita administrativa en agosto de 2015, situación que está demostrada en otras pruebas, la presunta vulneración en la visita del 4 de agosto resulta irrelevante, pues, la falta está acreditada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la

controversia; 2) análisis de los cargos de nulidad; 3) conclusión general y 4) condena en costas.

1. Objeto de la controversia.

El establecimiento educativo Colegio Bilingüe Clermont Ltda., a través de su representante legal Juan Alberto Grillo Londoño, y actuando por intermedio de apoderado judicial, pretende la declaración de nulidad de las Resoluciones Nos. **85323** del 12 de diciembre de 2016, "*por la cual se impone una sanción y se imparte una orden*"; **21650** del 28 de abril de 2017, "*por la cual se resuelve un recurso de reposición*"; y **50458** del 23 de agosto de 2017, "*Por la cual se resuelve un recurso de apelación*", expedidas por el Director de Investigación de Protección de Datos Personales y la Superintendente Delegada para la Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio, respectivamente, por cuanto que, dichos actos, fueron proferidos por la entidad incurriendo en violación de los artículos 29 de la Constitución Política; 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -aprobado por la Ley 74 de 1968-; 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos -aprobada por la Ley 16 de 1972; 44 de la Ley 153 de 1887; 6º del Código Penal (Ley 599 de 2000); 6º del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004); la Ley 1437 de 2011 y la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio en su acápite de "*Actuaciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio*", en los términos expuestos en el acápite de "concepto de la violación" de los antecedentes de esta providencia.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad de dichos actos administrativos, y como restablecimiento del derecho, se le reconozca la suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000.00) por concepto de perjuicio moral y daño al buen nombre del Colegio. Pero además, solicita que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. Análisis de los cargos de nulidad.

Establecido lo anterior, a continuación, la Sala estudia el mérito de los cargos de nulidad propuestos por la parte actora, frente a lo cual cabe

220

precisar que, en la audiencia inicial llevado a cabo el día 22 de marzo de 2019 (fls. 160 a 167 cdno. no. 1), se advirtió que, si bien la parte actora en el acápite de "**CONSIDERACIONES**" del escrito de la demanda (fls. 9 a 11 *ibidem*), con el cual sustenta el concepto de la violación de la normas que señaló como infringidas, no desarrolló de manera específica e individualizada los cargos de la demanda, en virtud de la facultad y/o deber otorgado el juez por el numeral 5º del artículo 42 del Código General del Proceso de interpretar la demanda de manera que le permita decidir el fondo del asunto, la infracción de las normas señaladas se invocan por una supuesta *violación al debido proceso y derecho de defensa; extralimitación de funciones; abuso de poder; y desproporcionalidad de la sanción* por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Así las cosas, la Sala resolverá la problemática planteada bajo el estudio de los cargos mencionados.

2.1 Violación al debido proceso y derecho de defensa.

Aduce la parte actora que, en la inspección realizada el día 5 de agosto, al tener conocimiento la Superintendencia de que el representante legal o el encargado de la base de datos del Colegio Clermont no se encontraban, debió fijarse una nueva fecha para la visita, tal como se hizo, pero sin transgredir el debido proceso.

Señala que de la sola lectura del encabezado de la visita se desprende que la misma era para "*VISITA INSPECCION DE RESPONSABLES Y/O ENCARGADOS DE BASES DE DATOS PERSONALES*", por lo tanto, al haber adelantado la misma, fue violatorio del principio constitucional del debido proceso.

Asegura que no se podía generar ningún elemento de prueba o de formación, ya que dicha diligencia fue atendida por una auxiliar contable, quien se identificó como tal. Por lo cual, el trasladarle a la señora Madrigal, auxiliar contable, la información para descargos, era ilegal, pues, la señora Madrigal dice cuál es su cargo.

Menciona que lo más grave de la violación al debido proceso es que la persona que recibe la visita no tiene ningún encargo en el tema de protección de datos y no es representante legal del colegio, por lo que, la

violación al debido proceso es flagrante, pues, se le hicieron preguntas y se generaron pruebas como la de la recolección de la evidencia digital.

De otra parte, aduce que el hecho de no darle traslado al Colegio Clermont de la queja interpuesta por unos padres de familia, le causó al Colegio la imposibilidad de conocer de que se le estaba acusando, de defenderse, lo cual, asegura, es una clara violación al debido proceso.

Anota que, no informarle al Colegio Clermont sobre la queja de algunos padres, viola el derecho a la defensa y el debido proceso, máxime si en las actas de visita no se le da traslado de la queja.

Menciona que, en su afán de sanción, la Superintendencia en su actuación administrativa desconoce el principio constitucional de que nadie puede ser juzgado, en este caso, investigado y sancionado, con leyes que al momento de su supuesta infracción no existían, principio básico recogido en la Constitución Nacional, artículo 29, y los Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Estado Colombiano.

Aunado a lo anterior, tenemos que, en el acápite de hechos de la demanda, la parte actora alega que, la visita realizada el 5 de agosto de 2015 al Colegio Clermont fue irregular, violatoria de la Constitución Política al no respetar las normas del debido proceso y el derecho a la defensa, dado que la persona que los recibe, auxiliar contable, advierte que no se encuentran presentes ni el representante legal del colegio, ni la persona encargada del tratamiento de datos, no obstante, la funcionaria genera un acta de cargos y de pruebas en contra del Colegio Clermont, cuando la diligencia no podía haberse llevado a cabo, puesto que, no se encontraban las personas responsables o encargados de las bases de datos; que de la queja presentada por varios miembros de la asociación de padres de alumnos del Colegio Bilingüe Clermont Ltda. ante la Superintendencia de Industria y Comercio por una supuesta violación a la Ley 1581 de 2012, no se le dio traslado al Colegio Clermont, violándose de forma evidente su derecho a la defensa; pero además, que el informe realizado por el Laboratorio de Informática no fue trasladado al Colegio Clermont, violando el debido proceso, el derecho a controvertir la prueba y

221

el derecho constitucional a la defensa. Finalmente, aduce que, se le impone con base en el Decreto 1074 de 2015, que se expidió el 26 de mayo de 2015; no obstante, la queja presentada es de fecha 25 de septiembre de 2014, momento en el cual no había nacido a la vida jurídica el Decreto 1074 de 2015. Sin embargo, el acto administrativo contentivo de la sanción tiene como motivación jurídica para imponer la multa el Decreto 1074 de 2015, norma que no se encontraba vigente cuando se presentó el presunto incumplimiento de la Ley 1581 de 2012.

Frente a esos argumentos de censura la Sala considera:

1) Cabe mencionar que, las causales de nulidad de los **actos administrativos, bien sean de carácter general o particular**, son las consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", por ende, el examen de legalidad del acto acusado debe concretarse en los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los que a su turno, deben corresponder a cualquiera de las causales de nulidad contempladas en el inciso segundo del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, prescribe:

"ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

(...)." (Negrillas adicionales).

Ahora bien, el cargo bajo estudio, corresponde a la causal de nulidad por *desconocimiento del derecho de audiencia y defensa*, frente a la cual, la doctrina ha precisado que **cuando se emite un acto administrativo vulnerando las garantías de defensa del administrado o particular, el fundamento legal de la causal deviene**, en su enunciación, como una de las **garantías supralegales del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política**, aunque no la hubiera indicado en forma expresa el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, se considera implícita en este derecho fundamental, esto es, al estar incluida la causal

en el precepto constitucional, su determinación taxativa en la norma procesal no era imprescindible, sin embargo, es perceptible que no abarca el contenido extensivo del principio al debido proceso (administrativo), el cual, inequívocamente, envuelve diversas garantías¹.

Así mismo, cabe destacar que, en lo que respecta al *derecho al debido proceso y de defensa*, el Consejo de Estado² ha precisado que, el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es una garantía para equilibrar la relación autoridad - libertad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial, y que, según el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos: (i) el derecho al juez natural o funcionario competente; (ii) **el derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa y,** (iii) **las garantías de audiencia y defensa**, que, desde luego, **incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo**, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, **el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión** y la garantía de *non bis in ídem*.

No obstante, para que los actos administrativos sean nulos, la irregularidad debe ser grave, pues, en principio, en virtud del principio de eficacia, hay irregularidades que pueden sanearse por la propia administración, o entenderse saneadas, si no fueron alegadas, esto, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

Pero además, destacó el alto tribunal contencioso que, la vulneración al debido proceso no acarrea necesariamente la nulidad de los actos administrativos.

¹ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, *Medios de Control Contencioso-Administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., Enero de 2016, Págs. 84 a 87.

² Consejo de Estado, providencia del 25 de abril de 2016, expediente No. 25000-23-27-000-2011-00101-02(19679), C.P Dr. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

222

Así, en la sentencia del 16 de octubre de 2014³, dicha Corporación precisó lo siguiente:

"4.7.- No todo desacato de las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico para la expedición de los actos administrativos puede catalogarse como una afectación al debido proceso, de la misma manera que se ha sostenido, que no cualquier irregularidad apareja la nulidad de la decisión. Debe tratarse del desconocimiento de formalidades de índole sustancial que afecten el núcleo esencial del debido proceso y, en especial, el del derecho de defensa.

*Cuando las formalidades son consagradas por el ordenamiento en interés de la organización administrativa, su quebranto, en principio, no vulnera el debido proceso y tampoco conduce a la anulación del acto, pero, **si las formalidades se prevén en beneficio del administrado o para la salvaguardia de claros principios constitucionales o legales** (llámense también sustanciales), su pretermisión implica violación al debido proceso e ilegalidad de la decisión.*

4.8.- Este criterio ha sido aceptado de tiempo atrás por la doctrina. Así, entre nosotros, Mario Rodríguez Monsalve explica:

"La forma dice relación principalmente con los procedimientos, que básicamente pueden clasificarse en técnicos o de gestión, y en propiamente administrativos. Los primeros tienden a proteger los propios intereses de la Administración, tales como las consultas previas a organismos asesores, los debates en los cuerpos colegiados, etc. Los segundos están constituidos por la serie coordinada de actuaciones preparatorias de una decisión, en virtud de la cual se ha de reconocer un derecho o de imponer una carga a una persona".

Tal como se advierte, este autor clasifica las formas según los intereses a los cuales se dirigen a proteger los procedimientos. Lo que no es más que la regla que acaba de esbozarse, merced a la cual, si dichos procedimientos amparan los intereses administrativos (técnicos o de gestión), la violación de sus formas no necesariamente conduce a la nulidad del acto, pero si imponen una carga o reconocen un derecho al ciudadano (propiamente administrativos) –en otros términos, si se trata de formas que de alguna manera afectan la realidad jurídica del administrado– su no acatamiento se refleja en la nulidad de la decisión irregularmente expedida.

*Según lo anterior, **dentro del trámite para la emisión de un acto administrativo se identifican procedimientos técnicos o de gestión –regidos por formalidades no sustanciales que no afectan necesariamente su validez–** y procedimientos propiamente administrativos –caracterizados por la existencia de formalidades sustanciales–, cuya inobservancia por la autoridad genera consecuencias más gravosas para el acto final, por consistir en la violación de requisitos que se encuentran establecidos como garantía de los derechos del administrado⁵, y que, en el plano de la tutela efectiva de los derechos, tornan imperiosa la protección del debido proceso.*

4.9.- También Michel STASSINOPOULUS manifiesta que sólo la violación de las formas sustanciales genera la nulidad del acto, con prescindencia de la fuente que consagre la formalidad. Veamos:

"Por consiguiente sólo el criterio de fondo puede ser útil. Esto significa que el Juez debe apreciar cada caso y buscar el fin mirado por la formalidad, a saber cuál es la garantía por débil que ella sea introducida a favor de los administrados, cuáles serían las consecuencias reales de su omisión y en último lugar cuales son las dudas que esta omisión dejaría en cuanto a la legalidad del acto. En esta apreciación la presunción está siempre a favor del carácter sustancial de las formalidades siguiendo el principio de que la "leges perfectae" es la regla en el derecho público y por consiguiente la omisión de la formalidad entraña lo más a menudo nulidad del acto. Tal es el caso de los conceptos previos, de las disposiciones de funcionarios o el secreto relativo a las gestiones de toda clase, de la comunicación del expediente en los procesos disciplinarios etc.

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez., providencia el 16 de octubre de 2014, Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 25000-23-27-000-2011-00089-01 (19611). Demandante: ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO LOTE MONTOYA. Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ.

⁴ RODRÍGUEZ MONSALVE, Mario. Notas para un curso de derecho administrativo general. Medellín: Universidad de Medellín, 1989, p. 28.

⁵ *Ibíd.*, p. 44.

A título excepcional se consideran como formalidades no sustanciales: la firma de un proceso verbal por el secretario al lado de la firma del presidente, el anuncio de una modificación inminente al plan de alineamiento si resulta del expediente que los interesados a pesar de esta omisión tenían conocimiento de la medida contemplada, la falta de mención en el proceso verbal de que la sesión tuvo lugar a determinada hora etc.

Hay otras formalidades de carácter mixto cuya violación no entraña nulidad sino cuando el administrado puede demostrar que esta violación ha tenido realmente consecuencias dañinas para sus intereses. Citemos un ejemplo suponiendo que la ley impone que la publicación previa de un documento debe tener lugar un mes antes de la emisión del acto, si ella ha tenido lugar sólo veinte días antes de la emisión no resultará la nulidad del acto si se demuestra que los interesados tuvieron conocimiento de ese documento y se sirvieron de él a voluntad. En este caso podemos decir que la formalidad se subdivide en dos partes la publicación es aquí esencial pero el plazo no lo es, a menos que su violación haya realmente perjudicado los intereses del administrado⁶.

4.10.- Obsérvese, pues, que la doctrina extranjera asocia el concepto de formalidad sustancial a la función de garantía a favor de los intereses del administrado⁷, de ahí que la inobservancia de éstas configuren irregularidades merecedoras de sanción con la nulidad del acto administrativo, pues, de lo contrario, se caería en un formalismo extremo que colisionaría con la salvaguarda de otros intereses igualmente relevantes, como son los fines estatales que guían la actuación de las autoridades públicas.

Naturalmente que a ese criterio o pauta, habría que agregar, en primer lugar, el que podría denominarse legal, entendiéndose por tal aquel vicio o irregularidad que el legislador explícitamente considere como causal de nulidad del acto, pues, en esas circunstancias, la formalidad debe calificarse como sustancial.

Esta idea conduce, necesariamente, a reconocer que si la omisión o cumplimiento irregular de las formas sustanciales es lo único que, en principio, acarrea la invalidez de la decisión administrativa, con mayor razón, será también lo único que cause un menoscabo del debido proceso, pues carecería de lógica avalar la legalidad del procedimiento y no obstante declarar vulnerado con él un derecho fundamental.

Se dice que, en principio, porque la regla que se desarrolla en la presente providencia no es absoluta. En cada caso deberá revisarse cuál fue la formalidad omitida o vulnerada y cuál es la finalidad de la misma, para efectos de determinar si es nulo o no el acto demandado.” (Negrillas adicionales).

En esos términos, tenemos que sólo las formalidades o trámites de carácter sustancial, cuya inobservancia genere consecuencias gravosas en la formación del acto final, e incluso en los intereses y derechos del administrado, dan lugar a la vulneración del derecho al debido proceso.

Sin embargo, el máximo órgano de lo contencioso administrativo sostuvo que **la violación del derecho de audiencia y defensa viene a ser una violación de una etapa del procedimiento, esto es, justamente la etapa de descargos** o de audiencia previa. Por eso, para que esta causal se configure debe explicarse qué etapas del procedimiento administrativo fueron pretermitidas o qué irregularidades se cometieron en el procedimiento, al punto de afectar el derecho de defensa; y que tratándose

⁶ STASSINOPOULUS, Michel D. *Tratado de los actos administrativos*. Traducción del francés de Mario Rodríguez Monsalve, p. 115-116.

⁷ Cfr. VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Traducción de la 6ª ed. francesa. Madrid: Aguilar, 1980, p. 496. Según este autor: “Se debe considerar en primer lugar como sustancial todo requisito formal que tenga por objeto garantizar los derechos de los administrados; (...) Por el contrario, constituyen requisitos de forma no sustanciales los que no han sido promulgados con objeto de garantizar los derechos de los administrados o cuya intervención no hubiera modificado el sentido de la decisión impugnada”. *Ibid.*, p. 496.

223

de la etapa probatoria, el *derecho de audiencia y de defensa* se puede afectar en los siguientes casos: **(i) cuando se decreta una prueba ilícita; (ii) cuando las partes, en las oportunidades legales, piden pruebas y no se decretan; (iii) cuando se decretan las pruebas pedidas oportunamente, pero no se practican y (iv) cuando se practican las pruebas decretadas, pero se valoran erróneamente**⁸.

2) Ahora bien, frente a los argumentos de censura alegados por la parte actora consistente en que la visita realizada el 5 de agosto de 2015 fue irregular, violatoria del debido proceso y el derecho a la defensa, y que en la misma no se podía generar ningún elemento de prueba, ya que dicha diligencia fue atendida por una auxiliar contable, esto es, que la persona que recibe la visita no tiene ningún encargo en el tema de protección de datos y no es representante legal del colegio, se advierte lo siguiente:

Obra en los antecedentes administrativos de los actos acusados, el oficio del 3 de agosto de 2015 dirigido al Colegio Bilingüe Clermont Ltda., suscrito por el Director de Investigación de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el cual, se consigna lo siguiente:

"De conformidad con las funciones asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio por el artículo 19 y 21 de la Ley 1581 de 2012 que facultan a este Despacho para ejercer la función de vigilancia de los Responsables y Encargados del Tratamiento, en cuanto se refiere a la actividad de administración de datos personales. Me permito informarle que esta Dirección ha comisionado a los funcionarios Claudia Bibiana García Vargas y Cesar Andrés Vacca Devia (...), para practicar una visita de inspección en el marco de la investigación adelantada contra esa entidad bajo el radicado No. 14-212191. La citada visita se llevará a cabo a partir del 5 de agosto de 2015.

*Es de señalar que **para el adelantamiento de la presente visita de inspección y verificar el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos personales, los funcionarios de esta Dirección están facultados para ejercer las funciones establecidas en los numerales 62 al 64 del artículo 1 del Decreto 4886 del 23 de diciembre de 2011 entre las que se encuentran decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, así como solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.***

Adicionalmente, es pertinente resaltar que el incumplimiento de las órdenes impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio dará lugar a la imposición de las sanciones contempladas en el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012.

Por lo tanto, les solicito su colaboración para que se les suministre toda la información y los documentos requeridos para el normal desarrollo de la diligencia." (Negrillas adicionales - fl. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 18 y 19 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA).

⁸ Consejo de Estado, providencia del 25 de abril de 2016, expediente No. 25000-23-27-000-2011-00101-02(19679), C.p Dr. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

De conformidad con la anterior, se tiene que, en la visita de inspección realizada el día 5 de agosto de 2015, la cual tenía como objeto "Realizar las verificaciones preliminares que correspondan, con el fin de recopilar y/o requerir toda la información necesaria con el propósito de comprobar el cumplimiento de los deberes y requisitos establecidos en la Ley 1581 de 2012. Lo anterior con fundamento en las facultades de inspección y vigilancia contempladas en los artículos 19 y 21 de la Ley 1581 de 2012" (fl. 126 CD antecedentes administrativos - página 20 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA), los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que atendieron la misma, contaban con las facultades conferidas a dicha entidad por los numerales 62 al 64 del artículo 1º del Decreto 4886 del 23 de diciembre de 2011, los cuales establecen lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º. FUNCIONES GENERALES.

(...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones.

(...)." (Negrillas fuera de texto).

Así, contrario a lo manifestado por la parte actora, en la visita realizada el 5 de agosto de 2015, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que atendieron la misma contaban con plena facultades legales para recopilar elementos de pruebas, así como para interrogar a cualquier persona natural presente cuyo testimonio se considerara útil para el esclarecimiento de los hechos⁹.

⁹ Resulta pertinente señalar que, en la Sentencia C-165 de 2019, la Corte Constitucional destacó que las superintendencias, al ejercer facultades administrativas y en particular, durante las visitas administrativas de inspección, únicamente están facultadas para practicar los medios de prueba dispuestos en el CPACA y en el CGP, de esta forma, el ejercicio de las competencias atribuidas no comprende la realización de interceptaciones o registros ni otras actividades probatorias que, según la Constitución, se encuentran sometidas a reserva judicial, esto es, no pueden realizar, ni el registro o interceptación de la correspondencia o comunicaciones privadas, ni el allanamiento del domicilio.

Así mismo, precisó la Corte que las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus

224

Ahora, si bien es cierto que al momento de la precitada visita no se encontraban el representante legal o el encargado de la base de datos del Colegio Clermont, se tiene que, ello no era óbice para que, en el transcurso de la diligencia no se pudieran recopilar y/o recabar los elementos de pruebas que estaban al alcance de la entidad y que podía suministrar, entregar y/o dar acceso la persona que atendió la visita, esto es, la señora Astrid Madrigal (Asistente Contable de la institución educativa), pues, por el hecho de que no se encontraran las directivas la visita de inspección no perdía su objeto y/o fin, como tampoco la posibilidad legal de recaudar toda la información conducente, cosa distinta es que, ante la ausencia de éstos en la diligencia, no fuera posible adquirir toda la información requerida por el ente de control, dado que solo ellos tenían el acceso a la misma y eran quienes podían suministrarla, ante lo cual debía reprogramarse una nueva vista, como en efecto aconteció en el presente asunto, pero que de modo alguna anula e invalida la visita practicada ni las pruebas recabadas con plena facultades legales.

Conforme a lo anterior, este aspecto del cargo de nulidad por *violación al debido proceso y derecho de defensa*, no prospera.

funciones de inspección, vigilancia y control, y que las realizaciones de las visitas de inspección encuentran fundamento constitucional en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución. Así, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras: **(i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos ; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa.**

Destacó la Corte que las superintendencias únicamente pueden practicar pruebas y solicitar documentos que tengan una relación de conexidad con sus funciones y el objeto de la investigación. Pero además, advierte que las visitas de inspección son diligencias administrativas en las que la SIC recauda diferentes elementos probatorios, relacionados con el objeto de la investigación en cada caso, que se den en el marco de las funciones de la SIC, y que una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia, utilidad y conducencia y por tanto deben ser rechazados, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente.

De otra parte, advierte que no existe un deber constitucional ni legal en cabeza de las superintendencias de informar, previamente, la realización de las vistas de inspección pues: **(i) las visitas administrativas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior; (ii) la práctica de visitas de inspección sin previo aviso no vulnera el debido proceso administrativo. Los materiales probatorios que sean recaudados durante estas diligencias serán -en cada caso concreto- objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias, por lo tanto, los sujetos investigados no verán afectado su derecho de defensa; y (iii) la práctica de visitas de inspección sin previo aviso persigue una finalidad legítima consistente en fortalecer las facultades administrativas de las superintendencias. En este sentido, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, la finalidad de las visitas administrativas es la de recaudar las pruebas necesarias para determinar si las entidades investigadas están cumpliendo con sus obligaciones legales. Naturalmente, dicha finalidad se vería obstaculizada si no se garantizara el "factor sorpresa" pues el aviso permitiría que el sujeto investigado ocultara información relevante.**

3) Respecto a la inconformidad de la demandante consistente en que, de la queja presentada no se le dio traslado, violándose de forma evidente el debido proceso y su derecho a la defensa ante la imposibilidad de conocer de que se le estaba acusando, de defenderse, pero además, que el informe realizado por el Laboratorio de Informática no le fue trasladado violándose el debido proceso, el derecho a controvertir la prueba y el derecho constitucional a la defensa, se advierte lo siguiente:

Mediante Resolución No. 6628 del 15 de febrero de 2016 (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 196 a 208 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA), el Director de Investigación de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso la apertura de investigación y formulación de cargos en contra de la institución educativa Colegio Bilingüe Clermont Ltda., por la presunta contravención de lo dispuesto en los literales *b)* y *c)* del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el literal *b)* y *c)* del artículo 4 y los artículos 7, 9 y 12 de la misma norma, en conjunto con los artículos 2.2.2.25.2.2 y 2.2.2.25.2.9 del Decreto 1074 de 2015; de lo dispuesto en el literal *d)* del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el literal *g)* y *h)* del artículo 4 de la misma norma; y de lo dispuesto en los literales *a)*, *j)* y *k)* del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el artículo 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 de 2015. Acto administrativo en el cual se dispuso su notificación personal al Colegio Bilingüe Clermont Ltda., para que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación, rindiera descargos y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del trámite. Adicionalmente, en el referido acto administrativo, se estableció: "*Que para garantizar el derecho de defensa y contradicción dentro de la presente actuación, el expediente queda a disposición de la sociedad COLEGIO BILINGUE CLERMONT LTDA.*" (fls. 126 CD antecedentes administrativos - página 207 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA).

Conforme a lo anterior, contrario a lo manifestado por la parte actora, la entidad demandada sí dio traslado a la institución educativa tanto de la queja como del informe realizado por el Laboratorio de Informática, pues, para el efecto, se dejó a su disposición el expediente con el fin de garantizarles el derecho de defensa y contradicción.

225

Así mismo, se corrobora dentro de los antecedentes administrativos de los actos acusados que la aquí demandante ejerció efectivamente su derecho de contradicción y defensa con las siguientes actuaciones en sede administrativa:

- El 16 de marzo de 2016, presentó escrito de descargos frente a la imputación realizada mediante la Resolución 6628 del 15 de febrero de 2015, oportunidad en la que, rindió las explicaciones frente a los hallazgos encontrados por los funcionarios de la SIC; se manifestó que existieron carencias en cuanto a la aplicación de lo establecido en la Ley 1581 del 2012, pero que a la fecha de presentación de los descargos todo ha sido debidamente subsanado encontrándose la institución en capacidad de recibir en cualquier momento, determinado por la SIC, una nueva visita administrativa que demuestre, que todas las inconformidades establecidas fueron debidamente atendidas. Pero además, aportó la pruebas pertinentes que pretendía hacer valer dentro del trámite administrativo (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 69 a 73 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA).
- Mediante Resolución No. 43773 del 30 de junio de 2016, el Director de Investigación de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso tener e incorporar como pruebas dentro de la actuación administrativa las aportadas por el Colegio Bilingüe Clermont Ltda. con el escrito de descargos. Así mismo, declaró agotada la etapa probatoria y, en consecuencia, prescindió del término de treinta (30) días consagrado en el artículo 48 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el período probatorio, por lo que, dispuso correr traslado a la investigada por el término de diez (10) días hábiles para que rindiera los alegatos respectivos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 48 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 69 a 73 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA).
- El 28 de julio de 2016, la institución educativa presentó en sede administrativa el escrito contentivo de los alegatos, oportunidad en la que manifestó "*Desde el punto de vista probatorio, nada ha cambiado en el expediente,*

por lo que tengo que remitirme necesariamente a lo expresado en el Memorial de DESCARGOS presentado ante ese Despacho, junto con todo los documentos allegados como pruebas, por lo que no tengo que agregar nada, ni menos aún objetar hasta tanto las motivaciones y consideraciones efectuadas por esa entidad sean confrontadas con todo el valor probatorio del caso, contra la documentación que obra en su poder" (fls. 126 CD antecedentes administrativos - página 217 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA).

- Finalmente, ante la expedición por parte de la SIC de la Resolución No. 85323 del 12 de diciembre de 2016, "*por la cual se impone una sanción y se imparte una orden*", el día 19 de diciembre de 2016, el Colegio Bilingüe Clermont Ltda. presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión sancionatoria (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 264 a 267 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA), los cuales fueron decididos por la entidad demandada mediante las Resoluciones Nos. 21650 del 28 de abril de 2017 "*por la cual se resuelve un recurso de reposición*", y 50458 del 23 de agosto de 2017, "*por la cual se resuelve un recurso de apelación*", confirmándose la resolución sancionatoria.

De lo anterior, se tiene que, durante la actuación administrativa, a la institución educativa Colegio Bilingüe Clermont Ltda. se le garantizó el debido proceso y ésta ejerció debidamente su derecho de contradicción y defensa, puesto que, se le permitió y efecto realizó las actuaciones pertinentes para controvertir tanto los cargos que le fueron imputados como las pruebas que se había recopilado por la entidad demandada y que sustentaban los cargos imputados, así mismo tuvo la oportunidad de aportar las pruebas pertinentes en su defensa y estas fueron decretadas, pero además, se le permitió y pudo ejercer los recursos procedentes contra el acto administrativo sancionatorio, los cuales fueron decididos por SIC.

Conforme a las anteriores consideraciones, este aspecto del cargo de nulidad de *violación al debido proceso y derecho de defensa*, tampoco está llamado a prosperar.

4) Finalmente, en cuanto a la inconformidad de la demandante consistente en que la sanción que se le impone con base en el Decreto 1074 de 2015, que se expidió el 26 de mayo de 2015; no obstante, la queja presentada es

de fecha 25 de septiembre de 2014, momento en el cual no había nacido a la vida jurídica el Decreto 1074 de 2015. Sin embargo, el acto administrativo contentivo de la sanción tiene como motivación jurídica para imponer la multa el Decreto 1074 de 2015, norma que no se encontraba vigente cuando se presentó el presunto incumplimiento de la Ley 1581 de 2012, se advierte lo siguiente:

En primer lugar, sea del caso señalar que, el contenido normativo de los artículos 2.2.2.25.2.2, 2.2.2.25.2.9 y 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 de 2015 no era nuevo dentro del ordenamiento jurídico, por el contrario, los mismos existía de manera previa a la presentación de la queja, dado que, estaban consagrados en los artículos 5, 12 y 13 del Decreto 1377 de 2013, el cual también fue fundamento de la queja presentada el 25 de septiembre de 2014, pues, esta fue sustentada en la Ley 1581/2012 y su Decreto reglamentario 1377/2013. Pero además, que el Decreto 1074 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo", se ocupa es de compilar las normas reglamentarias preexistentes, a fin de simplificar y compilar el sistema nacional regulatorio, por lo que, el contenido material del mencionado decreto guarda correspondencia con el de los decretos compilados y se contrae a la normatividad vigente al momento de su expedición, y su objetivo es el de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen en el sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo.

En segundo lugar, tenemos que, en efecto, como lo indica la parte actora, la queja fue presentada ante la SIC el 25 de septiembre de 2014 (fls. 126 CD antecedentes administrativos - página 2 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA). Así mismo, el Decreto 1074 de 2015 fue expedido el 26 de mayo de 2015¹⁰.

Ahora bien, mediante Resolución No. 6628 del 15 de febrero de 2016, el Director de Investigación de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso la apertura de investigación y formulación de cargos en contra de la institución educativa

¹⁰ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76608>

Colegio Bilingüe Clermont Ltda., por la presunta contravención de lo dispuesto en los literales b) y c) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el literal b) y c) del artículo 4 y los artículos 7, 9 y 12 de la misma norma, en conjunto con los artículos 2.2.2.25.2.2 y 2.2.2.25.2.9 del Decreto 1074 de 2015; de lo dispuesto en el literal d) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el literal g) y h) del artículo 4 de la misma norma; y de lo dispuesto en los literales a), j) y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el artículo 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 de 2015 (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 196 a 208 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA).

Finalmente, mediante la Resolución No. 85323 del 12 de diciembre de 2016, "por la cual se impone una sanción y se imparte una orden", se sancionó al Colegio Bilingüe Clermont Ltda. por la violación a lo dispuesto en los literales a), b), c), y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 en concordancia con los artículos 2.2.2.25.2.2, 2.2.2.25.2.9 y 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 de 2015 (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 224 a 242 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA).

Así, tenemos que, en la **Resolución No. 85323** del 12 de diciembre de 2016, "por la cual se impone una sanción y se imparte una orden" (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 224 a 242 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA), se indicó:

"(...)

NOVENO: Análisis del caso

9.1 Adecuación típica

(...)

(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 los reclamantes 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 a los deberes contemplados en especial en los literales a), b), c), d), j) y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012.**

(...)

Revisados los hallazgos de la inspección administrativa, las pruebas apartadas por la investigada y lo informado en los escritos de descargos y alegatos de conclusión, se evidenció que pese que actualmente el COLEGIO CLERMONT afirmó haber implementada un formato de solicitud de autorización e informar a los Titulares sobre el Tratamiento de sus datos personales, Dichas acciones debieron ser implementadas desde la entrada en vigencia de la Ley 1581 de 2012, más aun cuando tal norma en su artículo 28 dio un plazo de seis (6) meses para que las Responsables y Encargados del

227

Tratamiento adecuaran sus procedimientos a las disposiciones contenidas en la mencionada ley.

Por lo mencionado, es claro para este Despacho que el COLEGIO CLERMONT incumplió los principios de finalidad y libertad consagrados en los literales b) y c) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, de los cuales se desprenden los deberes de solicitar y conservar copia de la autorización previa, expresa e informar debidamente la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten a los Titulares; al igual que tener un especial Tratamiento de información personal de menores de edad, es decir informar al momento de la recolección de la autorización el carácter facultativo de las respuestas cuando las preguntas versen sobre datos sensibles o de niños, niñas y adolescentes.

En consecuencia esto Despacho encuentra que el COLEGIO CLERMONT **incumplió con los deberes contemplados en los literales b) y c) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012**, así como también omitió los requisitos especiales que deben ser implementados al momento de recolectar información personal de carácter sensible, motivo por el cual se impondrá la correspondiente sanción administrativa.

(...)

El literal k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, contempla el deber de los Responsables del Tratamiento de adoptar un manual interno de políticas y procedimientos cuya puesta en marcha garantice el adecuado cumplimiento de la Ley de protección de datos personales.

El cumplimiento de tal disposición resulta de vital importancia para esta Superintendencia, pues la adecuada gestión y utilización de la información personal depende, en gran medida, de la consagración de un procedimiento claro, expedito y sin restricciones que sea puesto en conocimiento de los Titulares y garantice la adecuada protección del derecho fundamental de habeas data.

(...)

Al respecto, este Despacho encuentra probado dentro del expediente, que para el 4 de agosto de 2015, la investigada no había publicado las Políticas para el Tratamiento de los Datos Personales en la página web "www.clermont.edu.co" y el personal de la institución desconocía de su existencia. Así mismo no obra dentro del expediente prueba alguna que demuestre que dicho documento fue implantado por la institución con anterioridad al 4 de agosto de 2015, fecha de la preservación web realizada por el Laboratorio de Informática Forense de esta Superintendencia.

Así pues, pese a que para el 18 de agosto de 2015, fecha en la cual se llevó a cabo la visita en las instalaciones de la investigada ya se encontraba publicada la política de Tratamiento en la página web del colegio, no existe evidencia que demuestre la fecha en que fue implementada, solo se pudo establecer que la política fue incorporada en la red a partir del 6 de agosto de 2015. Por ende, este Despacho encuentra que el COLEGIO CLERMONT al momento de recibir los documentos de los aspirantes nuevos y para los procesos de matrículas de los años 2015 y 2016 de los estudiantes activos, no puso en conocimiento la Política para el Tratamiento de sus Datos Personales.

(...)

En este orden de ideas, este Despacho encuentra que aunque el COLEGIO CLERMONT allegó copia de un "MANUAL INTERNO DE POLITICAS, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES", este no se encontraba en funcionamiento desde que le era exigible a la misma, tampoco había puesto en conocimiento de la existencia de dicho manual y su contenido a los Titulares de la información, es decir, a los padres de los alumnos, docentes y personal administrativo, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento de la Ley mencionada.

(...)

El literal a) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 establece que los Responsables del Tratamiento de los datos personales deben garantizar al Titular, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de habeas data, por lo que resulta apenas claro, que los Responsables y Encargados de la información deben implementar mecanismos le permita al titular acceder en cualquier momento a su información.

(...)

Ahora bien, dentro de la política aportada por la institución investigada se hace referencia a que los Titulares pueden consultar la información personal que reposa en la base de datos de la sociedad, mediante la cuenta de correo electrónico "datos@clermont.edu.co", es decir, indicó que los Titulares pueden hacer efectivo el ejercicio de su derecho de habeas data, a través del mencionado correo. Sin embargo, y tal como se ha reiterado dentro de este acto administrativo, el COLEGIO CLERMONT no tenía habilitado un correo para la atención de peticiones y reclamos, al momento de la preservación de la página web realizada por esta Superintendencia y que solo hasta el 6 de agosto del 2015, fecha en que se actualizó la página web, el colegio puso a disposición de los Titulares la cuenta de correo electrónico "datos@clermont.edu.co" por lo que no se pudo evidenciar la existencia de quejas o solicitudes a través del mismo.

En consecuencia, y pese a que dentro de la presente investigación el COLEGIO CLERMONT pudo demostrar la implementación de un "Manual Interno de Políticas, Procedimientos y Condiciones de Protección de Datos Personales", del "Manual Interno

o Procedimiento para la Atención de Consultas o Reclamos" y La creación de la cuenta de correo electrónico "datos@clermont.edu.co", este Despacho encuentra que el COLEGIO CLERMONT al momento de la preservación web del portal web "www.clormont.edu.co" no tenía dispuesto ninguno de los procedimientos antes señalados, incumpliendo lo establecido en los literales a) y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012.
 (...)." (Negrillas adicionales)

Luego, en la **Resolución No. 21650** del 28 de abril de 2017, "por la cual se resuelve un recurso de reposición" (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 278 a 281 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA), se dijo:

"(...)
 Se aclara que el COLEGIO CLERMONT por el hecho de realizar tratamiento de datos personales de menores (alumnos del colegio), padres de familia, personal administrativo, docentes y en general todos los usuarios del colegio, tiene el deber de cumplir con lo establecido en la Ley 1581 de 2012 a partir de la entrada en vigencia de la misma, es decir desde el 17 de octubre de 2012.

Ahora bien, mediante Resolución No. 85323 del 12 de diciembre de 2016 esta Dirección analizó el caso específico, teniendo en cuenta lo manifestado por la investigada en los escritos de descargos y alegatos de conclusión, las pruebas aportadas por la investigada y los hallazgos de la inspección administrativa; concluyendo que la sociedad investigada i) realizó tratamiento de datos personales de los titulares dentro de los cuales se encontraban sujetos de especial protección constitucional como lo son los menores de edad, sin contar con una autorización previa, expresa e informada; ii) recolectó y trató datos de carácter sensible sin tener en cuenta los requisitos especiales para el tratamiento de los mismos; iii) no contaba con un manual de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la Ley; iv) no estableció procedimientos para la atención de consultas y reclamos; v) y tampoco tenía canales para la atención de peticiones quejas y reclamo; impidiendo de esta manera el pleno y efectivo ejercicio del derecho de habeas data.

Así pues, claro que la sociedad incumplió lo establecido en la Ley 1581 de 2012 vulnerando el derecho al habeas data de los titulares de la información y el principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, poniendo en peligro los bienes jurídicos tutelados en la Ley 1581 de 2012, por lo tanto, el hecho de que posterior al 4 de agosto de 2015, fecha en la cual se efectuó la primera inspección administrativa, la sociedad procediera a cumplir con lo establecido en la Ley 1581 de 2012, no demuestra que haya cumplido con la misma desde que le era exigible, es decir desde la entrada en vigencia de la Ley 1581 de 2012.

Por lo mencionado, al haber incumplido las disposiciones de la Ley mencionada, se ocasionó un perjuicio a los titulares de los datos, vulnerando su derecho al habeas data de los titulares e impidiendo ejercer a cabalidad el derecho de conocer, acuarizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ellos en las bases de datos o archivos del colegio, por lo tanto nos apartamos de lo afirmado por el recurrente respecto a que "tampoco se ocasiono perjuicio alguno".
 (...)."

En tanto que, en la **Resolución No. 50458** del 23 de agosto de 2017, "por la cual se resuelve un recurso de apelación" (fls. 126 CD antecedentes administrativos - páginas 287 a 295 del archivo PDF Carpeta 14-212191 PUBLICA), se anotó:

"(...)
 Tal y como concluyo el a quo, el RECURRENTE no demostró haber cumplido la ley y su incumplimiento se predica, en principio, a título de culpa ya que dependía de un actuar diligente de su parte ajustarse a los mandatos de la ley relacionados con la obtención de la autorización previa, expresa e informada, el tratamiento de datos personales de menores y de carácter sensible, la conservación de la información recolectada bajo las condiciones de seguridad necesarias y la elaboración de un manual interno de políticas y procedimientos para el cumplimiento de la Ley 1581 de 2012 y para la atención de las consultas y reclamos que formulen los Titulares en el pleno y efectivo ejercicio de su derecho de habeas data.

De acuerdo con las pruebas que obran dentro del expediente, en especial, el acta de diligencia de inspección, el informe del Laboratorio de Informática Forense de esta Superintendencia relacionado con la preservación del portal web del COLEGIO

228

CLERMONT y los descargos presentados por este, está demostrado que el RECURRENTE realizó tratamiento de datos personales de los titulares, dentro de los cuales se encontraban sujetos de especial protección constitucional (menores de edad), sin solicitar la autorización previa, expresa e informada, incumpliendo con el deber establecido en los literales b) y c) del artículo 17 de la (sic) 1581 de 2012 (...)

Adicionalmente, el RECURRENTE no conservó la información bajo condiciones de seguridad necesarias y tampoco garantizó la reserva de la información, incumpliendo lo señalado en el literal d) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 (...) toda vez que se comprobó que el centro educativo investigado al momento de la inspección administrativa no contaba con manuales internos de seguridad en el manejo de la información de los Titulares, al igual que se verificó que "(...) existen empleados con contrato a término definido y a término indefinido. Ninguno de los contratos tiene incorporado en su redacción cláusulas de confidencialidad ni se tiene suscrito documento de confidencialidad anexo al mismo".

El COLEGIO CLERMONT tampoco adoptó un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la ley y en especial para la atención de consultas y reclamos, como lo disponen los literales a) y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 (...) ni publicó las Políticas para el Tratamiento de los Datos Personales. Solamente hasta el 8 (sic) de agosto de 2015, fecha en que se realizó la segunda inspección administrativa en las instalaciones del investigado, se encontró publicada en la página web del colegio la Política para el Tratamiento de los Datos Personales. En tal sentido, es posible concluir que el RECURRENTE, al momento de recibir los documentos de los aspirantes nuevos y para los procesos de matrículas de los años 2015 y 2016 de los estudiantes activos, no puso en conocimiento de estos la Política para el Tratamiento de sus Datos Personales. Lo anterior encuentra su soporte probatorio en el folio 4 del informe de inspección realizada por esta Superintendencia.

(...)
Una vez acreditada el incumplimiento de la Ley 1581 de 2012, previo análisis de los hechos ocurridos y las demás pruebas legal y oportunamente recaudadas, la DIRECCION procedió a imponer la respectiva sanción y a tasar el monto de la misma.

(...)
La implementación tardía de las medidas adoptadas por el RECURRENTE no lo exonera de la responsabilidad que le cabe por incumplir los deberes establecidos en la Ley 1581 de 2012.

(...)
En consecuencia, conforme al soporte probatorio que obra en el expediente el a quo actuó en derecho al determinar el incumplimiento de los deberes contenidos en los literales a), b), c), d) y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012.
(...)."

Así las cosas, si bien la Superintendencia invocó a la demandante en el pliego de cargos los artículos 2.2.2.25.2.2, 2.2.2.25.2.9 y 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 de 2015, señalándolos luego dichas normas en la resolución sancionatoria, se tiene que, aún de considerarse que dichas normas no se encontraban vigentes al momento de la presentación de la queja, pese a que las misma estaban consagrados en los artículos 5, 12 y 13 del Decreto 1377 de 2013, esto en principio resultaría insuficiente para sancionar; no obstante, se evidencia que en dicho pliego se señalaron una serie de normas que la entidad imputó como transgredidas, particularmente los literales a), b), c), y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, frente a las cuales finalmente se estableció su incumplimiento y se sancionó, ante la demostrada infracción de la Ley 1582 de 2012, puesto que, en los actos acusados, se evidencia que, en efecto, la SIC encontró debidamente acreditado que la institución educativa incumplió los **literales a), b), c), y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012**, aspecto este que no es

controvertido en el caso bajo estudio, ni mucho menos desvirtuado, lo cual permite mantener incólume los actos demandados ante este reparo.

5) Aunado a lo anterior, debe advertir la Sala que, en el caso bajo estudio, no se cumplen ningún de los eventos que ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado en los que puede verse afectado el derecho de audiencia y de defensa, dado que, la institución educativa demandante hizo uso de su derecho de defensa presentado sus descargos, solicitando y aportando pruebas y presentado y/o agotando los recursos procedentes frente a la decisión sancionatoria; pero además, en el caso bajo estudio no se ha constatado que se haya decretado una prueba ilícita, pues, las visitas de inspección realizadas y la documentación y/o pruebas recaudadas durante esas precisas diligencias gozan de respaldo legal y/o se encuentran permitido por la norma especial (Decreto 4886 de 2011); tampoco se demostró y no fue objeto de controversia que la parte actora haya solicitado oportunamente pruebas y que estas no hayan sido decretadas, ni que no se le hayan practicados las que le fueron decretadas, ni que se hayan valoran erróneamente las pruebas decretadas.

6) En ese orden, la Sala advierte que, el cargo de nulidad denominado "*violación al debido proceso y derecho de defensa*", en lo que respecta a los puntos analizados, no está llamado a prosperar.

2.2 Extralimitación de funciones y abuso de poder.

Afirma la institución demandante que la inspección realizada por los funcionarios de la Superintendencia el día 5 de agosto, se hizo a través de intimidación y extralimitación de funciones.

Asegura que el abuso de poder de la Superintendencia y el sometimiento a la funcionaria del Colegio es evidente cuando la abogada que hace la visita deja una constancia intimidatoria y prejuzga al indicar en el acta "*Igualmente se deja constancia que en la portería de la institución se recolectan datos personales de los visitantes así como se realiza la captura de la imagen de los visitantes, se deja constancia que no se encuentra cartel o letrero que informe la recolección de datos personales, ni la persona que realiza la recolección de datos informa la finalidad de la recolección*".

Manifiesta que la actuación de la Superintendencia se enmarca dentro de una política de prejuzgamiento y persecución contra una entidad que viene cumpliendo con una labor social y fundamental, como lo es la de impartir una educación de alta calidad, afirmación que se desprende de todo el procedimiento intimidatorio y de prejuzgamiento al que fue sometido el Colegio.

Frente a esos argumentos de censura la Sala considera:

En primer lugar, resulta pertinente indicar y/o señalar que, las causales de nulidad de los **actos administrativos, bien sean de carácter general o particular**, son las consagradas en el artículo 137¹¹ de la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", por ende, el examen de legalidad de los actos acusados debe concretarse en los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los que a su turno, deben corresponder a cualquiera de las causales de nulidad contempladas en el inciso segundo del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Así, tenemos que, el cargo bajo estudio, corresponde a la causal de nulidad por *desviación de las atribuciones propias de quien los profirió*, la cual está consagrada en las causales de nulidad contempladas en el inciso 2º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, y que ha sido entendida por la por la doctrina¹² como la causal de nulidad denominada generalmente *desviación o exceso de poder*, porque el autor del acto se extralimita, desviando el sentido de sus potestades (legales o reglamentarias).

La *desviación de poder* se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por lo tanto, en que una autoridad expide un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo dicta persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla. En

¹¹ **"ARTÍCULO 137. NULIDAD.** *Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

(...)." (Negrillas adicionales).

¹² SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, *Medios de Control Contencioso-Administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., Enero de 2016, Págs. 112 a 118.

otras palabras, en el ámbito del derecho administrativo, se llama *desviación de poder* a un vicio del acto administrativo que consiste en el ejercicio por un órgano de la administración pública de sus competencias o potestades públicas para fines u objetivos distintos de los que sirvieron de supuesto para otorgarle esas competencias o potestades, pero amparándose en la legalidad formal del acto¹³.

La Corte Constitucional al referirse a la naturaleza de la *desviación de poder* expresó, lo siguiente:

*"(...) El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia (...)".*¹⁴

Así mismo, ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado que, la *desviación de poder* se configura cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia. Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto.¹⁵

Así las cosas, establecido el sentido y alcance de la causal de nulidad por *desviación de poder* y los presupuestos para su declaración, en el caso bajo estudio, se tiene que, la parte actora yerra en cuanto al alcance de la causal de nulidad que invoca, toda vez que la argumentación que presenta en el plenario va orientada más hacia la demostración de un

¹³ Consejo de Estado- Sección Primera. Sentencia del 20 de junio de 2019. C.P. Dra. Nubia Margoth Peña Garzón. Expediente No. 76001-23-31-000-2010-00459-01.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-456 de 2 de septiembre de 1998. Magistrado ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵ Consejo de Estado - Sección Primera. Sentencia del 3 de diciembre de 2018. C.P. Dr. Oswaldo Giraldo López. Expediente No. 11001-03-24-000-2013-00328-00.

desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y desproporcionalidad de la sanción que a la desviación de poder, puesto que asevera que los actos acusados desconocen, quebrantan y/o transgreden los artículos 29 de la Constitución Política; 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -aprobado por la Ley 74 de 1968-; 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos -aprobada por la Ley 16 de 1972; 44 de la Ley 153 de 1887; 6º del Código Penal (Ley 599 de 2000); 6º del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004); la Ley 1437 de 2011 y la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio en su acápite de "actuaciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio", lo cual se enmarca, se repite, en un *desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y desproporcionalidad de la sanción*, razón por la cual, como quiera que no es pasible impugnarse por *desviación de poder* el acto administrativo que expide la SIC cuando se invoca el desconocimiento, quebranto y/o transgresión de normas a la vez, ya que la causal invocada supone el cumplimiento cabal de la normatividad, la acusación por *desviación de poder* no está llamado a prosperar, máxime cuando en el presente asunto no se demostró que el acto acusado haya tenido un fin distinto al señalado en la ley, ni contrario a los intereses públicos.

2.3 Desproporcionalidad de la sanción.

Aduce la parte actora que le fue impuesta una sanción desproporcionada y abusiva por parte de los funcionarios de la Superintendencia.

Aunado a lo anterior, tenemos que, en el acápite de hechos de la demanda, alega que la sanción impuesta no tuvo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones del **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, respecto al daño realmente ocasionado, ya que, como consta en los registros judiciales, no existe demanda alguna de tipo civil o penal en contra del Colegio Clermont por incumplimiento de las normas de protección de datos, es decir, que la multa es de carácter peligrosista o de sospecha, pues, no hay un solo hecho legal que se haya ocasionado como resultado de la presunta violación de la Ley 1581 de 2012.

Frente a esos argumentos de censura la Sala considera:

i) La **Ley 1437 de 2011**, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", establece:

(...)

Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

(...)

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.

(...)

ARTÍCULO 50. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
 3. Reincidencia en la comisión de la infracción.
 4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
 5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
 6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
 7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.
 8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.
- (...)." (Negrillas y subrayado adicionales).

ii) En tanto que, la **Ley Estatutaria 1581 de 2012**, "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales", prescribe:

"CAPÍTULO II.

PROCEDIMIENTO Y SANCIONES.

ARTÍCULO 22. TRÁMITE. La Superintendencia de Industria y Comercio, una vez establecido el incumplimiento de las disposiciones de la presente ley por parte del Responsable del Tratamiento o el Encargado del Tratamiento, adoptará las medidas o impondrá las sanciones correspondientes.

En lo no reglado por la presente ley y los procedimientos correspondientes se seguirán las normas pertinentes del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 23. SANCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento las siguientes sanciones:

a) **Multas** de carácter personal e institucional hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción. Las multas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó;

b) **Suspensión** de las actividades relacionadas con el Tratamiento hasta por un término de seis (6) meses. En el acto de suspensión se indicarán los correctivos que se deberán adoptar;

c) Cierre temporal de las operaciones relacionadas con el Tratamiento una vez transcurrido el término de suspensión sin que se hubieren adoptado los correctivos ordenados por la Superintendencia de Industria y Comercio;

d) Cierre inmediato y definitivo de la operación que involucre el Tratamiento de datos sensibles;

PARÁGRAFO. Las sanciones indicadas en el presente artículo sólo aplican para las personas de naturaleza privada. En el evento en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio advierta un presunto incumplimiento de una autoridad pública a las disposiciones de la presente ley, remitirá la actuación a la Procuraduría General de la Nación para que adelante la investigación respectiva.

ARTÍCULO 24. CRITERIOS PARA GRADUAR LAS SANCIONES. Las sanciones por infracciones a las que se refieren 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 obtenido por el infractor o terceros, en virtud de la comisión de la infracción;

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 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." (Negritas y subrayado fuera de texto).

iii) Conforme a las normas transcritas, tenemos que, el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011 fijó el ámbito de aplicación de la misma, indicando que la primera parte del código se aplica a todos los organismos del Estado que conforman las Ramas del Poder Público cuando cumplan funciones administrativas, señalando además que las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos establecidos en la primera parte de dicha ley. No obstante, el inciso final del referido artículo 2º, previó que existen normas especiales que regulan ciertos temas, frente a los cuales, las normas del nuevo código (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA) se aplicarían solo en los aspectos no previsto en esas normas especiales.

Así las cosas, en el presente asunto, se observa que la Ley 1437 de 2011, cuya violación se alega en el presente asunto, por ende, se pretende que sea aplicada por la parte actora, regula la graduación de las sanciones, estableciendo los criterio para el efecto (artículo 50); sin embargo, al examinarse la Ley Estatutaria 1581 de 2012, el cual es aplicable a los procedimientos administrativo adelantados frente a las entidades responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento de datos

personales vigiladas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se evidencia que este regula de manera especial, en el artículo 24, los criterios para graduar las sanciones. Por lo tanto, es evidente que existe una norma específica y/o especial aplicable al caso bajo estudio sobre el tema que regula el artículo 50 del CPACA, evento en el cual, de conformidad con el inciso final del artículo 2° de la Ley 1437 de 2011, debe aplicarse la norma especial, esto es, el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, por así disponerlo de manera expresa la ley.

iv) Lo expuesto pone en evidencia que, en este caso concreto, existe un procedimiento administrativo especial, el cual, por mandato legal, tiene plena y preferente aplicación, por lo que, en ese sentido no puede la Sala entrar a analizar una supuesta violación de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) respecto a los criterios de graduación de las sanciones, toda vez que el tema ya se encuentra regulado por una norma especial a la que debe darse debida aplicación, de conformidad con lo prescrito en el inciso el inciso final del artículo 2° de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, al no ser aplicable respecto a los criterios de graduación de las sanciones la norma de la Ley 1437 de 2011 (artículo 50) al presente asunto, carece de todo objeto que, a sabiendas de la inaplicabilidad de la mencionada norma al caso *sub examine*, se realice un estudio sobre una supuesta desproporcionalidad de la sanción porque no tuvo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en este caso. Razón por la cual, estima la Sala que, la inaplicabilidad de la Ley 1437 de 2011 (artículo 50), constituyen argumentos suficientes para desestimar la alegada violación de la Ley 1437 de 2011 y desechar los argumentos de censura que sustentan y/o fundamentan esta acusación, máxime cuando, el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 no fue invocado como infringido y/o violado en el escrito contentivo de la demanda ni en el cargo bajo estudio, razón por la cual, una supuesta violación de la norma especial mencionada no puede ser abordada y/o analizada por carecer de un cargo o motivo de nulidad con la indicación de esa precisa norma como violada.

v) Sin perjuicio de lo anterior, argumento suficiente para negar la alegada violación de la Ley 1437 de 2011 en el presente asunto y, por ende, para que el cargo de "desproporcionalidad de la sanción" no esté llamado a prosperar, debe advertir la Sala que, el literal a) del artículo 23 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 establece el tope máximo de la multa que debe imponerse frente a los hechos objeto de la sanción que nos ocupa, estableciéndose para el efecto en 2.000 SMLMV.

Así las cosas, al revisarse la parte resolutive de los actos demandados, se evidencia que estos actos no exceden ese monto máximo establecido por la ley, pues, en la resolución sancionatoria se fijó como monto de la sanción el equivalente a 360 SMLMV (fl. 86 vto. cdno. no. 1), monto que fue confirmado por las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación (fls. 75 y 77 vto. *ibidem*), monto que, por demás, tan solo representa el 18% del límite máximo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012.

De otra parte, resulta pertinente indicar que, el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 establece que la sanción se gradúa atendiendo esos precisos criterios, en cuanto resulten aplicables, es decir, que la norma no exige que deben ser valorar todos los criterios, sino los aplicables al caso en específico, que podría ser uno o varios; para el presente caso, se aplicaron solo dos, esto es, los establecidos en los literales a) y f) del artículo 24 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 relativos a la dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la ley y el reconocimiento o aceptación de la comisión de la infracción, lo cual, es acorde con la opcionalidad que da la norma.

Adicionalmente, las resoluciones acusadas, además de precisar los criterios aplicables y escogidos para el caso, especificaron las circunstancias o razones de hecho y/o de derecho que determinan la cuantificación de la sanción; en otros términos, precisan la realidad fáctica y jurídica que le da sustento a la sanción, respetando siempre el límite del monto permitido por la ley. Así, tenemos que, en la Resolución No. 85323 del 12 de diciembre de 2016, "por la cual se impone una sanción y se imparte una orden", se indicó que para la implosión de la sanción basta que la conducta

desplegada por la investigada hay puesto en peligro los intereses jurídicos tutelados por la Ley 1581 de 2012, frente a lo cual, la entidad encontró demostrado que el Colegio no solo hizo tratamiento de datos personales de los titulares sin contar con una autorización previa, expresa e informada, sino que dentro de éstos se encuentran sujetos de especial protección constitucional como lo son los menores de edad, además, dentro de la información recolectada y tratada por la investigada se evidenció que parte de la misma tiene el carácter de datos sensibles sin que la investigada tuviera en cuenta los requerimientos especiales para el tratamiento de dichos datos. Así se tuvo que el plantel educativo puso en peligro los bienes jurídicos tutelados en la Ley 1581 de 2012. Pero además, se encontró que la institución investigada no contaba con un manual de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la ley. Así, consideró la SIC que por las conductas descritas impondría una sanción de 430 SMLMV. No obstante, se aplicó el criterio de atenuación señalado en el literal f) del artículo 24 de la Ley 1581 de 2012, toda vez que la investigada, en el escrito del 16 de marzo de 2016, reconoció la comisión de las infracciones e implementó las medidas adecuadas para cesar el incumplimiento a las normas de protección de datos personales, por lo que, procedió a reducir la sanción en 70 SMLMV (fls. 86 y vto. cdno. no. 1).

En tanto que, en la Resolución No. 50458 del 23 de agosto de 2017, "*Por la cual se resuelve un recurso de apelación*", se indicó que el monto de la multa impuesta es consecuencia del análisis efectuado por la SIC, teniendo en cuenta la dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la ley, que se traduce en que el recurrente (i) hizo tratamiento de los datos personales de los titulares sin contar con la debida autorización previa, expresa e informada, dentro de los cuales se encontraban sujetos especiales de protección constitucional, como son los menores de edad; (ii) recolectó y trató datos personales de carácter sensible sin cumplir con los requisitos especiales para el tratamiento de los mismos; (iii) no conservó la información recolectada bajo las condiciones de seguridad necesarias y no garantizó la reserva de la información, y (iv) no adoptó el manual interno de políticas y procedimientos para el cumplimiento de la

233

Ley 1581 de 2012 y para la atención de las consultas y reclamos de los Titulares (fla. 74 y 75 cdno. no. 1).

Visto lo anterior, no se considera que la sanción impuesta por la SIC a la institución educativa demandante resulte desproporcionada y/o abusiva o arbitraria, toda vez que para su tasación precisamente fueron tenidos en cuenta los parámetros normativos aplicables al caso.

vi) Por las razones expuestas, el cargo de "*desproporcionalidad de la sanción*", invocado por la institución educativa demandante, no está llamados a prosperar.

3. Conclusión General.

Bajo las anteriores consideraciones, como quiera que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, pues, no acreditó la supuesta *violación al debido proceso y derecho de defensa*, ni la *extralimitación de funciones* y el *abuso de poder* por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, como tampoco la *desproporcionalidad de la sanción*, se impone denegar las pretensiones de la demanda.

4. Condena en costas.

El artículo 188 de la **Ley 1437 de 2011**, "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*", prescribe:

"ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

De conformidad con la norma transcrita, tenemos que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, debe el juez imponer condenas en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así, es del caso precisar que, el Código General del Proceso¹⁶, regula la condena en costas y su liquidación, en los siguientes términos:

¹⁶ Norma aplicable al presente asunto de conformidad con las remisiones expresas establecidas en los artículos 188 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

"CAPÍTULO III.

CONDENA, LIQUIDACIÓN Y COBRO.

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. **La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.**

(...)

ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*

1. *El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.*

2. *Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.*

(...)." (Se destaca).

Conforme a las normas transcritas, tenemos que **se condena en costas a la parte vencida en el proceso** o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso, entre otros, de apelación, queja o súplica, condena que se debe imponer en la sentencia o auto que resuelva la actuación que da lugar a ella, y que dentro de su liquidación debe incluirse agencias en derecho conforme a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, cabe advertir que, una cosa es la condena en costas en sí misma, y otra la liquidación de las mismas; así, por disposición legal, se condena en costas a la parte vencida en el proceso, en tanto que, la liquidación de las mismas queda supeditada a la comprobación de su causación, correspondiéndole la liquidación al secretario del despacho y al juez su aprobación.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el presente evento hay lugar a condenar en costas a la parte actora, en la condición de parte vencida dentro de esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Deniéganse las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Condénase en costas a la institución educativa Colegio Bilingüe Clermont Ltda. Por Secretaría, **liquídense** las costas a que haya lugar.

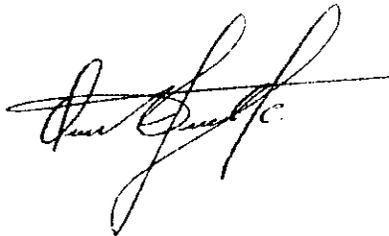
Tercero. Devuélvase a la parte actora el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

Cuarto. Notifíquese esta providencia en los términos establecidos en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No.



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISÉS RODRÍGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado