

**LAS CENTRALES DE RIESGO
PARTICULARES CON ATRIBUCIONES INMERSAS EN DERECHOS
FUNDAMENTALES**

WILLIAM ROMÁN SALAMANCA BARRERA

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, 2016**

**LAS CENTRALES DE RIESGO
PARTICULARES CON ATRIBUCIONES INMERSAS EN DERECHOS
FUNDAMENTALES**

WILLIAM ROMÁN SALAMANCA BARRERA

Trabajo Investigativo para optar al título de
Maestría en Derecho Administrativo

Directora
DRA. NOHORA PARDO POSADA
Abogada

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ
2016

**CUADRO DIRECTIVO
UNIVERSIDAD LIBRE**

FUNDADOR
GRAL. BENJAMÍN HERRERA

PRESIDENTE NACIONAL
DR. JORGE ALARCÓN NIÑO

RECTOR NACIONAL
DR. FERNANDO E. D'JANON RODRÍGUEZ

CENSOR NACIONAL
DR. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

SECRETARIO GENERAL
DR. PABLO EMILIO CRUZ SAMBONI

PRESIDENTE SECCIONAL BOGOTÁ
DR. JULIO ROBERTO GALINDO HOYOS

RECTOR SECCIONAL
DR. JESÚS HERNANDO ÁLVAREZ MORA

DECANO
DR. CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ

SECRETARIO ACADÉMICO
DR. ÁLVARO ALJURE MORENO

DIRECTOR INSTITUTO DE POSGRADOS
DR. NÉSTOR RAÚL SÁNCHEZ BAPTISTA

DIRECTORA TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
DRA. NOHORA PARDO POSADA

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá, D.C. _____ 2016

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
JUSTIFICACIÓN	11
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	13
Objetivo General	13
Objetivos Específicos	13
HIPÓTESIS	14
METODOLOGÍA	15
Diseño y Técnicas de Recolección de la Información	15
RESULTADOS ESPERADOS	16
CAPÍTULO I	
1. DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO	17
1.1 ESTRUCTURA DEL ESTADO	17
1.2 ESTRUCTURA JURIDICCIONAL DEL ESTADO	22
1.3 LA ESTRUCTURA DEL ESTADO Y SUS ÓRGANOS DE CONTROL	25
1.4 DESCENTRALIZACIÓN	28
1.4.1 Noción de Descentralización	29
1.4.2 Principales Características:	29
1.4.3 Por su parte se entiende por Desconcentración	30
1.4.4 Principales Características	30
1.5 LA DELEGACIÓN	32
1.5.1 Principales Características	32

CAPÍTULO II

2.	PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES PÚBLICAS	36
2.1	NOCIÓN	36
2.2	ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES	40
2.3	CARACTERÍSTICAS	42
2.4	NORMATIVIDAD	43
2.5	EVENTOS	46
2.6	REQUISITOS	48
2.6.1	Notariado y Registro	48
2.6.2	Cámaras de Comercio	49
2.6.3	Curadores Urbanos.	49
2.7	ASPECTOS RELEVANTES	51
2.7.1	Peritos	51
2.7.2	Jueces de paz	51
2.7.3	Árbitros y conciliadores	51

CAPÍTULO III

3.	LAS CENTRALES DE RIESGO	53
3.1	NOCIÓN	53
3.2	LA ADMINISTRACIÓN DE LOS DATOS Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD	56
3.3	CARACTERÍSTICAS	57
3.4	SANCIONES A LAS CENTRALES DE RIESGO	59
3.5	CLASES	60
3.6	FUNCIONES	61
3.7	ESTRUCTURA	62
3.8	DATOS QUE MANEJAN	63
3.9	PROCEDIMIENTO PARA EL REPORTE DE LA INFORMACIÓN	64
3.10	CADUCIDAD DEL DATO	65
3.11	JURISPRUDENCIA QUE FUNDAMENTA EL MANEJO DEL DATO POR PARTICULARES	67

CAPÍTULO IV

4.	CENTRALES DE RIESGO Y DERECHOS FUNDAMENTALES	71
4.1	INTRODUCCIÓN	71
4.2	LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES	73
4.3	LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CUANDO LLEGAN A SER VULNERADOS POR LAS CENTRALES DE RIESGO	75
4.3.1	El Derecho a la Intimidad	75
4.3.2	El Derecho al Buen Nombre	80
4.3.3	El Derecho a la Intimidad Desde la Perspectiva de la Información Personal	84
4.4	MEDIOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	85
	PROPUESTA DEL MAGISTER	89
	PROYECTOS DE LEY SOBRE EL HABEAS DATA CURSANDO EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.	91
	CONCLUSIONES	94
	APORTE ACADÉMICO	99
	BIBLIOGRAFÍA	103

INTRODUCCIÓN

La organización del Estado siempre ha de estar en la mira de quienes tienen acceso al conocimiento, y en especial aquellos profesionales que como en el caso del Derecho, han de tener no sólo el conocimiento, sino establecer claramente las funciones que tienen los organismos del Estado, en especial las entidades que hacen parte del mismo.

Establecer no sólo los principios y fines de las entidades del Estado, sino el establecimiento de entes que aunque no son gubernamentales, tienen funciones propias y en muchos casos, funciones de control, de verificación de estatus, que van encaminados tanto a los gobernados como hacia entidades privadas o por qué no decirlo estatales, como el caso de las Cámaras de Comercio, establecidas según la ley 111 de 1890 y definidas en sus funciones por el Código de Comercio Art. 86, Título VI, y en caso concreto que se expone en la presente investigación y es el concerniente a entidades u organizaciones, que avalan la buena fe y el comportamiento de los ciudadanos, quienes están sometidas a controles que deberían ser propios del Estado. A lo cual las centrales de riesgo, no han sido creadas bajo ninguna ley o decreto, pero que dentro de sus funciones está la de salvaguardar la buena fe y legalidad de quienes utilizan el sistema bancario y comercio en general.

Esas entidades a las que se hace referencia no son otras que aquellas que hacen parte del sistema económico y que están ligadas y posiblemente patrocinadas por las entidades crediticias, es el caso de las llamadas centrales de riesgo: (Central de Información de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia -CIFIN-, Datacrédito, Covinoc, Computec, Inconcrédito, Credichecke, Fenalcheque, etc.).

Las referidas entidades tienen como función principal el evaluar la vida financiera y crediticia de los ciudadanos colombianos, que por cualquier motivo, acuden al sistema bancario y comercial a realizar transacciones o solicitar los servicios que éstas ofrecen. A

partir de la información generada por las citadas Centrales de Riesgo, tanto el comercio como el sistema comercial, avalan o no la confianza y seguridad que pueda tener una persona que solicite los servicios comerciales, a los cuales acudió.

De otro lado la información que generan las Centrales de Riesgo está dirigida a entidades de tipo privado, público, a ciudadanos, tanto colombianos como extranjeros, bien sean éstos residentes, o mayores de edad que requieran demostrar su idoneidad y buena fe, en el ámbito crediticio o comercial en Colombia, según lo establece su *portal en la web*¹ cuando estipula en el caso de Datacredito:

Datacredito básicamente es una central, encargada de administrar información financiera, crediticia, comercial y de servicios relativa a la forma como las personas y las compañías han cumplido o no con sus obligaciones de crédito. Con esta información se conforma la Historia de Crédito de las personas o empresas.

El anterior *principio privado* va en contra de lo postulado por la Constitución Política de 1991, que en su Art. 152 establece que a través de leyes estatutarias se regulan materias como los derechos y deberes fundamentales y que el Art. 153° determina el procedimiento para adoptar estas leyes. Los artículos citados de una parte versan sobre el ejercicio del derecho y que afectan el núcleo esencial de ese derecho, dado el tipo de información que manejan las llamadas centrales de riesgo.

Cuando una entidad como las citadas, reporta un *mal comportamiento crediticio* por parte de cualquier ciudadano colombiano o extranjero, al ser una entidad o empresa privada, ésta ejerce un rol o comportamiento que va en contra del precepto constitucional de los derechos fundamentales de las personas, puesto que el habeas data ha sido reconocido como un derecho por el ordenamiento Constitucional como de carácter fundamental, según el Art. 15 de la Carta. De otro es pertinente tener en cuenta el siguiente concepto jurisprudencial de la Corte Constitucional cuando estableció que:

¹ <https://www.midatacredito.com/wps/portal/>

el habeas data hace referencia al derecho de toda persona a conocer , actualizar , bloquear , suprimir y rectificar la informaciones que se hayan recogido sobre ella en bases de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. (...) el habeas data está contenido en el artículo 15 de la Constitución, cuyo tema principal es la intimidad personal. Y es la persona, agrega, la titular de los datos personales, los cuales hacen su identidad, su personalidad y su patrimonio².

De acuerdo a lo citado, se establece jurisprudencialmente la calidad de derecho fundamental del llamado habeas data, pues dentro del mismo se encuentra información netamente personal e íntima, en cuanto al sistema comercial y bancario que pueda tener una persona en Colombia.

El tema que se aborda, tiene su razón de ser debido a los innumerables reclamos que se han surtido, no solo ante la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre el manejo abusivo, que sobre la información crediticia y financiera le han dado a muchos colombianos, cuando estos han cancelado sus obligaciones crediticias, pero que a pesar de estar al día con quienes extendieron créditos, el sistema que manejan las Centrales de Riesgo, aún no dan el aval para retirarlos o borrarlos de tal sistema. Lo anterior se puede configurar como un manejo abusivo de la información personal que tienen los colombianos y que en este caso es manejada y manipulada por unas entidades que agrupadas en las llamadas Centrales de Riesgo, objetan o no expiden una certificación de idoneidad y cumplimiento para aquellas personas que han cancelado sus deudas.

Motivo más que dicente el abordar la problemática que se busca exponer, aun teniendo en cuenta la cantidad de tutelas por medio de la cual la Corte Constitucional ha manifestado, de una parte su desconcierto, y de otro lado, exigiendo a tales entidades privadas sobre la liberación o extensión de un aval de cumplimiento, que es exigido por otras entidades crediticias.

Tutelas ante la Corte Constitucional T-658 de 2011, T-017 de 2011, T-847 de 2010, T-658 de 2011, entre otras, las cuales han protegido y seguirán protegiendo el derecho

² Corte Constitucional. Sentencia C-993/04. Ref. Exp. D-5134. M.P. Jaime Araújo Rentería. Bogotá, 12 de octubre de 2004.

fundamental a la información crediticia de los colombianos, razón más que valedera y por ende jurídica, la cual se expondrá en el presente trabajo investigativo, que ha de ser citado y sustentado por su autor, desde el claustro académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se plantea la pertinencia, de que la información financiera en manos privadas se traslade en forma exclusiva a entidades u organismos, cuya naturaleza y fines especializados permitan mantener vigentes los derechos a la información, intimidad y honra de los ciudadanos, ajenos a intereses sectoriales y a la eventual competencia desleal que el propio Estado Colombiano prodiga.

Por lo tanto, se plantea el problema con el objeto de saber ¿cuál es el fundamento legal para que una entidad de derecho privado maneje información inherente al estatus crediticio financiero y comercial de las personas que realizan operaciones con el sector financiero, cooperativas y empresas de sector real?

Del anterior interrogante se desprende como sub-problema: ¿Se justifica o no mantener la custodia y manejo de la información financiera colombiana en manos gremiales privadas (Centrales de Riesgo); o, si por el contrario dicha labor, dada su importancia constitucional, debe estar radicada en cabeza de entidades creadas por la ley o autorizadas por esta, con la suficiente autonomía e independencia que permita garantizar efectivamente los derechos constitucionales de los colombianos, cuando de manejar datos personales y confidenciales se trata?

JUSTIFICACIÓN

En los Estados Modernos, paralelamente a la existencia de las tradicionales ramas del poder público, legislativa, ejecutiva y judicial, se han creado órganos autónomos e independientes con rango constitucional y legal que hacen parte de la organización y estructura

administrativa, los cuales, funcionan de manera armónica, con el fin de cumplir los fines esenciales del Estado.

Estos órganos gozan de autonomía e independencia, por eso, no dependen del poder central, y se caracterizan porque conocen de materias especializadas en campos específicos de gran influencia en aspectos sociales, económicos y políticos de un país, en este caso de Colombia, que se rige bajo los postulados de un Estado Social de Derecho, según lo establece la Constitución Política de 1991.

El asunto que se plantea es, por consiguiente, en primer lugar, el de discernir en el estudio de la existencia, organización y funcionamiento de éstos órganos autónomos e independientes e integrantes de la estructura del Estado, se analizará todo en conjunto en cuanto a las autoridades autónomas e independientes consagradas en la Constitución Política de 1991.

Desde luego dicho Estudio deberá inclinarse a favor del conocimiento relativo al sistema bancario y al manejo de la información financiera, que se encuentra en manos de las llamadas Centrales de Riesgo, como ente encargado de recoger y custodiar el denominado *Habeas Data* de los ciudadanos del Estado, al decir de la Corte Constitucional, que en su providencia T-414/92, adujo:

Un censo realizado por el DANE en diciembre de 1987 sobre el desarrollo informático en Colombia, reveló la existencia de 640 empresas oficiales que procesan datos, cifra ésta que contrasta abiertamente con las 2.535 empresas que lo hacen también en el sector privado. Teniendo en cuenta las diversas actividades económicas, es de destacar que en el sector de la agricultura, la silvicultura, la caza y la pesca existían 70 entidades que procesan datos mientras que en la industria manufacturera lo hacen 753, en el comercio 559 y en el sector financiero 628.³

En Segundo lugar, habiéndose analizado la creación de los órganos autónomos e independientes, se abordará en la naturaleza jurídica de estos, su funcionamiento,

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-414/92. M.P. Ciro Angarita Barón. Ref. Exp. T-534. Bogotá, Junio 16 de 1992.

autonomía e independencia, respecto del poder central, y por supuesto, su especialidad, considerando la posibilidad de asignar la función en un organismo ya existente, o una nueva entidad creada con los presupuestos constitucionales y legales que conozca de los bancos de datos en el sector económico y financiero.

Finalmente, deberá concluirse en la propuesta de la creación de una entidad descentralizada por servicios encargada, particularmente del manejo de datos, que en la actualidad viene siendo competencia de entidades privadas, como es el caso de las Centrales de Riesgo, que al tenor de los postulados constitucionales, la información confidencial, privada y más en tratándose de información de tipo económico y financiero, no debiera de ser manejada por instituciones particulares o de carácter privado.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General. Establecer el fundamento legal para que una entidad de derecho privado maneje información, de una parte confidencial y de otro lado, información inherente al estatus crediticio cuando se ha sido usuario de cualquier entidad de comercio.

Objetivos Específicos. Se desarrollarán a partir de los siguientes:

- Establecer los lineamientos de la estructura del Estado.
- Comprender la atribución de las funciones administrativas a los particulares.
- Determinar el marco jurídico y las características de las entidades que tiene a su cargo el manejo de la información inherente al estatus crediticio, financiero y comercial de las personas.
- Exponer desde la jurisprudencia la relación: centrales de riesgos–derechos fundamentales.

HIPÓTESIS

La creación por parte del legislador de una entidad autónoma; para la consecución de los fines constitucionales, sería un garante efectivo de los derechos fundamentales; como el derecho a la información vigente, intimidad, honra y buena fe de los ciudadanos, ajeno a intereses sectoriales; y que con suficiente autonomía e independencia garantice los derechos fundamentales en juego con el manejo y administración de los datos de tipo financiero y comercial, pero con una responsabilidad legal y con vigilancia de los órganos de control estatal.

Las centrales de riesgo como sociedades o agremiaciones mercantiles, como personas jurídicas sujetos de derecho privado, se han especializado en el manejo y administración de la información del comportamiento de las personas con sus obligaciones crediticias, sin estar investidas para esta función pública ni legal ni constitucionalmente, su accionar lo han justificado dentro de un soporte de categoría constitucional, esto es, en lo preceptuado en los artículos 20 y 15, donde se consagro el derecho a informar y recibir información veraz e imparcial y a conocer, actualizar y rectificar la información que sobre la persona se haya recogido en las bases de datos y archivos de entidades públicas o privadas, tomándose de esta manera el control de la historia y vida crediticia de las personas, aplicando un manejo administrativo y sancionatorio sobre el adecuado o no cumplimiento de todas sus obligaciones de crédito.

Debido a que el manejo de la información financiera se encuentra en custodia de entidades privadas (Centrales de Riesgo), no obstante los altos costos que estas cobran a las entidades para la alimentación de la base de datos y reportes; al ser manejada y administrada por una entidad autónoma creada por el legislador, desaparecerían los costos; así, el servicio no fuese gratuito, con el manejo de una información actualizada, sin intereses sectoriales que han sido falencias que superviven como una constante, junto con los altos costos, que de manera directa o indirecta los asume el ciudadano, y de paso materializando y garantizando

la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política de 1991 (Art. 2°).

METODOLOGÍA

Diseño y Técnicas de Recolección de la Información. El estudio que se pretende abordar girará en torno a la legislación Colombiana la cual dará la información y fundamentos necesarios a fin de fortalecer la propuesta; por lo pronto se analizará lo concerniente al fenómeno de los organismos autónomos e independientes públicos en general., partiendo de una revisión dogmática, mediante el método deductivo y un enfoque cualitativo.

Una vez expuesto el conocimiento sobre el objeto de estudio, se accederá en lo concerniente a la naturaleza del habeas data, su regulación constitucional y legal, así como al manejo que tienen las instituciones de carácter privado sobre la información personal y privada que tienen los colombianos que hayan hecho uso del sistema comercial—financiero y bancario., para ello se abordarán fuentes primarias en su gran mayoría contenidas en las decisiones de la Corte Constitucional.

Con el análisis de la doctrina, legislación y jurisprudencia, entendidas éstas como autoridades estatales e independientes y teniendo en cuenta que el habeas data financiero es manejado por organismos privados, se busca proponer que este derecho fundamental sea manejado por una entidad autónoma pública, de acuerdo a la propuesta general de la investigación; por lo tanto, para realizar la investigación es necesario analizar con criterios hermenéuticos los pronunciamientos jurisprudenciales, las normas jurídicas que enmarcan el manejo de la información confidencial y privada de los colombianos, y ver hasta donde la misma puede ser manejada y por ende comercializada por entidades de carácter privado.

Será predominante en la investigación la exploración y método cualitativo, toda vez que se buscará y analizará el marco jurídico del manejo de la información privada de los colombianos, y de otro lado, cualitativo, dado que se podrá ver hasta donde las entidades

privadas pueden o no manejar la información personal y privada de quienes acceden a los servicios bancarios y crediticios en Colombia.

RESULTADOS ESPERADOS

A partir del análisis de la concepción y aplicación, que se tiene de las autoridades administrativas, y teniendo en cuenta que en la Constitución Política de 1991 aparte de la estructura tripartita del poder se permite la creación de órganos Autónomos e Independientes (Art. 113), se busca dilucidar la voluntad del constituyente, de crear órganos autónomos independientes, diferentes a las que integran las ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

A fin de tomar la iniciativa y despertar el interés en la propuesta de la creación de una nueva entidad autónoma e independiente que se encargue del manejo y custodia del dato financiero; con regulación y reglamentación legal, evitando los altos costos que tienen que pagar por el servicio ofrecido por las Centrales de Riesgo, previniendo las irregularidades sin control de estas entidades privadas, por la misma ausencia de regulación legal; ya que solo con la ley 1266 de 2008, asigna funciones de control a la Superintendencia Financiera de Colombia, pero solo en aspectos puramente formales, como por ejemplo en la administración de los datos.

Como propuesta final, es la creación de un ente estatal que maneje la información que hoy en día tienen las Centrales de Riesgo.

CAPÍTULO I.

1. DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

1.1 LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

La Constitución política de Colombia del año 1886, establecía los poderes nacionales del servicio público en el título V, con los que se procuró cumplir con los fines previstos en la carta política, la teoría de la tridivisión de las ramas del poder de Montesquieu, en su momento fue un gran aporte, pero hoy, los Estados modernos para cumplir con los fines del Estado y las necesidades que este demanda, se hizo necesaria la existencia de unos órganos autónomos, que desbordaron las funciones propias de las ramas del poder público sin hacer parte de las mismas, pues como voluntad del constituyente en pos de la consecución de los fines del Estado con una mayor efectividad, y a la vez ejercer el control entre las mismas ramas, y que al respecto la alta corporación constitucional en 1998 adujo:

La consagración de ramas del poder y de órganos autónomos se lleva a cabo "con el propósito no sólo de buscar mayor eficiencia en el logro de los fines que le son propios, sino también, para que esas competencias así determinadas, en sus límites, se constituyeran en controles automáticos de las distintas ramas entre sí, y, para, según la afirmación clásica, defender la libertad del individuo y de la persona humana". En tal contexto, la Carta otorga no sólo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las contralorías, por lo cual es claro que estos órganos de control no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan, como actividad, principal tareas administrativas, como las que adelantan la administración central y las administraciones seccionales⁴

Al hacer referencia a la *Estructura del Estado*, se ha de mirar el concepto que en el año 1977 emitió el tratadista Luis Carlos SÁCHICA, en el sentido que la: *evolución del aparato*

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 1998 Ref. Exp. D-1859 M.P. Alejandro Martínez Caballero Santa Fe de Bogotá, mayo 6 de 1998

*estatal, ya no corresponde ni en la teoría, ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno.*⁵ Lo que hace pensar que el primer postulado constitucional habría quedado obsoleto, cuando afirma que la organización del Estado tiene como función cumplir con los fines del estado social de derecho y está: ... *organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales...*

La anterior descripción muestra que la estructura constitucional del Estado se encuentra encargada de proteger los derechos, de cumplir, establecer, definir e implantar las políticas públicas, dentro de las cuales ha de desarrollar el ciudadano su proyecto de vida, teniendo en cuenta que dichos postulados le permiten una seguridad jurídica tanto en sus actuaciones personales, como las actuaciones o funciones que han de cumplir las entidades, tanto privadas como estatales, dentro del entorno jurídico—social en que deben girar las actuaciones de todos los colombianos.

Teniendo en cuenta que la Constitución Política de 1991 tiene definidos los principios básicos de la organización del Estado en el entendido que:

- a) *De acuerdo con lo establecido en el Art. 113° de la Carta, el Estado es el titular del poder público como tal, para lo cual es distribuido en ramas u órganos que llevan a cabo tal funcionamiento.*
- b) *Los órganos del Estado, han sido establecidos para que cumplan con una función ya establecida, acorde con su competencia general en cada ámbito.*
- c) *Las funciones se distribuyen en virtud de la competencia, las cuales se asignan a las personas individuales u organizacionales, en la cual se conforman los diferentes órganos del Estado.*
- d) *Descentralización, otorga un grado de mayor libertad de las instancias periféricas -territoriales y funcionales- en la toma de decisiones y, como consecuencia de ello una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública⁶.*

⁵ SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo Colombiano*, V Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1977, Pág. 191/2.

⁶ Corte Constitucional. C-126-93

Acorde con el concepto de que el Estado colombiano tiene una estructura *obsoleta* conforme lo señaló SÁCHICA como se puede corroborar, cuando antes de emerger la llamada ley del *hábeas data* en el año 2008, los operadores jurídicos debieron de tomar, tanto como precedente, como norma, los pronunciamientos que sobre el tema, en su momento había esgrimido la Corte Constitucional, llenando de esta forma en parte ese vacío jurídico, o porque no decirlo, ese vacío legislativo en su momento, como lo expresara Diego López Medina:

En las sentencias T de la Corte expidió fallos cuyas reglas de decisión, a falta de normas positivas aplicables al caso, han pasado a ser impersonales y generales (los atributos clásicos de la ley por oposición a la decisión judicial). Así, por ejemplo, en la sentencia SU-082/95, M.P. Jorge Arango Mejía, la Corte consideró que “el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente el legislador. Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general. En ese orden de ideas, la Corte pasó a dictar plazos específicos de caducidad del dato financiero, que luego aplicó (como quien aplica la norma legislativa) a varios casos posteriores de tutela. La jurisprudencia de la Corte, pues, ha terminado formulando las subreglas generales de un importante sector de las relaciones acreedor—deudor frente al silencio legislativo.”⁷

Como se ha dicho en el ámbito jurídico interno, la Corte Constitucional, en muchos mediante sus fallos modulados crea derecho y prueba de eso, sucedió cuando el legislativo no había hecho pronunciamientos sobre el tema de las centrales de riesgo, a lo cual, ante el cúmulo de demandas existentes en la Corte Constitucional sobre el tema, éste debió de emitir la famosa ley de *hábeas data*, en la cual se tomaron muchos conceptos y preceptos que habían sido emitidos por la alta Corporación.

Con ésta estructura, como lo afirmaba SÁCHICA, se puede comprobar a diario las falencias que tiene el Estado, en cuanto a prestar muchos servicios, que son propios y establecidos por la Constitución Política de 1991, y sobre todo aquellos que han sido delegados en

⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. 2ª Edición, Editorial Legis, Bogotá, 2006. Pág. 65-66.

entidades privadas, como el caso de la salud, y por ende, en el caso motivo de estudio, sin un origen constitucional o legal cual es las centrales de riesgo.

Sin entrar a establecer juicios de valor, ésta estructura está concebida según la Constitución, pero ¿hasta dónde es eficiente?, teniendo en cuenta, que si la Carta lo estableció y lo permite, que para poder llegar a realizar los fines propios del Estado, éste puede delegar ciertas funciones, en otras entidades, bien de derecho privado, o bien en las estatales, pero establecidas a partir de los postulados constitucionales.

La estructura del Estado, a la que se hace mención de manera superficial, sin querer entrar en discusiones de índole funcional o, de establecimiento como tal, ha sido concebida a partir del desarrollo de los numerales 15° y 16° del artículo 189 de la Constitución Política de 1991, con la ley 489 de 1998⁸, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

La norma citada, le permite al Estado delegar funciones según lo establece el Art. 211, de la Constitución Política de 1991, donde le permite delegar en el sentido de que:

La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.

Acorde con el anterior postulado constitucional y teniendo en cuenta la ley 489 de 1998, donde en su Art. 45 afirma que:

⁸ LEY 489 de diciembre 29 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

Art. 45. COMISIONES INTERSECTORIALES. El Gobierno Nacional podrá crear comisiones intersectoriales para la coordinación y orientación superior de la ejecución de ciertas funciones y servicios públicos, cuando por mandato legal o en razón de sus características, estén a cargo de dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, sin perjuicio de las competencias específicas de cada uno de ellos. El Gobierno podrá establecer la sujeción de las medidas y actos concretos de los organismos y entidades competentes a la previa adopción de los programas y proyectos de acción por parte de la Comisión Intersectorial y delegarle algunas de las funciones que le corresponden. Las comisiones intersectoriales estarán integradas por los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de los organismos y entidades que tengan a su cargo las funciones y actividades en referencia.⁹

Allí se tiene establecido que se pueden transferir el ejercicio de funciones a otras entidades, bien públicas o privadas, las cuales llegan obtener las mismas funciones del Estado, o incluso complementarlas acordes a las necesidades que la misma sociedad le exige, no con esto se quiere favorecer, o apoyar, las funciones que cumplen las entidades cuestionadas en esta investigación, pero cuando dichas funciones, o los resultados mismos de estas entidades están o son acorde a los postulados, tanto de los Derechos Fundamentales, como los que la misma Constitución Política de 1991 establece.

Por lo tanto, dentro de la Estructura del Estado, se tiene que existen organizaciones, o mejor instituciones, en este caso privadas, que protegidas por una estructura independiente y con una autonomía administrativa, están delegando funciones que son propias e inherentes al Estado, más cuando se maneja información personal, propia de sus gobernados, según lo establece la ley 489/98 y el Art. 209 de la Carta.

De igual manera, con la descentralización y la delegación de funciones, se han establecido instituciones según el área que las requiera, o incluso se clausuran otras, como es el caso del Departamento Administrativo de Seguridad DAS¹⁰, en concreto.

⁹ LEY 489 de diciembre 29 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

¹⁰ Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011, reglamentado por el decreto 1303 de 2014

Ahora bien, cuando dichas entidades han sido creadas como el caso que compete a esta investigación, se puede llegar a considerar con fundamentos de derecho como los explicitados hasta el presente, que estas entidades de derecho privado, se llegan a constituir en verdaderas Autoridades Administrativas, dentro del llamado marco económico, toda vez que su función aparte de fiscalizadora, es de carácter evaluativo del manejo que ha tenido un ciudadano en la parte comercial o crediticia.

Estas entidades al tenor de su funcionamiento hoy en día, gozan de una verdadera autonomía y pareciera que ningún órgano de control estatal, las puede vigilar, incluso ni la misma Corte Constitucional, que ha establecido que: Quienes¹¹, con el temor de ser violadora de los derechos fundamentales que le son inherentes a las personas que se encuentran en tal situación, que llega a ser de riesgo y muchas veces de supervivencia, dado el carácter vital que tiene tal información en el ámbito de las entidades crediticias.

1.2 ESTRUCTURA JURISDICCIONAL DEL ESTADO

Al llegar a una definición desde el punto de vista constitucional, la estructura del Estado ha de tomarse inicialmente desde el Título V, donde la Carta hace referencia a la estructura y a la organización; allí se insta al legislador a crear las normas y los marcos jurídicos en los cuales se encuentra el poder público, en cabeza de los organismos que han de tener funciones y competencias a fin de cumplir con los objetivos mismos que la Carta le ordena al Estado.

La estructura administrativa del Estado en Colombia, ha de ser estudiada a partir de los postulados de la Constitución Política de 1991, como norma de normas y acorde con el marco jurídico vigente. Desde esta perspectiva, la Carta del 91, ha establecido que existen las siguientes jurisdicciones:

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1011 de 2008. Ref. Exp. PE-029 M.P. Jaime Córdoba T. Bogotá, octubre 16 de 2008

Jurisdicción Ordinaria: en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, según los artículos 234 y 235, a los cuales el legislador ha desarrollado según la ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de justicia; y la ley 1285 de 2009.

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: compuesta por el Consejo de Estado, según los artículos 236 al 238 de la Carta y desarrollada según la ley 1437 de 2011.

Jurisdicción Constitucional: se encuentra integrada por la Corte Constitucional, de conformidad con el título VIII, capítulo IV de los artículos 239 al 245 de la Carta.

De igual forma, la estructura Administrativa del Estado, encuentra además la función de resolver los conflictos entre las diferentes jurisdicciones que fue atribuida al Consejo Superior de la Judicatura, a partir del postulado Constitucional No. 256 núm. 6, y desarrollada según la ley 270 de 1996, la cual fue modificada por la ley 771 de 2002, al igual que la sustitución del *Consejo Superior de la Judicatura por la de Comisión Nacional de Disciplina Judicial* en el artículo 116 de la Constitución Política, según el Acto Legislativo 02 de julio 1º de 2015, *Por Medio del Cual se Adopta una Reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se Dictan Otras Disposiciones*, reforma que modifica 22 artículos constitucionales y adiciona el artículo 178-A-, deroga los artículos 256 y 261, respectivamente, crea el Sistema de Gobierno y Administración judicial, que estará a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y de la Gerencia de la Rama Judicial. Norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional según comunicado de prensa No, 23 de 1 de junio de 2016, donde se expuso que: *la corte constitucional encontró que el nuevo modelo institucional de gobierno y administración de la rama judicial establecido mediante el acto legislativo 2 de 2015, implica una sustitución parcial de los principios de separación de poderes, autonomía e independencia judicial que encuentran expresión en el modelo de autogobierno judicial previsto por el constituyente de 1991*¹².

¹² Corte Constitucional. Comunicado de Prensa No. 23 de junio 1 de 2016. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, salvo en lo que tiene que ver con la derogatoria tácita del numeral 2º del artículo 254 de la Constitución, en relación con la cual la Corte se INHIBE de pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda. En consecuencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el artículo 254 de la Carta

Dentro de este marco constitucional de derecho, se tiene también que el Art. 113 de la Carta del 91, establece la división de poderes según las cuales: *Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial*; de igual forma establece la existencia de otros órganos para el cumplimiento de las funciones que le son propias al Estado, las cuales han sido establecidas según ramas u órganos y con funciones separadas, pero en concordancia con los fines propios del Estado. En este sentido, bien vale la pena tener en cuenta el concepto del profesor Cano, quien afirma que:

En materia de la organización del Estado, en Colombia se conserva el aporte de Montesquieu, quien desarrolló la idea de que el poder público no era realmente un solo poder sino que era necesario distinguir claramente tres poderes separados: el legislativo, el ejecutivo y el judicial que correspondían, respectivamente, a las funciones de dictar las normas generales, aplicarlas y resolver los conflictos que resultaran de esa aplicación.¹³

Dentro de esta concepción, se encuentra desarrollado el postulado constitucional No. 113^{o14}, de igual forma, el orden jurídico interno, tiene establecido los demás órganos del Estado, su autonomía e independencia, dentro de las funciones del Estado; órganos que al tenor de la estructura misma se encuentran definidos: La Procuraduría General de la Nación, la Organización Electoral¹⁵, el Banco de la República¹⁶, o Banco Central y la Contraloría General de la República¹⁷, la Defensoría del Pueblo¹⁸, entre otras, quienes

Política quedará así: *Artículo 254. El Consejo Superior de la Judicatura estará integrado por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado*

¹³ CANO, Rodolfo. Descentralización Fiscal y Eficiencia en los Servicios Sociales a Nivel Departamental y Distrital en Colombia (2001-2005). Facultad de Economía, Universidad de la Salle. Bogotá, octubre 2006 pág. 9.

¹⁴ Art. 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

⁷ Art. 120. La organización electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil y por los demás organismos que establezca la ley. Tiene a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas.

¹⁶ Art. 371. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

¹⁷ Art. 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

¹⁸ Art. 283.

ejercen funciones, que son inherentes al Estado pero con la autonomía que les caracteriza en concatenación con los objetivos del estado.

1.3 LA ESTRUCTURA DEL ESTADO Y SUS ÓRGANOS DE CONTROL

Dentro de la llamada estructura del Estado, y a partir de los parámetros constitucionales, se tiene que existen los órganos de control, y otras entidades de la administración nacional, entidades que bien son autónomas e independientes, que han sido creadas, unas de origen constitucional, y otras por iniciativa legal, es decir, por iniciativas que ha tenido el Congreso en establecer algunos entes, bien reguladores, o bien, fiscalizadores. Al respecto ha expuesto el tribunal constitucional:

La función disciplinaria, que el Constituyente atribuye en forma prevalente a la Procuraduría General de la Nación, busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos “frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública”. Por su parte, el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado. De ahí que, incluso la evaluación del daño en la responsabilidad disciplinaria es diferente del que se origina en la responsabilidad fiscal, pues el primero es básicamente un daño extrapatrimonial no susceptible de valoración económica y, el segundo se refiere exclusivamente a un daño patrimonial. Así mismo, es claro que el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio que busca impedir el comportamiento arbitrario de los funcionarios públicos, mientras que el proceso fiscal “no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo”, sino que tiene un fundamento resarcitorio.¹⁹

En el entorno del establecimiento como órganos de control, según los postulados de la Constitución Política de 1991, se tiene en cuenta inicialmente con el llamado Ministerio Público, compuesto por: La Procuraduría General de la Nación art. 275, Defensoría del Pueblo, Personerías Distritales y Municipales, y La Contraloría General de la República

¹⁹ Corte Constitucional. C-484/00

órgano de control quien ejerce el control fiscal art. 267, estos organismos son eminentemente estatales, y que giran en concordancia con el llamado Estado de Derecho Democrático, entidades que se encuentran en los postulados de vigilancia de toda la sociedad colombiana, puesto que tienen facultades, tanto de dirección, como de investigación por hechos que se consideren delito, de protección a las víctimas, como es el caso de la Defensoría del Pueblo Art. 281, o como en el caso de la Procuraduría, que es la entidad que representa ante el Estado a la sociedad, según los postulados constitucional No. 267 al 284 de su Título X De los Organismos de Control.

Dentro del anterior esquema, no figuran en ningún estamento, las llamadas centrales de riesgo, por lo cual al no ser de sustento constitucional, ni de creación legal es decir, según lo analizado hasta el momento, no tienen un sustento jurídico, pero sí lo llegan a tener desde el punto de vista jurisprudencial, toda vez que la Corte Constitucional ha hecho el siguiente pronunciamiento al respecto de tales agencias:

DERECHO A LA INFORMACIÓN-Procedimiento y divulgación de datos de usuarios de servicios financieros. Los datos que registran, procesan y divulgan las centrales de riesgo, sobre el comportamiento de los usuarios del sistema financiero, es de interés general, porque el crédito “es un factor fundamental en la vida económica, particularmente en el sistema capitalista (...) y este requiere de la confianza del público para operar normalmente” .Fundamentada la garantía de conocer y hacer conocer los hábitos de pago de los usuarios del crédito en el interés general, que comporta la estabilidad del sistema financiero, surge una primera limitación de dicha garantía en función de los datos que resultan efectivamente evaluables en el señalamiento de políticas individuales de crédito.²⁰

Sustentado en las anteriores aseveraciones, se tiene que en Colombia las empresas que manejan la llamada información crediticia en las centrales de riesgo, son empresas con personería jurídica de derecho privado, y cuya función principal es la recolección, tratamiento y divulgación de la información personal crediticia de los colombianos.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-592 de 2003. Ref. Exp. T-517288. M.P. Alvaro Tafur Galvis. Bogotá, D. C., 17 de julio de 2003.

Estas empresas, están de cierta manera vinculadas con las entidades crediticias acreditadas en Colombia, y en algunos casos del exterior, recibiendo de éstas últimas la información que sobre créditos o transacciones económicas se lleven a cabo por parte de cualquier ciudadano colombiano, lo que les permite al mismo tiempo, que cuando las llamadas centrales de riesgo, reciben la información oficial del ciudadano que adquirió un crédito, ésta lo registra y cuando el crédito sea cancelado, de igual forma lo registra, y en caso que el deudor se encuentre en mora, la entidad crediticia le informa la anomalía, a la llamada central de riesgo, configurándose un canal mutuo, entre la entidad financiera y la mencionada central.

El acceder a la información que manejan las empresas cuestionadas, se hace teniendo en cuenta que causan un valor o mejor, tienen una tarifa que deben cancelar, tanto quien se afilia a ellas, como quien requiera del dato confidencial. El manejo de la información de los usuarios o terceros en este caso es vital para la entidades crediticias, pero teniendo en cuenta que no es una información estatal, y cuando se hace referencia a la información estatal, se hace en el entendido que es el Estado quien debe corroborar o avalar el comportamiento de sus gobernados, y no una entidad de derecho privado.

En el ámbito jurídico interno, no existe una entidad de derecho público que maneje este tipo de información que se considera de una parte personal, y de otro lado, llega a ser fundamental en sus derechos, puesto que quien emita un concepto que vaya en contravía de las funciones del Estado, está usurpando la obligación que tiene el Estado de tal manejo, no obstante el Estado tiene a su cargo el manejo de la información personal verbigracia certificado de antecedes judiciales, de antecedentes Disciplinarios, como también el certificado de responsables fiscales.

Los documentos antes citados, deben y son del resorte del Estado, generándose y estableciéndose una vez más el interrogante, el ¿por qué una entidad de derecho privado, maneja información, de una parte confidencial, y de otro lado, información inherente a su estatus crediticio cuando ha sido usuario ante cualquier entidad de comercio? Es allí donde

radica la problemática que se expone, frente a los fines y deberes del Estado frente a sus gobernados.

1.4 DESCENTRALIZACIÓN

En desarrollo de los principios de la función administrativa del Art. 209 de la Constitución Política de 1991 con la ley 489 de 1998, especialmente en sus artículos 7º, 8º y 9º, se funda la descentralización, como instrumento base con que se cuenta para ejecutar los fines del Estado, a fin de desconcentrar el poder central, la norma citada, rige la organización y el funcionamiento de las entidades y organismos de la rama ejecutiva o administrativa del poder público.

La descentralización desde el punto de vista jurídico y según el concepto de Laura Casado, es: *atribución de competencia a entidades separadas de la Administración Central, dotadas de personalidad jurídica propia y constituidas por órganos propios que expresan la voluntad de tales entes*²¹; a lo cual la Corte Constitucional adujo en el año 2000, el siguiente concepto:

*La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa, dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968.*²²

Por lo tanto, la Constitución Política de 1991, organiza el Estado en forma de República Unitaria, pero con un objeto descentralizador del poder, reconociendo de esta forma la

²¹ CASADO Laura. Diccionario Jurídico. Editorial Valletta Ediciones. Buenos Aires, Rep. Argentina, 2009, pág. 292

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-727 de 2000. Ref. Exp. No. D-2696. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. Bogotá, Junio 21 de 2000.

autonomía de las entidades territoriales, a fin de que éstas se puedan gobernar por si solas, mediante la elección directa de sus dirigentes, es decir, gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y, ediles por parte de los ciudadanos; ejerciendo y aplicando su autonomía en cuanto a la prestación de los servicios sociales, administración de sus propios recursos, dentro de los lineamientos que la misma ley y el marco jurídico vigente les es propio en desarrollo de las funciones, que le son asignadas.

La descentralización ha de verse como una política de Estado, o como una forma de prestar un servicio por parte de entes o entidades en representación del Estado²³, teniendo en cuenta tanto las capacidades, como las competencias que le sean asignadas, en especial en lo atinente al manejo de recursos que han sido dispuestos desde la organización central.

Desde el punto de vista de un Estado Unitario, es decir, centralizada en cuanto al poder político, pero tiene al mismo tiempo la delegación o traslado de competencias, en cuanto a la facultad de decidir en los entes territoriales, como lo son los departamentos, distritos y municipios. Esta es, al entendido de la doctrina, el significado de la descentralización de forma global, pero teniendo en cuenta, que esta se desarrolla en diferentes tópicos a saber:

1.4.1 Noción de Descentralización Es: *“transferencia de competencias, funciones y recursos (reasignación de poder) de una escala jerárquica superior a una inferior. Consiste en la transferencia, o entrega, de competencias y/o funciones administrativas y recursos, a personas públicas creadas por el poder central del Estado, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad”*.²⁴

1.4.2 Principales Características: Se otorgan competencias y funciones que son propias de la entidad a la cual se descentraliza (diferente de la desconcentración, donde la Nación, aunque traslada funciones, es la que decide por intermedio de un agente). Se otorgan, o transfieren facultades (competencias) y tareas concretas (funciones), de las cuales se

²³ Art. 103. Constitución Política

²⁴ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Elementos básicos del Estado Colombiano, Bogotá, Febrero 2010. pág. 23.

desprende la escala central del Gobierno (la Nación) para que las cumpla otra persona jurídica pública de carácter territorial o por servicios. Tipos: especializada o por servicios y territorial.²⁵

De acuerdo al anterior concepto, se tiene que la descentralización puede presentarse bajo la forma de especializada o por servicios²⁶ y territorial: *“La descentralización administrativa a nivel territorial comporta el ejercicio de competencias por mandato de la ley, los entes descentralizados tienen autonomía administrativa, fiscal y personería jurídica, pueden gobernarse por autoridades propias, administrar los recursos y participar en las rentas nacionales (art. 287 C.P.)”*.²⁷

Estas instituciones han sido creadas con el fin de realizar actividades especializadas, de acuerdo a la necesidad de especialización y tecnificación que exige, de una parte la educación, como la ESAP., y de otro lado la tecnificación como lo es el INVIMA, este se ha dado, en vista de las necesidades que el mismo Estado tiene, y que en estos casos, le dificulta al Estado realizar las labores que estas entidades desarrollan, las cuales se catalogan como descentralizadas por servicios.

1.4.3 Por su parte se entiende por Desconcentración el: *Traslado dependencias del centro a la periferia. “Radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, ...”*²⁸

1.4.4 Principales Características: *Las funciones continúan en cabeza de organismos y entidades nacionales. Algunas de esas funciones son desempeñadas por representantes de*

²⁵ Ibídem pág. 24.

²⁶ INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO. Descentralización y entidades territoriales procuraduría delegada para la descentralización y las entidades territoriales: “Transferencia de competencias y/o funciones y recursos a una persona pública de carácter técnico o especializado.” Bogotá, Nov. 2011. Pág. 16.

²⁷ PENAGOS, Gustavo. LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL EN EL ESTADO UNITARIO. Vniversitas. Pàg. 5ª. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/9-24.pdf.

²⁸ Ley 489/1998. Art. 8.

*dichos organismos y entidades, quienes se desplazan físicamente a diferentes partes de la geografía nacional. Tipos: Territorial y por funciones: Territorial: traslado de funciones de la ciudad capital hacia otras ciudades del país (Ej. Regionales del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-). Jerárquica o funcional: se da cuando, mediante la ley se otorga, directamente, una función específica a cierta autoridad, aunque dicha función corresponde, en principio, a otra autoridad.*²⁹, de otro lado, la Corte Constitucional emitió el siguiente concepto:

*La desconcentración, hace relación a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio. El propósito de esta figura, es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos.*³⁰

En este sentido, se entiende por desconcentración, una forma de la descentralización, donde se otorgan funciones a organismos que actúan bajo instrucciones de las autoridades centrales, a lo cual es pertinente referirse a la ley 489 de 1998, norma que desarrolla el Art. 189 de la Constitución Política de 1991, en sus numerales 15 y 16 respectivamente, y *por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*

Según la ley 489 de 1998, se definen las competencias y funciones de las dependencias que se encuentran ubicadas fuera de la sede principal de un organismo como en el caso del SENA., pero de igual forma, conserva los lineamientos que le ordena la autoridad central.

²⁹ *Ibíd.*, pág. 24

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 de 1999. Ref. Exp. D-2376 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, agosto 4 de 1999.

Bajo estos lineamientos, se encuentran diferentes entidades que extienden sus sedes fuera del organismo central que descentraliza y prestan sus servicios en diversas regiones del territorio, en vista de la imposibilidad o inconveniente de ejercerlas desde la capital, en la administración de las entidades que se cataloguen bajo el concepto de desconcentración territorial, estas entidades o dependencia toman decisiones, pero con el visto bueno y la autoridad que le brindan y ejercen la entidad central. Dentro de este marco, se encuentran entidades como el SENA, y desde luego la ESAP., los departamentos administrativos, los establecimientos públicos.

Es pertinente tener en cuenta que estas entidades que se encuentran bajo el rubro de desconcentradas, no poseen personería jurídica, ni patrimonio propio, dado que las labores que desarrollan están sujetas como se citó anteriormente a los lineamientos del poder jerárquico central, como institución nacional.

1.5 LA DELEGACIÓN

Es la “Asignación de poder de decisión, a una persona o entidad ubicada en un nivel jerárquico inferior. Consiste en la transferencia, por las Autoridades administrativas (Presidente, Ministros, Gobernadores, Alcaldes), del *...ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias...*³¹ (Art. 8, Ley 489/1998). Fue definida por la corte Constitucional como *una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley*³².

1.5.1 Principales Características: Se realiza mediante un acto administrativo particular y concreto donde consta qué funciones se delegan y a quien se delega. Puede darse entre

³¹ Ibídem pág. 23

³² Corte Constitucional. C-693/08; MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

personas naturales o jurídicas. Los extremos de esta relación son la persona que delega) y otra en quien se delega el delegatario. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual recae, principalmente en el delegatario, no obstante en materia de contratación estatal la responsabilidad está en cabeza de ambas partes³³. *Los organismos y entidades administrativas nacionales pueden delegar funciones a entidades descentralizadas por funciones o a entidades territoriales, para lo cual se deben celebrar convenios que fijen derechos y obligaciones.*³⁴

De acuerdo con lo dispuesto por la ley 489/98, citada anteriormente, se entiende por delegación aquella que según el Art. 9º lo establece como: *Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*; a lo cual en el año 1999, la Corte Constitucional conceptuó:

*... Bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras, es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales. Ha de observarse, con todo, que dados los elementos propios de estos mecanismos para la realización de la función administrativa, la ley regula de manera específica los efectos que asigna a cada uno de ellos, en relación con el régimen propio de los actos objeto de delegación y desconcentración en la vía gubernativa.*³⁵

³³ La Corte al respecto señaló: El principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior será siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos. De donde el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedará exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática. La función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva, como justamente lo prevé la disposición acusada, responsabilidad por la que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones.

³⁴ *Ibídem* pág. 24

³⁵ Ob. Cit. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 de 1999.

De acuerdo a la doctrina, como a la jurisprudencia, se tiene que el marco jurídico interno, tiene establecidas formas de administración dentro del Estado mismo, es decir, de acuerdo con la ley 489/98, se dan, tanto la delegación, la desconcentración, y la descentralización, en casos de manera específica, o también en cuanto al traslado de competencias.

En este sentido se tienen ejemplos, como en la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad en la cual por medio del decreto 4886 de 2011, Art. 3º, creó y definió las delegaturas como es el caso del Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, dependencia que se encuentra adscrita a la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual tiene catorce funciones que le han sido asignadas, entre otras se pueden citar:

4 Fijar las tolerancias permisibles para efectos del control metrológico. 5. Establecer los requisitos aplicables a los modelos o prototipo de los instrumentos de medida y patrones que vayan a ser comercializados y darles su aprobación. 9. Estandarizar métodos y procedimientos de medición y calibración y establecer un banco de información para su difusión. 10. Divulgar el sistema internacional de unidades en los diferentes sectores industriales. 11. Decidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa que se interpongan contra los actos que expida, así como los de apelación que se interpongan contra los actos expedidos por la Dirección a su cargo.”; entre otras funciones.³⁶

Como se puede apreciar esta es otra forma de delegación o de asignación de funciones dentro de una entidad u organismo, que al tenor de la norma jurídica, tiene establecidas sus funciones, dándose concreción a la llamada delegación.

En los ejemplos citados, se ha podido establecer que el marco jurídico interno, tiene varias formas de descentralización y de aplicación de las normas, para las cuales el legislador, o el ejecutivo han tenido a bien establecer, dependiendo de las funciones que las mismas normas le hayan establecido.

³⁶ DECRETO No. 4886 de 2011. Art. 14. Diario Oficial, año CXLVII. N. 48294. 26, dic. 2011. Pág. 54.

Finalmente recapitulando, se tiene que según la doctrina del Departamento Nacional de Planeación —DNP— que: *la descentralización es un modelo de organización del Estado para asegurar el cumplimiento de su función constitucional en el campo social, económico y cultural, así como la protección de los recursos naturales y del medio ambiente a partir del fortalecimiento del municipio como entidad fundamental de la organización político-administrativa del Estado y de la participación activa de la ciudadanía en los asuntos públicos.*³⁷

De otro lado, teniendo en cuenta lo normado en el decreto 1082 de 2015³⁸, en cuanto a la facultad reglamentaria que le confiere la Constitución Política de 1991 en su artículo 189, numeral 11, que le faculta al Ejecutivo derogar, adicionar o modificar los decretos reglamentarios, aún sin que haya cambiado la ley. En este contexto, los sectores administrativos que componen el Gobierno Nacional procedieron a compilar, previo estudio de vigencias, los decretos de carácter reglamentario expedidos en virtud de la misma facultad constitucional, con su liderazgo y atendiendo al marco general de sus competencias, definidas como la identificación de materias reglamentadas del Sector Administrativo de Planeación Nacional, todo organizado armónicamente, de acuerdo a las necesidades que el mismo ejercicio del Estado requiera; para lo cual la creación de una entidad del orden nacional que maneje la información crediticia de los colombianos, estaría acorde con los fines del Estado.

³⁷ Definición de la Dirección de Desarrollo Territorial —DDT— del DNP en su página de Internet; Véase: http://www.dnp.gov.co/01_CONT/DES_TERR/Desc.htm; (consultado 8 de abril 2014).

³⁸ DECRETO NÚMERO 1082 de mayo 26 de 2015. Departamento Nacional de Planeación. "Por Medio del cual se Expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional". <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>

CAPÍTULO II

2. PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES PÚBLICAS

2.1 NOCIÓN

Previa a cualquier concepción y ejercicio por parte de los particulares, la función pública como actividad y manera como se consolidan los múltiples intereses colectivos e individuales a cargo del Estado, y desarrollados por los órganos referidos por el postulado superior N° 113 y otros organismos de creación legal o constitucional bajo las directrices del ordenamiento jurídico, al respecto la alta corporación constitucional en sentencia del año 1996 conceptuó:

FUNCION PUBLICA-Naturaleza. La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad³⁹.

Para establecer la noción de las personas o entidades particulares que cumplen o desarrollan funciones públicas, ha de tenerse en cuenta que la Constitución Política de 1991, tiene un amplio desarrollo al respecto, puesto que se han de considerar, tanto particulares que cumplen funciones públicas, como funcionarios que están al servicio del Estado.

Al tenor del Art. 210 de la Constitución Política de 1991, allí se está autorizando el cumplimiento de funciones administrativas por los particulares, por lo tanto, los

³⁹ Sentencia C-631/96 Ref. Exp. D-1326. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, noviembre 21 de 1996.

particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley, en este caso, la Carta del 91, no hace distinción inicialmente en cuanto a personas naturales o personas jurídicas.

Por su parte, la Corte ha aceptado que los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas siendo lo anterior producto del principio de participación, al respecto señalo:

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1° del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.⁴⁰

La función administrativa concebida como el conjunto de actividades realizadas por los órganos del Estado, en cumplimiento de sus cometidos legales y constitucionales, donde se satisfacen intereses generales conforme lo dispone el postulado constitucional 209, tareas que tienen que ver con las múltiples actividades de ejecución que desarrolla la rama del poder público ejecutivo cuando esta es activa, teniendo en cuenta que dentro de la función administrativa pasiva y de control el servidor público no ejecuta acciones administrativas, sino simplemente su labor se limita a verificar la legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión administrativa activa, como sobre el tema la alta corporación constitucional dijo:

la función administrativa activa es aquella por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa. Esta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es

⁴⁰ Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines.⁴¹

Donde frente al conjunto de actividades realizadas por el estado se puede afirmar que la función pública es el género y la función administrativa es apenas una especie.

También aboco el tribunal constitucional la distinción entre las funciones administrativas que ejercen los particulares y la privatización y puntualizó:

...resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.

Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos⁴².

La Corte precisó que no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares, existen excepciones dadas por la Constitución y en determinados casos la ley y estas son:

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 1998 Ref. Exp. D-1859 M.P. Alejandro Martínez Caballero Santa Fe de Bogotá, mayo 6 de 1998

⁴² Sentencia C-866 de 1999

(i) de contenido político o gubernamental, (ii) de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, (iii) “exclusivas” de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública, (iv) de aquellas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas y que por tanto requieren de norma constitucional o legal expresa y directa para ser atribuidas como el caso de determinadas funciones atribuidas a los notarios y a las Cámaras de Comercio (v) o que vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga⁴³.

Es decir, solo las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, no siendo posible en funciones de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de las mismas a particulares no se refieren las normas constitucionales pertinentes.

Si bien arriba se señaló que las funciones administrativas son las que pueden ser ejercidas por particulares, cabe aclarar que no son todas, la constitución establece los límites a esta, verbigracia las funciones que ejerce la Fuerza Pública artículo 216 superior, al respecto la Corte Constitucional consideró:

En esos términos, el servicio público de policía está íntimamente ligado al orden público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio público de policía no pueden concurrir los particulares, y así lo precisa el artículo 216 de la Carta Política al estipular que “la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”⁴⁴

A su turno, el legislador puede limitar la atribución de funciones administrativas a particulares es el de funciones de control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función.⁴⁵

⁴³ Ibídem

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-020 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁴⁵ Ley 489 de 1998, artículo 10, inciso 2°.

Afirma la Corte que hay otra limitación que se desprende del artículo 6° de la Constitución y para ello cita el aforismo jurídico *nemo dat quod non habet*, indica que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia. En consecuencia las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios.

La imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga, se presenta como otra limitante. Es decir, el particular no puede llegar al extremo de remplazar totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

2.2 ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES

La atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad o a la privatización indirecta del patrimonio público.⁴⁶

La Corte ha expuesto en *la obiter dicta los supuestos que deben cumplirse para atribuir funciones públicas a particulares a saber*⁴⁷:

ATRIBUCIÓN DIRECTA POR LA LEY	ATRIBUCIÓN POR VÍA GENERAL	ATRIBUCIÓN PARA LA CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES
El legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el	Mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene	Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-037 de 2003

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 543/2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis

contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico	como límite <i>la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga</i> . Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 á 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte ⁴⁸ .	Corporación en varias oportunidades ⁴⁹ s ^[24] .
Ejemplos: Vinculación de entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) ⁵⁰ . Cajas de Compensación	Ejemplo: artículos 150, numeral 9° e inciso final y 189, numeral 23 - autorizar al Gobierno Nacional para celebrar los contratos	Ejemplo: asociaciones y fundaciones de participación mixta

Elaboración Propia, fuente Sentencia C 037/03

Ahora bien, el ejercicio de funciones públicas por particulares no modifica su estatus ni los convierte por ese hecho en servidores públicos⁵¹; sin embargo, asumen responsabilidades públicas, en los ámbitos penal, disciplinario, fiscal o civil⁵². Ha considerado la Corte que tiene un control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política. Cabe precisar, que si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual: *solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes*, dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones públicas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio artículo 6° de la Carta, responden entonces por la

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C- 702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y C-866 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C- 671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-308 de 1994, en la que se analizó el caso de los recursos confiados a la Federación Nacional de Cafeteros

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos.

De otra parte, hay que diferenciar las personas a quienes se les asigna el cumplimiento de una función pública en los términos señalados -ley, acto administrativo, convención -, de quienes prestan un servicio público, sometido en cuanto tal a un régimen legal especial pero que en sí mismo no implica necesariamente el ejercicio de una función pública⁵³.

2.3 CARACTERÍSTICAS

Las características que tienen aquellas personas o entidades que se han de considerar como particulares que ejercen funciones públicas, inicialmente se encuentran establecidas por la Constitución, a partir de los postulados 6, 121, 122, 123, 124, 125, 150, numeral 23, y 277, numeral 6, de los cuales se deduce que es el mismo constituyente el que faculta al legislador para que determine entre otras cosas, tanto la responsabilidad, como las funciones que han de cumplir, bien los particulares que desempeñen funciones públicas, o aquellos que se encuentran vinculados al Estado en sus distintos estamentos.

Ahora bien, sin entrar a dilucidar uno a uno, los anteriores postulados y acatando directamente el desarrollo del presente título, se tiene que, en cuanto a las funciones públicas confiadas a particulares que desarrollan funciones públicas, este concepto tiene su origen en la Constitución Política y se enmarca dentro del llamado Estado Social Constitucional de Derecho participativo en la definición y ejecución de las tareas públicas, como objetivos que tiene el mismo Estado en cuanto a las funciones que tiene y ha establecido en cada una de las entidades estatales. En tal sentido, los artículos 123 y 210 de la Carta, señalan:

Art. 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis

la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Art. 210.- (...) Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que le señale la ley.

En estos términos, es claro que la Constitución autoriza que algunas funciones públicas puedan ser confiadas a particulares, como quedo expuesto atrás solo las funciones de tipo administrativo, los cuales, por efecto, esta están sujetos a los controles y responsabilidades propias en el desempeño de las mismas, para garantizar la aplicación de los principios propios de la función administrativa Art. 209 C.P. y por ende, la prevalencia del interés general tanto de del Estado, como de los gobernados.

2.4 NORMATIVIDAD

Partiendo del postulado constitucional No. 210, allí no se hace especificación concreta en cuanto a la clase de particular quien puede cumplir funciones administrativas, lo que significa que puede ser tanto, la persona natural como la jurídica; la Corte Constitucional en sentencia del año 1999, adujo:

No exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de "participar en la vida política, cívica y comunitaria", que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución.⁵⁴

Teniendo en cuenta la ley 190 de 1995, o bien llamado Estatuto Anticorrupción, allí se hace una definición sobre “los particulares que ejerzan funciones públicas” en el siguiente contexto:

Art. 63. SERVIDORES PÚBLICOS. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los Miembros de las Corporaciones públicas, los

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-866/99 Ref. Exp. D-2369. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, noviembre 3 de 1999.

*empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se considerarán servidores públicos, los miembros de la Fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución política.*⁵⁵

Articulado que modificó el Código Penal Ley 599 de 2000, y el Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que al hallarse la expresión: empleado oficial, ésta debe de sustituirse por la expresión servidor público. Lo cual se corrobora en el Art. 20 de la norma penal del 2000.

Teniendo en cuenta los postulados del Art. 210 de la Constitución Política de 1991, en la cual en su inciso primero es clara en afirmar que: *Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley*, en este caso hace referencia a personas, tanto naturales como jurídicas. A lo cual la Carta está autorizando a los particulares para que asuman dicha responsabilidad, según los parámetros legales y normativos que existan, para llevar a cabo tal función.

Según el precepto constitucional No. 123°, en lo concerniente al desempeño temporal de funciones públicas, puesto que allí define que: *La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.*

Por lo anterior, se tiene que la Constitución Política le está asignando al legislador la facultad de establecer en qué momento los particulares pueden cumplir o llevar a cabo funciones administrativas, al igual que las condiciones en que puede y debe desarrollar, haciendo caso al Art. 123 citado, puesto que éste precepto hace mención a cómo determinar el régimen aplicable y la regulación de tales funciones públicas. Lo que significa que es la ley la que determina las condiciones en que los particulares pueden y asumen funciones de tipo administrativo.

³ LEY 190 de junio 6 de 1995. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial No. 41.878, de 6 de junio de 1995

De otro lado, es pertinente tener en cuenta la ley 489 de 1998, en lo concerniente a los particulares cuando cumplan funciones administrativas, dado que allí el legislador dicta unos parámetros o normas cuando se desempeñan cargos por parte de particulares, pero que han de considerarse como: funciones públicas.

La cita norma, tiene establecido perentoriamente la forma en que los particulares han de considerarse como aquellas personas que han de ejercer las funciones administrativas, según lo establece el Art. 110 así: *Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas...*

A su turno, la corte Constitucional ha considerado que la función pública que puede ser atribuida a los particulares goza de dos aspectos: *En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento.*⁵⁶

Además del carácter legal de la atribución de funciones públicas a los particulares, estas deben estar fundadas en la ley o en el acto administrativo de carácter particular, que requiere además se suscriba un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones, porque ello conlleva a salvaguardar el principio de equidad, puesto que la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-563 de 1998.

atribución individual de funciones administrativas, aun cuando ella resulte onerosa para el ciudadano⁵⁷.

Por último, la atribución de funciones administrativas a particulares imposibilita que estos reemplacen totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

2.5 EVENTOS

Puede catalogarse como eventos, en cuanto a las funciones públicas que cumplen los particulares, ejemplos concretos, se tiene que las actuaciones que las Cámaras de Comercio desarrollan en cumplimiento de la función pública del registro mercantil, es una función a cargo del Estado, pero prestada por los particulares por habilitación legal según el Art. 86 inc 3° del Código de Comercio.

AL respecto la Corte Constitucional ha manifestado:

No obstante su naturaleza privada, las cámaras de comercio cumplen funciones públicas de aquellas que corresponde ejecutar al Estado, pero que, en virtud de lo previsto en el artículo 210 C.P., también pueden ser desarrolladas por particulares, en los términos que señale la ley. En efecto, el inciso 2° del citado artículo constitucional consagra que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que la ley señale, trasladando al legislador la facultad de precisar en qué forma pueden las personas privadas desarrollar este tipo de funciones. Dentro de los nuevos esquemas del Estado, cada vez es más frecuente que los particulares entren a desarrollar muchas de las tareas que a aquél pertenecen, sin que ello cambie la naturaleza de la entidad particular que las realiza, ni sus empleados adquieran la calidad de servidores públicos. Es un concepto material y no formal ni subjetivo de la actividad que desarrollan, lo cual implica que se la considere y evalúe por su naturaleza propia y por su contenido.⁵⁸

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-866 de 1999.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 1142 de 2000.

Haciendo la acotación que estas entidades, tienen la vigilancia de la Contraloría General de la República, puesto que allí se manejan o se tienen ingresos públicos, que son del producto de la actividad impositiva del Estado. Es conveniente considerar que cuando las funciones administrativas sean ejercidas por particulares se han de entender como una forma de participación en la gestión pública; participación que ha de verse como:

Es inherente al estado democrático y se constituye en el principal medio para ampliar los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. Implica, entonces, estilos alternativos de desarrollo, la socialización de las políticas públicas, y genera nuevos espacios de discusión, así como mecanismos de articulación entre el Estado y nuevos actores emergentes.⁵⁹

También se catalogan como particulares que cumplen funciones públicas, se deben considerar a los notarios, personas que son abogados, y ejercen una función pública entre ellas dar fe pública y elaborar el registro civil de las personas para proporcionar a los ciudadanos la seguridad jurídica que pretende la Constitución en el campo jurídico. Su régimen jurídico se encuentra en la Constitución y en el decreto 960 de 1970 reglamentado por el decreto 2148 de 1983.

Las Cámaras de Comercio que al tenor del Art. 78 del Código de Comercio ley 410 de 1971, son entidades de naturaleza privada, el marco jurídico les atribuyó las funciones públicas, de llevar el registro mercantil y certificar los actos y documentos en él inscritos, recopilar las costumbres mercantiles y certificar sobre su existencia, y servir de tribunal de arbitramento; al atribuírseles tales funciones, la ley está regulando su ejercicio.

Se tiene otro evento en el cual se encuadran los particulares que tienen funciones públicas, cuales son los llamados Curadores Urbanos, los cuales según la ley 810 de 2003 por medio de la cual se modifica la ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones, en su artículo 9 modificadorio del Art. 101 de la ley 388 de 1997 se establece que el curador urbano es un

⁵⁹ MANOTAS GONZÁLEZ, Norha. Participación Ciudadana. Mito y realidad en la gestión pública. Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. Pág. 325.

particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, entre otras.

2.6 REQUISITOS

Siendo el ejercicio de desempeñar funciones administrativas por los particulares, se ha de entender que la persona que llegue a ejercer tales funciones, ha de tener, no solamente el aval para desempeñarlas, sino el conocimiento, la profesionalización y por ende demostrar y ser catalogado como persona de buena fe y rectitud prístina al momento de acceder a tal legado.

2.6.1 Notariado y Registro. Los requisitos que exijan los cargos que han de ser ejercido por particulares, tienen que estar acorde con el mismo desempeño, como en el caso de los notarios, quienes han de cumplir con requisitos que tiene establecido el estatuto notarial Ley 1579 del año 2012, que en su Capítulo XVIII artículos 75 al 81, tiene establecidos los requerimientos para ser notario de primera categoría así:

- 1. Ser abogado titulado y haber ejercido el cargo de Notario por un término no menor de cuatro años*
- 2. Ser abogado titulado y haber ejercido el cargo de Registrador de Instrumentos Públicos por un término no menor de cuatro años*
- 3. Ser abogado titulado y haber ejercido la judicatura siquiera por seis años*
- 4. Ser abogado titulado y haber ejercido el profesorado universitario en derecho, siquiera por seis años*
- 5. Ser abogado titulado y haber ejercido la profesión por diez años a lo menos.*
- 6. No siendo abogado, haber desempeñado con eficiencia el cargo de Notario de primera categoría por un tiempo no menor de ocho años*
- 7. No siendo abogado, haber desempeñado con eficiencia el cargo de Registrador de Instrumentos Públicos en un círculo de primera categoría por un tiempo no menor de ocho años*
- 8. No siendo abogado, haber desempeñado con eficiencia el cargo de Notario de segunda o tercera categoría por un tiempo no menor de doce años*

9. *No siendo abogado, haber desempeñado con eficiencia el cargo de Registrador en un Círculo de segunda o tercera categoría, por tiempo no menor de doce años.*⁶⁰

2.6.2 Cámaras de Comercio. Los requisitos que exigen el marco jurídico interno en cuanto a la dirección o representación de las Cámaras de Comercio, en el sentido de ser hábil jurídicamente para desempeñar el cargo de director, ha de tenerse en cuenta los lineamientos que se encuentran establecidos en el Código de Comercio en sus artículos 16 y 85, respectivamente.

*Art. No. 85. <REQUISITOS PARA SER DIRECTOR>. Para ser director de una cámara de comercio se requerirá ser ciudadano colombiano en ejercicio de sus derechos políticos, no haber sido sancionado por ninguno de los delitos determinados en el artículo 16 de este Código, estar domiciliado en la respectiva circunscripción, ser persona de reconocida honorabilidad. Nadie podrá ejercer el cargo de director en más de una cámara de comercio.*⁶¹

2.6.3 Curadores Urbanos. Teniendo en cuenta el considerando del decreto 2150 de 1995, donde el ejecutivo en su momento optó por desarrollar el postulado constitucional No. 83°, en el sentido de que: *las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas...*⁶². Acorde con los fundamentos de la ley 810 de 2003, por medio de la cual se modificó la ley 388/97 en cuanto a las actuaciones de los curadores urbanos y en concordancia con el Art. 101 de dicha ley, se establece que el curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias, tanto de construcción, urbanismo o demolición, etc., lo cual implica que este funcionario, es un particular en

⁶⁰ ESTATUTO DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS. (En línea). Ley 1579 de 2012. (citado en marzo de 2014).

<https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/publicaciones2012y2013/estatutoregistrat.pdf>.

⁶¹ DECRETO 410 marzo 27 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971

⁶² DECRETO 2150 de mayo de 1995. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. El Presidente de la Republica de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 83 de la Ley 190 de 1995, oída la opinión de la Comisión prevista en dicho artículo, y. Diario Oficial No. 42137, mayo 12 de 1995.

ejercicio de una función pública, y que también tiene representación en los consejos consultivos de ordenamiento territorial, en los municipios donde existan tales organismos.

Según la Corte Constitucional: *El legislador los ha concebido como particulares que cumplen una función pública durante un periodo legalmente fijado, con la posibilidad de obtener una nueva designación.*⁶³. Ahora bien, en cuanto a los requisitos que se exigen para tener las facultades de ejercer como curador urbano, según la ley 810 de 2003 se requiere:

- a) *Poseer título profesional de arquitecto, ingeniero civil o posgrado de urbanismo o planificación regional o urbana;*
 - b) *Acreditar una experiencia laboral mínima de diez (10) años en el ejercicio de actividades relacionadas con el desarrollo o la planificación urbana.*
 - c) *Acreditar la colaboración del grupo interdisciplinario especializado que apoyará la labor del curador urbano.*
2. *Los municipios y distritos podrán establecer, previo concepto favorable del Ministerio de Desarrollo, el número de curadores en su jurisdicción, teniendo en cuenta la actividad edificadora, el volumen de las solicitudes de licencia urbanísticas, las necesidades del servicio y la sostenibilidad de las curadurías urbanas. En todo caso cuando el municipio o distrito opte por la figura del curador urbano, garantizará que este servicio sea prestado, al menos, por dos de ellos. El Gobierno Nacional reglamentará esta materia.*
 3. *El Gobierno Nacional reglamentará todo lo relacionado con las expensas a cargo de los particulares que realicen trámites ante las curadurías urbanas, al igual que lo relacionado con la remuneración de quienes ejercen esta función, teniéndose en cuenta, entre otros, la cuantía y naturaleza de las obras que requieren licencia y las actuaciones que sean necesarios para expedirlas.*
 4. *Los curadores urbanos serán designados para periodos individuales de cinco (5) años y podrán ser designados nuevamente para el desempeño de esta función pública, previa evaluación de su desempeño por parte de los alcaldes municipales o distritales, en todo de conformidad con la ley que reglamente las Curadurías y con los términos y procedimientos que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional.*
 5. *A partir de la entrada en vigencia de esta ley, el Ministerio de Desarrollo Económico continuará cumpliendo con las funciones de coordinación y seguimiento de los curadores urbanos, con el objetivo de orientar y apoyar su adecuada implantación al interior de las administraciones locales.*

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-984/10. M.P. Gabriel E. Mendoza M. Bogotá 1º de diciembre de 2010.

6. *El alcalde municipal o distrital, o su delegado permanente, será la instancia encargado de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas urbanísticas por parte de los curadores urbanos.*⁶⁴

2.7 ASPECTOS RELEVANTES

Merece hacer mención de manera relevante, cuando los particulares ejercen funciones administrativas, entre otras las que tienen que ver con la administración pública, de los cuales se referencian algunos:

2.7.1 Peritos: son quienes verifican los hechos en un proceso que requiera especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Forman parte integral de la lista de auxiliares de la justicia, al tenor de lo preceptuado en la ley 906 de 2004, en su Parte III, “prueba pericial”, artículos 405 al 422 entre otros.

2.7.2 Jueces de paz: Ley 497 de 1999, y artículo. 247 C.P. *La ley podrá crear Jueces de Paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.*

2.7.3 Árbitros y conciliadores: Ley 448 de 1998 - 640 de 2001, y artículo 116 Inc. 3 C.P. *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*

Jueces en la jurisdicción de las comunidades indígenas: artículo 246 C.P. *Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de ésta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

⁶⁴ LEY 810 de junio 13 de 2003. Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 45220 de junio de 2003.

Particulares agentes retenedores y recaudadores de impuestos: son las personas encargadas de cobrar o percibir impuestos tales como: IVA, venta, predial, etc. Pertinente tener en cuenta hasta donde se le pueden atribuir funciones a los particulares, que según pronunciamiento de la Corte Constitucional del año 1999, donde se estableció que:

c) El control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponde, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función administrativa que se atribuye al particular. Art. 267 C.P. inciso 2 y 3, Art. 10 inciso 2, Art. 110 de la ley 489 de 1998.

d) La función administrativa debe ser atribuida a los particulares por el titular de dicha función dentro de su competencia, en caso contrario se requiere la existencia de norma constitucional o legal, expresa, directa y concisa al respecto; distinta de la norma 489 de 1998 que regula en forma general las condiciones del otorgamiento de la función administrativa a particulares. Un ejemplo de esta atribución directa se encuentra en la norma superior que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante, o en la disposición legal que atribuye a las cámaras de comercio el llevar el registro mercantil, art 6° C.P.

e) La atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias, Art. 2 C.P.⁶⁵

De lo anteriormente citado, se puede inferir en que al momento de asumir funciones administrativas por parte de los particulares, se hace desde el concepto de descentralización o de una atribución de funciones a particulares hecha por las autoridades que no conlleva un cambio de titularidad de las funciones del Estado, más bien debe de verse como la posibilidad que el particular asume la gestión de ciertos asuntos administrativos, en condiciones y bajo los parámetros señalados, tanto por la Constitución Política de 1991, como por la ley y los reglamentos que para cada particular existen, como los citados anteriormente.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1999. Ref. Exp. D-2369. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, 3 de noviembre de 1999.

CAPÍTULO III

3. LAS CENTRALES DE RIESGO

3.1 NOCIÓN

De acuerdo con lo analizado y abordado sobre el tema, las centrales de riesgo *son sociedades o agremiaciones de carácter privado en las cuales se registra el comportamiento crediticio, financiero y comercial de las personas que celebran operaciones con entidades financieras, cooperativas y empresas de sector real.*⁶⁶

Su regulación legal esta contenida en la Ley 1266 de 2008 y conforme al artículo 17 están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

El objeto de la central de riesgo es el registro de la información crediticia; dicha información se obtiene de los comerciantes y/o entidades bancarias y financieras que reportan mora en las obligaciones que ha adquirido el cuenta-habiente.

Los intervinientes en las centrales de riesgos son: El *Titular de la información. Es la persona natural o jurídica a quien se refiere la información que reposa en un banco de datos y sujeto del derecho de hábeas data y demás derechos y garantías a que se refiere la presente ley;*⁶⁷ y que ante la mora en el pago, es reportado, este documento que bien puede ser en papel físico o por medio de reportes electrónicos, a lo cual la Corte Constitucional adujo:

Conforme a la doctrina jurídica tradicional se ha entendido que documento, en sentido etimológico, es una cosa que docet, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo;

⁶⁶www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=11293

⁶⁷ Ley Estatutaria No. 1266 de 2008 Art. 3°. Diario Oficial No. 47.219 de diciembre 31 de 2008.

*por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un opus (resultado de un trabajo)*⁶⁸

Es también considerado como medio de prueba, dado que de él se desprende la información allegada a la central de riesgos, para lo cual dicha información es un soporte jurídico proveniente de los establecimientos de comercio, donde el usuario, o persona ha obtenido, o realizado alguna transacción comercial o de crédito. En Concepto de la superintendencia:

(...) Son sociedades especializadas en el manejo de información sistematizada, que de manera centralizada y de acuerdo a criterios únicos y preestablecidos proporcionan a las entidades vigiladas los datos sobre el comportamiento crediticio de los clientes del sector financiero.

*La fuente de la información de estas sociedades la constituyen, de una parte, sus entidades afiliadas, y de otra, el reporte de endeudamiento que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria le remiten a esta, la cual es presentada en el producto Endeudamiento Global (...)*⁶⁹

Las centrales de información tienen su fundamento constitucional en los artículos 20 y 15, donde se consagra el derecho a informar y recibir información veraz e imparcial y a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se recojan sobre las personas en bancos de datos de entidades públicas y privadas. Haciendo la aclaración que no versa sobre derechos fundamentales, sino que es partiendo de los artículos 20 y 15 de la Constitución Política de 1991, y según lo establecido en la ley estatutaria No. 1266 de 2008: *por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.*

La información atinente a la atención de sus obligaciones por parte de los usuarios del crédito, registrada en las centrales de riesgo, no constituye una sanción, sino una herramienta que dicho sector requiere para evaluar las

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-356 de 2003. Ref. Exp. D-4313. M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, 6 de mayo de 2003.

⁶⁹ SUPERINTENDENCIA BANCARIA Concepto No. 1999040763-0 del 30 de Junio de 1999

*condiciones del crédito, partiendo del conocimiento real del riesgo que el solicitante podría representar para el prestamista, conforme a sus hábitos de pago.*⁷⁰

Por tanto, las centrales de riesgos son entidades especializadas en el almacenamiento de la información crediticia de las personas, puesto que no solamente registran la vida crediticia de las personas, sino que guardan o registran los incumplimientos o cumplimientos que se adquieren comercialmente. En el ámbito jurídico—comercial existen entidades como; (Cifin, Datacrédito, Covinoc, Computec, Inconcrédito, Credicheque, Fenalcheque, etc.), las cuales manejan la información crediticia, constituyéndose en una base de datos para el sistema comercial y financiero.

Relacionado con las centrales de riesgo y tema de obligatorio estudio resultan las disposiciones sobre habeas data, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que la administración de toda base de datos personales está sometida a los llamados principios de administración de datos personales., regulados en forma expresa por la Ley 1581 de 2012⁷¹ que fueron declarados conforme a la Constitución mediante sentencia C-748 de 2011⁷² a su vez la C-1011 de 2008⁷³ afirmó que los principios contenidos en la ley estatutaria de habeas data financiero eran constitucionales y que, además, su aplicación era extensiva a todas las bases de datos personales⁷⁴.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-592 de 2003. Ref. Exp. T-517288 M.P. Alvaro Tafur Galvis. Bogotá, D. C., 17 de julio de 2003.

⁷¹ Ley 1581 de 2012. Principios Rectores. Artículo 4°. Principios para el Tratamiento de datos personales

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-748/11. Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria No. 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1011 de 2008. Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 27/06 Senado – 221/07 Cámara (Acum. 05/06 Senado) “por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.”

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1011 de 2008. Consideración 3.1.1, penúltimo párrafo. “Inclusive, la Sala advierte que las mismas normas de la ley estatutaria, en cuanto prevén los principios de administración de datos personales, al igual que los derechos y deberes de titulares, fuentes y usuarios; pueden servir de parámetro para la evaluación de la legitimidad de otras modalidades de tratamiento de información personal, en tanto dichos preceptos resulten pertinentes y aplicables

3.2 LA ADMINISTRACIÓN DE LOS DATOS Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD

El principio de libertad se erige como una garantía en la administración de datos. Al respecto, el literal c) de la Ley 1581 de 2012 señala: *El Tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento.* Fue a partir de este principio que desarrollaron los postulados básicos del derecho fundamental al habeas data en la medida en que los procesos de administración y divulgación de datos sólo son legítimos a partir de la potestad del individuo para permitir y controlar la información cuyo contenido pertenece a su órbita personal.

Se cita verbigracia en la sentencia T-176 de 1995 como la falta de consentimiento se traduce en vulneración de los derechos al habeas data los argumentos expuestos fueron:

... para que exista una vulneración del derecho al habeas data, debe desconocerse alguno de los tres aspectos enunciados. Es decir, la información contenida en el archivo debe haber sido recogida de manera ilegal, sin el consentimiento del titular del dato (i), ser errónea (ii) o recaer sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente (iii). Por el contrario, el suministro de datos veraces, cuya circulación haya sido previamente autorizada por su titular, no resulta, en principio, lesivo de un derecho fundamental.⁷⁵

Por consiguiente, tanto para la autodeterminación de la información, como para el principio de libertad, el consentimiento es el punto de identidad y relevancia que determinará la vulneración o no del derecho fundamental al habeas data.

Ahora bien, en materia de autorización, el consentimiento otorgado al encargado del tratamiento⁷⁶ o responsable del tratamiento⁷⁷ debe ser *previo*⁷⁸, *expreso*⁷⁹ e *informado*⁸⁰ y,

⁷⁵ Este argumento fue reiterado en la sentencia de la Corte Constitucional SU-458 de 2012.

⁷⁶ Artículo 3°. definiciones literal d) ley 1581 de 2012: “Encargado del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento.”

por el contrario, la publicidad indiscriminada de la información sobre datos personales sin el cumplimiento de los requisitos antes descritos configura una finalidad ilegal y/o inconstitucional que facilita la vulneración de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, cabe destacar que el consentimiento del titular de la información sobre el registro de sus datos se encuentra ligado a la necesidad de que aquel cuente con oportunidades reales para ejercer sus facultades de rectificación y actualización durante las diversas etapas de dicho proceso, que resultan vitales para salvaguardar los derechos a la intimidad y al buen nombre.

El dato administrado por las centrales de riesgo está enmarcado en lo normado en el Art. 39 de la Ley 454 de 1998, en las estipuladas de la ley 795 de 2003, que hacen referencia al manejo, conceptualización y utilización de las bases de datos, incluidas en el llamado Habeas Data conforme la ley 1266 de 2008, la cual desarrolla la regulación integral del derecho fundamental de las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre los ciudadanos en las centrales de riesgos y en archivos de estas entidades, bien sean públicas o privadas y la jurisprudencia del máximo tribunal constitucional expuesta.

3.3 CARACTERÍSTICAS

Estas entidades se caracterizan por recibir toda la información comercial o crediticia de entidades o de personas, información que es proveniente de los establecimientos comerciales, tales como: bancos, servicios públicos, telecomunicaciones y comercio en general; quienes tienen convenios o son asociados a las entidades de riesgos, lo cual les

⁷⁷ Artículo 3°. definiciones literal e) ley 1581 de 2012: “Responsable del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos.”

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-748 de 2011. Al respecto, determinó que la autorización debe ser suministrada, en una etapa anterior a la incorporación del dato

⁷⁹ *Ibidem*, se concluyó que la autorización debe ser inequívoca, razón por la cual, al contrario de lo sostenido por algunos intervinientes, no es posible aceptarse la existencia, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un consentimiento tácito.

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-748 de 2011, la Corte estableció que el titular no sólo debe aceptar el Tratamiento del dato, sino también tiene que estar plenamente consciente de los efectos de su autorización

permite reportar todo tipo de transacciones comerciales, en cuanto a su cumplimiento y manejo.

Para la eficacia de la vigilancia efectuada por la Superintendencia debe cumplirse con lo normado en la Ley 1266 de 2008, es decir, dirigirse al operador de la información (central de riesgo) o a la fuente (persona, entidad u organización que reporta la información al operador). En los dos casos, el término máximo para que le contesten la petición es de quince (15) días hábiles.

Cuando se profiera el acto administrativo de respuesta podrá acudir a la Superintendencia Financiera o de Industria y Comercio; a la primera siendo un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se acude cuando se tienen problemas con las entidades financieras bancarias, bien por el manejo de los recursos allí depositados, o bien cuando se tiene que brindar información pertinente a dicha institución por parte de las entidades financieras bancarias, de acuerdo a lo establecido en el decreto 2739 de 1991, la ley 964 de 2005, y todas aquellas normas que exijan en la Superintendencia Financiera su presentación o exigencias de acuerdo a las funciones que tengan quienes utilizan el sistema bancario y financiero en Colombia.

En cuanto a la Superintendencia de Industria y Comercio se acudirá a dicha institución frente a las necesidades que se tengan como lo es la protección de marcas y emblemas, propiedad industrial, protección al consumidor, reglamentos técnicos y de metrología legal, protección de la competencia; de igual forma es la delegada por el Estado para ejercer el control y la vigilancia administrativa y contable de las Cámaras de Comercio, sus federaciones y confederaciones, de acuerdo con las disposiciones de la ley. Así mismo, tiene la función de coordinar lo relacionado con el Registro Mercantil y los otros Registros Públicos delegados por el gobierno a las Cámaras de Comercio.

Estas entidades son personas jurídicas de derecho privado, toda vez que pueden celebrar contratos de afiliación con diferentes personas jurídicas, de carácter privado o público,

entidades financieras o pertenecientes al sector real, en virtud de los cuales se les permite reportar y/o consultar la información contenida en las bases de datos.

Tienen a su cargo la administración de los datos personales de los titulares de la información, dando a conocer de ésta a los usuarios Según el Art. 2º de la ley estatutaria No. 1266 de 2008, al igual la disposición imperativa en la normativa estatutaria, en su deber de rectificar, modificar, corregir los datos conforme al artículo 1º del mismo ordenamiento estatutario citado.

3.4 SANCIONES A LAS CENTRALES DE RIESGO

El ordenamiento jurídico colombiano consagró en el año 2008 las sanciones que podrá imponer la superintendencia por el incumplimiento de los deberes a las centrales de riesgo entre ellas:

Multas de carácter personal e institucional hasta por el equivalente a mil quinientos (1.500) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por violación a la presente ley, normas que la reglamenten, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por dicha Superintendencia. Las multas aquí previstas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó.

Suspensión de las actividades del banco de datos, hasta por un término de seis (6) meses, cuando se estuviere llevando a cabo la administración de la información en violación grave de las condiciones y requisitos previstos en la presente ley, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por las Superintendencias mencionadas para corregir tales violaciones.

Cierre o clausura de operaciones del banco de datos cuando, una vez transcurrido el término de suspensión, no hubiere adecuado su operación técnica y logística, y sus normas y procedimientos a los requisitos de ley, de conformidad con lo dispuesto en la resolución que ordenó la suspensión. Cierre inmediato y definitivo de la operación de bancos de datos que administren datos prohibidos.⁸¹

A Su turno el artículo 19. Establece los *Criterios para graduar las sanciones.*

⁸¹ Ley 1266 de 2008, artículo 18.

- a) *La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la presente ley.*
- b) *El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros, por la comisión de la infracción, o el daño que tal infracción hubiere podido causar.*
- c) *La reincidencia en la comisión de la infracción.*
- d) *La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio.*
- e) *La renuencia o desacato a cumplir, con las órdenes impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.*⁸²

La ley estatutaria del habeas data, establece sanciones y penas al operador o usuario de la información por parte de las correspondientes superintendencias vigiladoras, por incurrir en su inobservancia; como instrumento garante del derecho al manejo de la información y el derecho a la misma de que tratan los postulados Constitucionales números 15 y 20.

3.5 CLASES

Existen tres tipos de centrales de riesgos a saber: Datacrédito⁸³—ComputeC, entidad que recibe información del sector bancario, entidades de servicios públicos y telecomunicaciones, esta es vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Central de Información Financiera CIFIN⁸⁴, tiene las mismas fuentes de información que la

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Data Crédito® recolecta, almacena, procesa y suministra información financiera, crediticia, comercial, de servicios sobre personas que hayan sido clientes de entidades de crédito o prestadoras de algún tipo de servicios Data Crédito® recolecta, almacena, procesa y suministra información financiera, crediticia, comercial, de servicios sobre personas que hayan sido clientes de entidades de crédito o prestadoras de algún tipo de servicios. Experian Colombia S.A. Es la persona jurídica que opera el banco de datos o central de información a que se refiere este Código, con facultades para recolectar, almacenar, procesar y suministrar información. (en adelante Data Crédito®) <http://www.datacredito.com/dc/wcm/connect/62bd813d-d656-44ac-9f74-d065bebc764b/C%C3%B3digo%2Bde%2BConducta.pdf?MOD=AJPERES>.

⁸⁴ Inicialmente CIFIN fue creada en 1981 como una Central de Información Financiera de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia -Asobancaria, donde tenía como objetivo principal la recolección, almacenamiento, administración, suministro y procesamiento de información relativa a los clientes y usuarios de los sectores financieros, real, solidario y asegurador. Sin embargo, con el paso del tiempo, las exigencias regulatorias y las mejores prácticas en materia de riesgo crediticio evidenciaron la necesidad de ajustar la concepción original de CIFIN de manera tal que su actividad no se limitará a la administración de información, sino a generar valor a la data, alejándose del concepto básico de central de información, para acercarse más al de Buró de Crédito.

Por tal motivo, entre 2009 y 2012, CIFIN centró sus esfuerzos en sofisticar el manejo y la transformación de la data, así como el acceso al Buró mediante procesos de complejidad creciente y alto valor agregado que permitieran apalancar mejores decisiones crediticias de sus afiliados y usuarios. Esta transformación se estructuró sobre tres grandes pilares: un sistema inteligente de procesamiento de la información; el diseño y desarrollo de soluciones analíticas especializadas para la gestión de la cartera; y la participación en espacios de discusión sobre temas regulatorios y de política. Todo lo anterior, acompañado de un proceso completo de modernización tecnológica, especialización y capacitación del recurso humano.

anterior, bajo la misma vigilancia; y finalmente Procrédito⁸⁵: a esta entidad llega toda la información sobre entidades o personas que incumplen sus compromisos adquiridos financieramente, tiene la vigilancia de Fenalco⁸⁶.

3.6 FUNCIONES

Las funciones que le han sido encomendadas a estas entidades, parten del marco jurídico mismo que las reglamenta, es decir, las leyes 1266 de 2008, 1581 de 2012 y sus decretos reglamentarios, así como resoluciones o normas que se hayan expedido al respecto. Por lo tanto las funciones que se les han conferido son las relativas al manejo de la información crediticia, financiera y de seguros que tengan o hayan tenido los usuarios.

Las entidades en mención, recopilan la información financiera de todas las personas y entidades o compañías que hayan adquirido compromisos crediticios, lo cual se convierte en un historial, donde según el manejo que el usuario le dé, ésta se convierte en información positiva o negativa, acorde con el manejo que le dé o haya dado a su crédito o transacción comercial.

Tienen funciones relativas a la vida crediticia en el sentido de identificar al usuario, establecer las formas o modos de pago, el nivel de endeudamiento, al igual que suministran este historial a las entidades comerciales, que una vez afiliadas a dichas centrales de riesgos, pueden contar con la información allí registrada.

Dado el crecimiento de CIFIN y las utilidades que estaba generando, a finales de diciembre de 2012 se toma la decisión de convertirla en una empresa independiente de Asobancaria, dando lugar en 2013 a una empresa comercial completamente autónoma. <http://cifin.asobancaria.com/CifinWeb/Cifin/QuienesSomos.html>

⁸⁵ Es un servicio de información que le brinda mayor facilidad y comodidad para acceder a su historial crediticio, incluyendo reportes positivos y negativos, para dar cuenta de sus hábitos de pago como cliente potencial para el comercio. <http://www.fenalcoantioquia.com/servlets/SeccionesServlet?idSeccion=601>

⁸⁶ Federación Nacional de Comerciantes – FENALCO
www1.urosario.edu.co/.../habeas/.../Presentación_Habeas_Data_Fenalco
reúne en Colombia a más de 18.000 empresas del sector comercio, diseminadas por todo el país, que disponen un número muy significativo de ellas de establecimientos de comercio, agencias o sucursales, que hacen crecer el número de puntos de venta. (65.000).

La información suministrada por las centrales de riesgo, es utilizada por sus afiliados, como parte de la información personal—financiera del titular de la información, y a partir de allí, la entidad o comercio que quiera extender un crédito o entablar relaciones comerciales con una persona o entidad, tiene de cierta manera el aval para ser calificada como apta, o de igual forma como negativa.

Cuando se hace referencia a “afiliados”, es en el entendido del Art. 3° de la ley 1266 de 2008, en el siguiente contexto:

Usuario. El usuario es la persona natural o jurídica que, en los términos y circunstancias previstos en la presente ley, puede acceder a información personal de uno o varios titulares de la información suministrada por el operador o por la fuente, o directamente por el titular de la información. El usuario, en cuanto tiene acceso a información personal de terceros, se sujeta al cumplimiento de los deberes y responsabilidades previstos para garantizar la protección de los derechos del titular de los datos. En el caso en que el usuario a su vez entregue la información directamente a un operador, aquella tendrá la doble condición de usuario y fuente, y asumirá los deberes y responsabilidades de ambos.⁸⁷

3.7 ESTRUCTURA

Las entidades privadas, en este caso las centrales de riesgo, cuenta con una estructura física, técnica y sistematizada, que les ha permitido tener y llevar un control sobre la vida crediticia de los usuarios del sistema comercial, contando con personal acorde a sus necesidades, y con funciones y responsabilidades que el mismo sistema bancario exige, toda vez, que siendo vigiladas, por la Superintendencia Financiera han de contar y cuentan con una infraestructura, que les ha permitido estar acorde con los lineamientos que el mismo marco jurídico les exige, es decir, la ley 1266 de 2008 y el decreto 1727 de 2009 respectivamente.

Se parte del principio que si se establece una entidad como lo son CIFIN, o DATA CREDITO, han de ser entidades organizadas conforme a su estructura legal es decir

⁸⁷ Ley 1266 de 2008, artículo 3°

como sociedades en sus diversos, no obstante la citada ley no exige, ni habla de personal, o estructura física de dichas entidades, sin embargo se puede tener una referencia según la cual CIFIN: “Dado el crecimiento de CIFIN y las utilidades que estaba generando, a finales de diciembre de 2012 se toma la decisión de convertirla en una empresa independiente de Asobancaria, dando lugar en 2013 a una empresa comercial completamente autónoma.”⁸⁸

La estructura de estas entidades privadas, está sujeta a la vigilancia, tanto estatal como privada, y al mismo tiempo los procedimientos y el funcionamiento interno está organizado de tal forma que pueden llegar a prevenir y a sancionar cualquier injerencia o conflicto de intereses, cuando de manejar y controlar información privada y confidencial se trata, en aras de asegurar y reservar sus funciones, esto de acuerdo con los postulados que cada una de esas entidades anuncia y propone como medio de control, ante los asociados, o usuarios.

Desde la óptica del manejo de la información confidencial de los usuarios del sistema comercial, sea este bancario de seguros o económico, la infraestructura de las centrales de riesgo está provista de los sistemas tecnológicos idóneos, modernos y actualizados, a fin de garantizar la adecuada administración de la información que manejan, lo cual les permite generar al mismo tiempo informes y reportes confiables, y que tienen validez jurídica frente a las necesidades, tanto de los afiliados, como de los reportados.

Se supone que las centrales de riesgos están acorde con las exigencias de la Superfinanciera, lo que les obliga a desarrollar y mantener los elementos y políticas administrativas, donde se demuestra la estructura organizacional, los procedimientos, los criterios que sobre las bases de datos maneja.

3.8 DATOS QUE MANEJAN

Las centrales de riesgo manejan el comportamiento que tengan los clientes o ciudadanos, jurídicos o naturales, dentro del comercio financiero, transacciones comerciales, bancarias

⁸⁸CIFIM. Burfó de Crédito. <http://cifin.asobancaria.com/CifinWeb/Cifin/QuienesSomos.html>

y de seguros, y que por ende se autoriza su utilización al momento de establecer o realizar una acción comercial o de seguros. Información que es utilizada como una herramienta para el análisis del llamado riesgo crediticio, por parte de las entidades comerciales, financieras de bienes y de servicios.

El tipo de información o los datos que se manejan en las entidades de riesgos, son los concernientes al comportamiento comercial y financiero de los clientes o personas, jurídicas o naturales, acorde con los compromisos adquiridos, sean estos vigentes y no vigentes, al igual que los valores pagados y los saldos que adeuden, estableciéndose por ende los días en moratoria, el valor de cuotas, información sociodemográfica, entre otras. Los datos que se manejan han de ser acordes con lo establecido en el Art. 3° de la ley estatutaria No. 1266 de 2008 a saber:

DATO PERSONAL	DATO PÚBLICO	DATO SEMIPRIVADO
Es cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica. Los datos impersonales no se sujetan al régimen de protección de datos de la presente ley. Cuando en la presente ley se haga referencia a un dato, se presume que se trata de uso personal. Los datos personales pueden ser públicos, semiprivados o privados.	Es el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución Política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la presente ley. Son públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y los relativos al estado civil de las personas.	Es semiprivado el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios a que se refiere el Título IV de la presente ley. ⁸⁹

Elaboración propia, fuente Ley 1266 de 2008

3.9 PROCEDIMIENTO PARA EL REPORTE DE LA INFORMACIÓN

Teniendo en cuenta que los procedimientos o protocolos que se manejan en las centrales de riesgos, son inherentes a las mismas entidades, los cuales no son del resorte, ni de las personas que por alguna circunstancia llegaron sus datos a dichas entidades, o de quien

⁸⁹ Art. 3° Ley 1266 de 2008. Ob. Cit.

como en el caso presente, hace o elabora una investigación al respecto, en el entendido de que las centrales de riesgos tienen unos procedimientos en los reportes de información, bajo los principios constitucionales, de información privada e información pública, lo que permite que dichas entidades no permitan dicho acceso, pero si permiten y se manifiestan en cuanto a la información pública generada.

Dicha información es manejada por las centrales de riesgo bajo los parámetros de la ley 1266 de 2008, que para el procedimiento de los reportes de información, lo hacen de acuerdo al Art. 16 de la citada norma, en lo concerniente a: procedimiento, oportunidad, atención y resolución de las peticiones y reclamos presentada por los titulares de dicha información.

Por lo anterior, el procedimiento que se tenga para el reporte de la información por parte de las centrales de riesgos, parte de la información que ha sido generada por el comercio mercantil, cuando el usuario hace uso de tales servicios, y si por cualquier circunstancia, el usuario no cumple con los requisitos pactados, se genera una información respecto a su actuación crediticia, sea ésta benéfica según el actuar, o en su defecto adversa al usuario, cuando se incumplen los parámetros pactados en una transacción comercial.

Para generar esa información, basta que las mismas entidades afiliadas a las centrales de riesgo, soliciten el estado y manejo que haya tenido la persona que haya sido reportada como incumplida o que no haya cancelado sus créditos, de los cuales fue beneficiario.

3.10 CADUCIDAD DEL DATO

La norma 1266 de 2008, en cuanto a la caducidad del dato financiero negativo, lo establece en el Art. 21, en el sentido de que éste se ha de tomar a partir de un año, después de que el usuario haya cancelado sus obligaciones crediticias, a lo cual la Corte Constitucional hizo un referente en el sentido de que:

*el establecimiento de términos de caducidad del dato financiero sobre incumplimiento en el pago, son materias relacionadas con el contenido esencial del derecho al hábeas data y, por ende, deben ser reguladas a través de leyes estatutarias.(..) en el entendido que la caducidad del dato financiero en caso de mora inferior a dos años, o podrá exceder el doble de la mora, y que el término de permanencia de cuatro años también se contará a partir del momento en que se extinga la obligación por cualquier modo.*⁹⁰

Cuando el ente constitucional hace esa aclaración, referente al dato financiero, lo hace refiriéndose al derecho al hábeas data, en el entendido que es el mismo legislador, quien tiene la obligación de establecerlo por medio de una ley estatutaria, que al tenor de lo mismo, se dirige hacia la norma 1266 de 2008, en su Art. 13°, establece que es de 4 años, contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea pagada la obligación vencida y que dio origen a dicho reporte negativo.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo definido en el Art. 3° del decreto 2952 de 2010, en el cual se estableció que si la mora es inferior a dos años, el término en el cual dicha información negativa permanecerá en las centrales de riesgo, no podrá exceder del doble de la mora, pero en su primer párrafo, establece que: *el término de permanencia de la información negativa será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que la mora se extinga por cualquier modo.*

Aunque el deudor nunca pague, ni quiera de cierta forma limpiar su nombre de las centrales de riesgos, también existe un tope de tiempo, para que esa información negativa sea borrada de los sistemas de dichas entidades, la cual no puede reposar por más de diez años, así no se haya cancelado dicho compromiso, lo que de cierta forma sería hacer referencias a deudas imprescriptibles, las cuales están prohibidas por la Constitución Política de 1991, a lo cual se hace referencia teniendo en cuenta la jurisprudencia SU-082 de 1995 y la SU-089 de 1995, respectivamente.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1011 de 2008. Ref. Exp. PE-029. M.P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá, Octubre 16 de 2008

3.11 JURISPRUDENCIA QUE FUNDAMENTA EL MANEJO DEL DATO POR PARTICULARES

La jurisprudencia, que al respecto de los datos, en este caso los que se manejan en las centrales de riesgo, ha sido motivo de análisis jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, organismo que ha emitido algunas sentencias, que al tenor de lo allí expresado, se puede decir, que el dato ha sido tomado bajo los parámetros de la ley 1266 de 2008, y en otros casos desde la perspectiva de los derechos al buen nombre, que para caso concreto se tiene la sentencia C-1011 de 2008, la cual fue emitida como revisión previa, y que en algunos de sus apartes adujo al respecto del dato:

Los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de cartera, y en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, se regirán por un término máximo de permanencia, vencido el cual deberá ser retirada de los bancos de datos por el operador, de forma que los usuarios no puedan acceder o consultar dicha información. El término de permanencia de esta información será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea pagada la obligación vencida. (C-1011/08)

En otro sentido en jurisprudencias del año 1992, defendió lo que se puede considerar principios inherentes a la persona, cual son el buen nombre, cuando ordenaba a las centrales de riesgo como generadores de datos, a que se eliminara de inmediato el reporte negativo de los ciudadanos, cuando las obligaciones se encontraban o estaban prescritas judicialmente, exigiéndoles que dicha información en ese estado, no podía, ni ser depositada o estar en sus registros, ni mucho menos, generar reporte en tal estado, por considerarse como un constreñimiento por parte de una entidad privada; que en sentido estricto de lo doctrinado lo expuso en el siguiente texto:

Cuando la persona es constreñida, mediante una conducta ilícita, a realizar el pago de una obligación, se encuentra en una clara situación de indefensión, pues ante un cobro extraproceso, no puede ejercer el derecho de defensa ni las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico, como

*sí ocurre ante un juez, quien velará por el respeto del debido proceso como derecho constitucional fundamental.*⁹¹

En sentencia del mismo año pero con el No. T-482 de 1992, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento al dato, pero desde el punto de vista de la vulneración que su manejo puede tener, como una vulneración a la dignidad humana y más cuando esta es manejada por una entidad particular.

*Las personas cuyos datos personales son reportados a dicha Central tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones, de acuerdo con la Constitución o la ley. El ejercicio del derecho a la información en que, según la Asociación Bancaria de Colombia, se fundamenta la Central de Información que dicha entidad administra, no puede conducir en manera alguna a la vulneración de la dignidad humana.*⁹²

En la siguiente jurisprudencia, la Corte Constitucional hace un pronunciamiento respecto a dos eventos, en los cuales se hace alusión al dato de un usuario a quien se le establece la diferencia entre la prescripción liberatoria, que es de cuatro años a partir de la extinción de la deuda, y otra muy diferente al caso cuando una deuda se tiene desde el punto de vista civil, es decir, cuando se tiene un proceso por una deuda, la cual la central de riesgos puede mantener el dato negativo por un tiempo de diez años, así:

*... de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional, el término de caducidad del dato financiero negativo, tratándose de la extinción de la obligación por cualquier modo diferente al pago (incluyendo la prescripción liberatoria), es de cuatro años, contados a partir del momento de ocurrencia del fenómeno extintivo. En consecuencia, no se vulnera el derecho fundamental al hábeas data cuando una entidad se abstiene de eliminar el reporte negativo que pesa sobre una persona por el incumplimiento de una obligación civil que permanece insoluta, respecto de la cual ha transcurrido un término menor de 10 años desde la fecha de su exigibilidad.*⁹³

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412 de 1992. Ref. Exp. T-875. M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, Junio 17 de 1992.

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-486 de 1992. Ref. Exp. T-1900. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, agosto 11 de 1992.

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-164 de 2010. Ref. Exp. T-2444261. M.P. Jorge Iván Palacio P. Bogotá, D.C., 8 de marzo de 2010.

Planteando de cierta manera nuevamente el problema, aún con el beneplácito de la Corte Constitucional que en su jurisprudencia C-1011 del 2008, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, aceptó que particulares manejaran la información confidencial crediticia de todos los colombianos. (Central de Información de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia -CIFIN-, Datacrédito, Covinoc, Computec, Inconcrédito, Credicheque, Fenalcheque, etc.).

Si lo anterior es exequible, entonces se estaría también, frente a una posible administración de justicia, por parte de particulares o entidades privadas para que administren justicia, ya que si el parágrafo 1º, fue declarado “exequible”, según la ley 1266 del año 2008⁹⁴, la justicia también lo sería; lo cual nos remitiría a tomar el concepto del tratadista Luis Carlos SÁCHICA, cuando en el año 1977, adelantándose a los hechos adujo:

La evolución del aparato estatal, ya no corresponde ni en la teoría, ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno, cuya actuación se ha tornado más compleja y comprensiva.

No es que la doctrina de la “tridivisión” haya perdido su validez política, como fórmula para lograr la desconcentración y racionalización del poder público, mediante la separación, distinción y equilibrio de las ramas del poder, en orden a impedir la concentración absoluta y totalitaria de la potestad pública, pues este principio es de la esencia del Estado de Derecho.

Es que hoy se presenta una imposibilidad lógica de enmarcar e incluir en esa clasificación tan simplista, tan elemental, las múltiples funciones asumidas por el Estado, que desbordan esa nomenclatura.

*Estas nuevas funciones estatales no son, por naturaleza, consideradas específicamente, ni pura labor legisladora, ni mera ejecución de ésta, ni aplicación judicial de la norma, lo cual hace desueta la clasificación tripartita, moderada, como ha sido por una racional colaboración.*⁹⁵

Calificar las centrales de riesgo, desde el punto de vista jurídico—legal, hoy en día, no deja de ser de cierta forma *utópico*, toda vez, que se entiende que todas las entidades u órganos

⁹⁴LEY ESTATUTARIA 1266 DE diciembre 31 de 2008. “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 47.219 de 31 de diciembre de 2008.

⁹⁵SÁCHICA, Luis Carlos Ob. Cit. Pág. 191/2

que componen el aparato estatal, han de ser creadas o establecidas a partir de los postulados de la Constitución Política de 1991, y con la anuencia del Congreso y del Ejecutivo.

Bien vale la pena tener en cuenta lo expresado por el Magistrado Humberto Sierra Porto, cuando sentó doctrina, haciendo referencia, precisamente a la incapacidad estatal en los siguientes términos:

La incapacidad del Estado, bien directamente o bien con el apoyo del sector privado, para satisfacer los derechos de la ciudadanía, ha ocasionado que el desequilibrio de principio entre parte dogmática y parte orgánica de la Constitución Política deba ser compensado, así sea en parte, por el aparato judicial. De manera tal que hoy el Estado colombiano, no es descabellado afirmar que el Estado social de derecho, es más un problema judicial que un problema administrativo o que el Estado social de derecho es cada vez más una responsabilidad de los jueces y menos de la administración.⁹⁶

En el entendido de que la ley estatutaria 1266 de 2008, fue declarada exequible por medio de la Sentencia C-1011/08, donde hizo la revisión a la norma estatutaria al proyecto de ley No. 27/06 de Senado y 221/07 de Cámara acumulado 05/06, Sentencia C-1011/08, por la sentencia C-274 de 2013, esta no ha vuelto a ser demandada en su inconstitucionalidad, lo que demuestra que en esa parte, la jurisprudencia avala el manejo que de los datos personales de los colombianos, por parte de entidades de derecho privado.

⁹⁶SIERRA PORTO, Humberto. La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho Privatizado. En *Jurídicas* 5(1). Universidad de Caldas. Bogotá, julio 1 de 2008.

CAPÍTULO IV

4. CENTRALES DE RIESGO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1 INTRODUCCIÓN

Con el beneplácito de la Corte Constitucional que en su jurisprudencia C-1011 del 2008, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, aceptó que particulares manejaran la información confidencial crediticia de todos los colombianos. (Centrales de Riesgo), lo cual de cierta forma genera un problema social, dado que entidades particulares dispongan de toda la información personal crediticia de los colombianos, en el entendido de que solamente es la justicia constitucionalmente establecida, la que tiene derecho a tal manejo, y más cuando de la misma, se están generando y se generan controversias y abusos de tales entidades.

Si lo anterior es exequible, entonces se estaría también, frente a una posible administración de justicia, por parte de particulares o entidades privadas para que administren justicia, ya que si el parágrafo 1º, fue declarado exequible, según la ley 1266 del año 2008⁹⁷, la justicia también lo sería; lo cual nos remitiría a tomar el concepto del tratadista Luis Carlos Sáchica, cuando en el año 1977, adelantándose a los hechos adujo:

La evolución del aparato estatal, ya no corresponde ni en la teoría, ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno, cuya actuación se ha tornado más compleja y comprensiva.

No es que la doctrina de la “tridivisión” haya perdido su validez política, como fórmula para lograr la desconcentración y racionalización del poder público, mediante la separación, distinción y equilibrio de las ramas del poder, en orden a impedir la concentración absoluta y totalitaria de la potestad pública, pues este principio es de la esencia del Estado de Derecho.

⁹⁷ LEY ESTATUTARIA 1266 DE diciembre 31 de 2008. “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 47.219 de 31 de diciembre de 2008.

Es que hoy se presenta una imposibilidad lógica de enmarcar e incluir en esa clasificación tan simplista, tan elemental, las múltiples funciones asumidas por el Estado, que desbordan esa nomenclatura.

Estas nuevas funciones estatales no son, por naturaleza, consideradas específicamente, ni pura labor legisladora, ni mera ejecución de ésta, ni aplicación judicial de la norma, lo cual hace desueta la clasificación tripartita, moderada, como ha sido por una racional colaboración.⁹⁸

Calificar las centrales de riesgo, desde el punto de vista jurídico—legal, hoy en día, no deja de ser de cierta forma utópico, toda vez, que se entiende que todas las entidades u órganos que componen el aparato estatal, han de ser creadas o establecidas a partir de los postulados de la Constitución Política de 1991, y con la anuencia del Congreso y del Ejecutivo y la aprobación constitucional de la Corte Constitucional.

Cuando emerge una necesidad en la sociedad, hecho que en ocasiones no se percibe, sino por el contrario, se encuentran vacíos jurídicos que llenar, con pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, o de la Corte Suprema de Justicia, convirtiéndose tales pronunciamientos en precedente judicial, y marcos referenciales y más aún como fuente de derecho.

Es este sentido que bien vale la pena tener en cuenta lo expresado por el Magistrado Humberto Sierra Porto, cuando sentó doctrina, haciendo referencia, precisamente a la incapacidad estatal en los siguientes términos:

La incapacidad del Estado, bien directamente o bien con el apoyo del sector privado, para satisfacer los derechos de la ciudadanía, ha ocasionado que el desequilibrio de principio entre parte dogmática y parte orgánica de la Constitución Política deba ser compensado, así sea en parte, por el aparato judicial. De manera tal que hoy el Estado colombiano, no es descabellado afirmar que el Estado social de derecho, es más un problema judicial que un problema administrativo o que el Estado social de derecho es cada vez más una responsabilidad de los jueces y menos de la administración.⁹⁹

⁹⁸ SÁCHICA, Luis Carlos Ob. Cit. Pág. 191/2

⁹⁹ SIERRA PORTO, Humberto. La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho Privatizado. En Jurídicas 5 (1). Universidad de Caldas. Bogotá, julio 1 de 2008.

4.2 LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES

Según el postulado constitucional No. 152º, literal, a) *Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección*, las entidades que aún sin ser estatales, han sido aceptadas, tanto por el legislador, como por el calificador constitucional, hecho que de antemano, va en contra de los postulados de “salvaguardar la buena fe y nombre de las personas”, como elemento fundamental.

Pero el hecho de que la Corte Constitucional haya aceptado tal desface jurídico, a concepto del autor del presente documento, no significa que se deba aceptar la problemática aducida, por el contrario, la Constitución Política de 1991, manda a preservar tanto los derechos como los deberes fundamentales de las personas, y es allí donde el legislador del año 2008, aparentemente viola flagrantemente la Carta Constitucional de 1991.

El Art. 152º, ha sido desarrollado con la creación de la Ley Estatutaria No. 1266 de 2008¹⁰⁰ Hábeas Data y como se cita declarada exequible en su aspecto formal, o procedimental, pero no en los hechos motivo de discusión, dándole vía libre a una entidad de derecho privado, para que maneje información privada e inherente a los gobernados, norma que fue creada por el legislador, teniendo como base el desarrollo del Art. 152º de la Carta, pero teniendo en cuenta que ésta no fue, ni es voluntad del Constituyente del 91, por el contrario, obedeció a intereses de los grupos económicos, que vieron en ella la forma de administrar justicia informativa—económica, y que cumplirá con funciones, que supuestamente el Estado no puede asumir.

Estableciéndose dentro del marco de las llamadas empresas privadas al servicio del Estado, éstas tienen aval constitucional, pero no pertenecen a ninguna rama del poder público,

¹⁰⁰ LEY ESTATUTARIA No. 1266 de diciembre 31 de 2008. Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.219 de 31 de diciembre de 2008.

gozan de independencia jurídica y maneja información inherente a las personas, calificada como de derecho fundamental.

Significa, que tanto el aval de la Corte Constitucional, como la aprobación por parte del legislativo, de la norma en mención, se estaría corroborando el concepto citado del tratadista SÁCHICA, quien califica a este tipo de organización estatal como desueta, es decir, obsoleta, dado que está delegando en entidades privadas, el manejo de información que es inherente a los derechos fundamentales, de una forma autónoma e independiente, encargándose por lo tanto del cumplimiento de las llamadas otras funciones del Estado.

En razón a lo anterior, el legislativo le está dando igualmente marco constitucional a la referida norma 1266/08, cuando la enmarca en el Art. 113 de la Constitución Política de 1991, que establece: *... Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado....*

Los establecimientos motivo de señalamiento en la presente investigación, se constituyen por lo tanto en el área tanto económica como social, dado que tienen el aval para la prestación de un servicio que se puede considerar público y social, y de paso generando una garantía y una injerencia en un derecho fundamental.

Cuando dichas garantías sean o hayan sido vulneradas, y estas vayan en contra de los derechos de los ciudadanos, se debe acudir a la norma 1266/08, que tiene parámetros establecidos de vigilancia, lo cual le permite de cierta manera vigilar las actuaciones de dichas centrales de riesgo, de acuerdo a las facultades que para tal fin le ha brindado el Estatuto Financiero en los siguientes términos:

Art. 17. (...) En los casos en que la fuente, usuario u operador de información sea una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, ésta ejercerá la vigilancia e impondrá las sanciones correspondientes, de conformidad con las facultades que le son propias,

*según lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las demás normas pertinentes y las establecidas en la presente ley.*¹⁰¹

De otro lado, se tiene que la norma del hábeas data, le ha facultado a la Superintendencia Financiera de Colombia (SIF), y a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), la facultad para sancionar a dichos operadores en el siguiente contexto:

*Art. 18. Sanciones. La SIC y la SFC podrán imponer a los operadores, fuentes o usuarios de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países (...) las siguientes sanciones:
(...)*¹⁰²

4.3 LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CUANDO LLEGAN A SER VULNERADOS POR LAS CENTRALES DE RIESGO

4.3.1 El Derecho a la Intimidad. Es pertinente tener en cuenta cuál es el concepto que sobre el tema existe, dado que se pueden involucrar elementos que no son de resorte de la presente investigación, a lo cual se accede al pronunciamiento que tiene la Real Academia Española, organismo que define la intimidad como: “*Amistad íntima. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.*”¹⁰³. En otra publicación se define el vocablo así: “*Amistad íntima. Parte personalísima de los asuntos de un sujeto o de una familia*”.¹⁰⁴

Desde el punto de vista jurídico, se parte del postulado constitucional artículo 15, donde se afirma: *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar....* En este sentido la Carta del 91 está consagrando como un elemento de protección, que pertenece al ámbito personal y

¹⁰¹ *Ibíd.* Art. 17

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <http://www.wordreference.com/es/en/frames.asp?es=intimidad>

¹⁰⁴ DICCIONARIO HISPÁNICO UNIVERSAL. Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española. Tomo II Léxico G-Z. W.M. Jackson, Inc., Editores. México, 1978, pág. 824.

familiar de la persona; de igual forma está definiendo que todas las personas en Colombia gozan de dicha protección en lo que concierne a la vida privada.

El constituyente al hacer referencia al derecho a la intimidad, se refirió a la persona y a su privacidad en sí, es decir, que frente a cualquier intromisión o injerencia, entendiéndose que no sólo debe ser lo íntimo sino la privacidad, que la intimidad no sólo tiene un alcance restringido, referido a la defensa personal de este derecho frente a cualquier intromisión o injerencia del Estado o de terceros, sino que, también, tiene un alcance amplio en el cual se incluyen otras esferas de protección como la intimidad familiar, la social y la gremial, a lo cual en el año 2004, la Corte Constitucional adujo:

Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15). La primera, alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizados aspectos íntimos de su vida. La segunda, responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes entro del cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. La tercera, involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse -en estos casos- el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana¹⁰⁵. Finalmente, la intimidad gremial se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse -conforme a derecho- la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual (C.P. Art. 61).¹⁰⁶

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia SU-256 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo mesa, referente a la protección de los derechos a la dignidad humana y a la intimidad personal, en relación con la improcedencia de pruebas de V.I.H. para acceder o permanecer en una actividad laboral.

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-787/2004. Ref. Exp. T-722765. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D. C., 18 de agosto de 2004.

Como se puede apreciar el derecho a la intimidad se encuentra protegido no solamente en la Constitución Política de 1991, sino que se refiere también a la familiar y según la jurisprudencia citada, no sólo se reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, sino a la intimidad social y gremial. La violación de este derecho se encuentra reconocido por la ONU., en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Título III del Código Penal Colombiano hace referencia a los: *Delitos contra libertad individual y otras garantías* (Art. 192/197), protegiendo el derecho a la intimidad, donde establece las diferentes formas de violación. En el año 1997, se emitió el decreto 1543, como reglamentario de VIH y sida, en el cual se define como:

*Art. 2º DEFINICIONES TÉCNICAS. Para los efectos del presente decreto, adóptanse las siguientes definiciones: (...) Intimidad: Condición de la persona que le permite conservar su existencia con el mínimo de injerencia de los demás, para así lograr el libre y armónico desarrollo de su personalidad. Comprende tanto el respeto a la intimidad personal y familiar, como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados, al permitir que la persona controle la información sobre sí misma.*¹⁰⁷

Concatenados con los citados pronunciamientos de la Corte Constitucional, se puede aseverar que han evolucionado y establecido la normativa penal y general sobre el tema de manera fundamental; puesto que las normas pueden tangencialmente ayudar a proteger un derecho, la jurisprudencia garantiza directa y específicamente el derecho de protección de datos personales y por ende el derecho fundamental de intimidad.

Es por lo tanto, la fuente perfecta para llenar los vacíos que aparentemente tiene la norma penal, pues al no especificar los derechos inherentes a la persona, es el turno a la Corte Constitucional, quien ha normalizado dicha legislación.

¹⁰⁷ DECRETO 1543 de junio 12 1997. Minsalud. Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS). Diario Oficial No. 43.062, del 17 de junio de 1997. http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1997/junio/12/dec1543121997.pdf

Teniendo en cuenta igualmente, que la Acción de Tutela establecida desde el año de 1991, es la herramienta que se tiene a fin de salvaguardar las violaciones de derechos fundamentales que han sufrido las personas cuando se trata, no solamente del derecho a la intimidad, sino de aquellos derechos inherentes a su propio ser, como lo es el derecho al habeas data o privacidad.

Estos precedentes permiten ver la estrecha relación que el derecho a la intimidad guarda con otras disposiciones plasmadas en la Constitución Política de 1991, como las que consagran la libertad de cultos, el que nadie puede ser molestado en su domicilio, ni ser molestado en su persona o familia, la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, la reiteración de que la intimidad de la familia es inviolable, a lo cual la Corte Constitucional le da el derecho a la intimidad un carácter constitucional autónomo en concordancia con los instrumentos internacionales así:

... como ejemplo, encontramos: el Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde se señala que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”, indicando a su vez que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. De igual forma, en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prescribe que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” También fue consagrado en el artículo 8.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, donde se dispuso que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, y el Art. 11.2 del Pacto de San José de Costa Rica dispone a su vez que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-437. Ref. Exp. T-832492. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D. C., 6 de mayo de 2004.

En concatenación con los postulados constitucionales que se refieren no solo a la intimidad de las personas, sino también a la intimidad del entorno familiar, sentando jurisprudencia en reconocer que la intimidad personal y familiar, debe entenderse en similitud de condiciones a la gremial y social.

Se puede afirmar que el Art. 189° de la norma penal, al proteger la inviolabilidad del domicilio, de hecho y directamente tutela el lugar íntimo que es su hogar, protegiendo de esta manera y directamente la privacidad del individuo.

En el mismo sentido, el Art. 192° protege directamente la privacidad de la correspondencia (lo que hoy en día sería la correspondencia electrónica, pues la correspondencia en papel, está en vía de extinción); a lo cual vale la pena tener en cuenta el concepto que sobre el tema tiene el tratadista Casabona, quien afirma:

... en el sector privado también se ha percibido que la posesión de información o la posibilidad de acceso a la misma, constituye un instrumento imprescindible para la realización con éxito de ciertas actividades, incluso aunque con ello se afecte la propia intimidad de la persona objeto de su propia información, la cual puede ser utilizada sobre su futuro en cuanto a salud se refiere, como en el caso de los posibles candidatos a un empleo por parte de empleadores, o de posibles clientes por parte de las empresas aseguradoras.¹⁰⁹

Ahora bien, cuando se está haciendo juicio de valoración sobre el derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones comerciales en este caso y, cuando la información inherente a la persona es manejada por entidades de derecho privado, teniendo en cuenta que llega a éste ámbito jurídico dado el manejo o la forma como el ciudadano maneja sus obligaciones económicas ante las instituciones de crédito, ese rol llega a pertenecer realmente a la esfera de su intimidad,

La apreciación al anterior acápite se dilucida cuando la Corte Constitucional, en el año 1995, muchos años antes que apareciera la ley del hábeas data, emitió el siguiente

¹⁰⁹ CASABONA Romero, Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante nuevas tecnologías, p. 164 y ss.

concepto, que de cierta forma en su momento se consideró como legislando, dado el vacío jurídico que para entonces se tenía en relación con el tema, en el siguiente contexto:

La primera pregunta que surge al intentar el análisis de este asunto, es ésta: ¿la conducta de una persona en lo tocante al cumplimiento de sus obligaciones con los establecimientos de crédito y con el comercio, es asunto que sólo pertenece a su fuero íntimo, desprovisto, por lo mismo, de implicaciones sociales? ¿O, por el contrario, es algo que forma parte de su comportamiento social, sobre lo cual los demás miembros de la comunidad, especialmente los dedicados a la concesión de créditos, tengan eventualmente el derecho a recibir información? Cuando el Art. 15 de la Constitución consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, es evidente que ampara, en primer lugar, aquello que atañe solamente al individuo, como su salud, sus hábitos o inclinaciones sexuales, su origen familiar o racial, sus convicciones políticas y religiosas. Ampara, además, la esfera familiar, lo que acontece en el seno de la familia, que no rebasa el ámbito doméstico.¹¹⁰

El derecho a la intimidad es aquella manifestación de la personalidad individual (o familiar) cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados intereses que pueden afectar hasta terceros.

4.3.2 El Derecho al Buen Nombre. También hace parte del postulado constitucional señalado en el artículo 15, donde se afirma: *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar....* Al hacer referencia al buen nombre, es sobre la opinión o concepto que sobre una persona tienen o puedan tener las demás personas que hacen parte de su círculo social, o del lugar donde desarrolle sus actividades, tanto económicas, como el conglomerado social, en lo atinente tanto a su conducta, como a su comportamiento, allí también se deben incluir los elementos que sean propios de su profesión u oficio y que lleguen a considerarse como valores y tópicos propios de cualquier ciudadano.

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-082 de 1995. Ref. Exp. Proceso T- 40.966. Demandante: Gabriel Alberto González Mazo Contra Datacredito de Computec. M.P. Jorge Arango Mejía. Bogotá, 1º de marzo de 1995.

Al respecto la Corte Constitucional emitió la que se puede considerar jurisprudencia hito, sobre el principio al buen nombre en el año 1994, la cual es totalmente válida desde el punto de vista conceptual, en el siguiente contexto:

Toda persona tiene derecho, según el Art. 15 de la Constitución, a su buen nombre, y a cargo del Estado, ha sido establecido la obligación de respetarlo y hacerlo respetar. El buen nombre alude al concepto que del individuo tienen los demás miembros de la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales, antecedentes y ejecutorias. Representa uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social de la persona y constituye factor indispensable de la dignidad que a cada uno debe ser reconocida. Se atenta contra este derecho cuando, sin justificación ni causa cierta y real, es decir, sin fundamento, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen. Pero el derecho al buen nombre no es gratuito. Por su misma naturaleza, exige como presupuesto indispensable el mérito, esto es, la conducta irreprochable de quien aspira a ser su titular y el reconocimiento social del mismo. En otros términos, el buen nombre se adquiere gracias al adecuado comportamiento del individuo, debidamente apreciado en sus manifestaciones externas por la colectividad¹¹¹

Lo que significa a grandes rasgos, que el derecho al buen nombre, no se toma, y por ende no se establece como norma jurídica, sino por el contrario, es algo que se adquiere debido al comportamiento que se tenga dentro de una organización social, donde al hacer referencia a la opinión o al concepto que sobre una persona tienen los demás miembros, en referente tanto a su comportamiento como a su conducta, valores o condiciones humanas.

De igual forma se hace referencia al buen nombre, cuando se califica su entorno o actividad particular que el individuo desarrolle como profesión u oficio que llegue a ejercer.

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-228 de 1994. Ref. Exp. No. T-30518. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 10 de mayo de 1994.

Es decir, quien quiera que se mantenga o proteja tal principio, debe mantener un adecuado comportamiento, el cual debe ser avalado por la sociedad o entorno donde se desarrolla, o donde se tutela tal principio. Por lo tanto, el derecho al buen nombre, es fruto de un comportamiento dentro de un entorno social, el cual como se dice, debe ser avalado por los hechos, conductas o actitudes que tenga la persona, en este caso en la esfera pública; lo que le permite exigir y tutelar tal derecho constitucional, cuando éste se vea vulnerado.

La vulneración de tal derecho en el entorno socio—económico, ha de tenerse como aquel que se perjudica, o se desborda, cuando el titular con sus actuaciones, o con sus incumplimientos, en este caso crediticio ante una entidad comercial, hacen que ésta última demande su cumplimiento, lo que es muy diferente, cuando el buen nombre se vulnera en el entorno público o privado.

Lo que significa, que ciudadano colombiano que actúe de manera deshonesto, o incumpliendo pactos comerciales, en cuanto al cumplimiento de obligaciones comerciales, en este caso pago de créditos, ha de tenerse como aquella que no tiene, ni recibe el buen nombre, por parte de quienes se sienten perjudicados por tales incumplimientos.

Es allí donde se vulnera el derecho al buen nombre, por incumplimientos comerciales, lo que no se puede tutelar, toda vez que, quien o entidad que denuncie un incumplimiento crediticio o comercial, lo hace refiriéndose a una persona calificada como de incumplida o falta de honestidad, cuando no se encuentra al día, o al corriente de sus obligaciones comerciales adquiridas, y que fueron el motivo de cualquier tipo de proceso jurídico, en el cual se pueda ver inmerso.

Por lo tanto la protección que se busque tutelar bajo el buen nombre, ha de ser tenida como aquella de prohibir la exhibición de un nombre, o el nombre de un titular crediticio o que tenga obligaciones contractuales vencidas o de difícil cobro. Este tipo de publicidad cuando se lleva a cabo en lugares donde reside o donde tiene su entorno, en el cual se produjo la obligación, no es tutelable, toda vez que se circunscribe a un entorno, donde ha incumplido, como en el caso de los conjuntos residenciales, allí se puede publicar su nombre, su

dirección e incluso su teléfono, individualizando totalmente a la persona, pero no violando su derecho al buen nombre.

Se violaría el derecho al buen nombre, cuando éste es publicado en un entorno o marco de desarrollo diferente al lugar donde adquirió el compromiso crediticio, hecho que ocurre con las entidades bancarias, quienes tienen la potestad de negar un servicio, cuando el nombre del solicitante se encuentra en las llamadas centrales de riesgo, toda vez que el nombre se circunscribe al ámbito bancario, o comercial, cuando dicha información sea solicitada a tal entidad, a lo cual la Corte Constitucional adujo en el año 2002 que:

Bajo esta perspectiva, debe la Corporación también recordar que los datos que se conservan en la base de información per se no desconocen el derecho al buen nombre, prerrogativa que comporta una relación directa esencial con la actividad personal o individual y social del sujeto afectado. Luego, si el ciudadano o la persona jurídica, no conservan el buen nombre, por ejemplo al hacer mal uso de los servicios financieros y en general de sus obligaciones civiles, comerciales y financieras, a las que accede, y si así es reportado en las certificaciones emitidas por las entidades encargadas de suministrar información sobre solvencia económica no se estaría violando tal derecho, siempre y cuando la información emanada de la entidad sea veraz; en otras palabras, sólo se desconoce el derecho al buen nombre cuando la información suministrada por la entidad pertinente, registre un hecho o un comportamiento carente de veracidad. En consecuencia, si los datos económicos de carácter histórico son fidedignos y muestran el comportamiento crediticio de un sujeto, no pueden violar el derecho al buen nombre, pues en caso contrario, estaría la Corte protegiendo en pie de igualdad, a quienes cumplen con sus obligaciones, frente a quienes no lo hacen, no habiendo entonces una diferencia de trato entre la probidad comercial y el manejo descuidado de estos asuntos, lo cual se constituiría en un ejercicio abusivo y arbitrario de las decisiones judiciales.¹¹²

En esta jurisprudencia, la Corte Constitucional, hace la aseveración, que la permanencia del ciudadano en las bases de datos de la central de riesgo, en su momento podía seguir como aquellos denominados de la lista negra, es decir, que podía seguir reportado por el mal manejo de su crédito con una entidad comercial, lo que no significa que por el hecho de haberlo cancelado, la central de riesgos, debiera de borrarlo o de suprimirlo. En su

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-268 de 2002. Ref. Exp. T-564919. Acción de tutela contra Datacrédito S.A. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., 18 de abril de 2002.

momento no existía legislación que le hubiera avalado o rechazado tal tratamiento hacia el moroso.

Con la ley 1266 de 2008, conocida como hábeas data, se han establecido normas concluyentes a evitar tal abuso por parte de dichas empresas.

4.3.3. El Derecho a la Intimidad Desde la Perspectiva de la Información Personal. El derecho a la preservación de la información personal, también se encuentra tutelado en el postulado constitucional del artículo 15, a lo cual antes de emitir conceptos de valor o de apreciación, es pertinente tener en cuenta lo pronunciado por la Corte Constitucional, establecimiento que en el año 2010, cuando adujo:

Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas. La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio. Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular -dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados "datos sensibles" o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc. Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones: la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al hábeas data. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información....¹¹³ (Subrayado fuera de texto, del autor).

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-640 de 2010. Ref. Exp. No. D-7999. M.P. Mauricio González Cuervo, Bogotá, Agosto 18 de 2010

El organismo constitucional define claramente en el final del contenido citado textualmente, la separación de aquella información que se puede publicar acorde con la Constitución Política de 1991, es decir aquella de carácter prohibitivo, estableciendo una delimitación e identificación entre las personas afectadas y la autoridad competente para su uso.

Por lo tanto, para la Corte la exclusión de los datos personales que se encuentren involucrados en el llamado ámbito jurídico de las empresas de crédito—comerciales, han de ser tenidas en cuenta, como aquellas relacionadas con la intimidad, pero aún así, está delimitando dicha identificación, bien para ser publicadas, o bien como reservadas, y que hacen parte del entorno privado del ciudadano, generándose por tanto un entorno que se puede catalogar como: público—privado, pero con delimitaciones específicas.

4.4 MEDIOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El marco jurídico interno en Colombia le ha establecido a sus gobernados a partir de los postulados de la Constitución Política de 1991 en el Título II, los derechos, las garantías y los deberes que le son propios e inherentes de reclamar y de tutelar, en los cinco capítulos en que se encuentran definidos, están en primer orden los derechos fundamentales, en segundo orden los derechos sociales, económicos y culturales, en tercer orden de citación se encuentran los derechos colectivos y del medio ambiente, en cuarto orden se refiere la Carta del 91, a la protección y aplicación de los derechos, y por último hace referencia en cuanto a los deberes y las obligaciones que deben de acatar los colombianos.

De otro lado, la Constitución Política de 1991 establece en su Capítulo 4° del Título II, lo inherente a la protección y aplicación de los derechos, donde establece los mecanismos e instrumentos constitucionales, que han de ser garantes para dicha protección. De igual forma, en el artículo 85 de la Carta del 91, establece cuáles son los derechos fundamentales de aplicación inmediata, para lo cual es pertinente y enriquecedor el argumento esgrimido por la Corte Constitucional, en cuanto a dichos mecanismos y expuso:

Un derecho fundamental debe gozar de mecanismos de justiciabilidad ordinarios y preferiblemente también reforzados -como en el caso colombiano la acción de tutela. Sin embargo, el que un derecho no goce de tales mecanismos no significa que no sea fundamental, sino que su consagración normativa es defectuosa o incompleta. En el caso colombiano, la Constitución directamente prevé varios mecanismos de protección de derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 86 superior introduce en el ordenamiento constitucional la acción de tutela, un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales que debe tramitarse de manera preferencial por los despachos judiciales y en un término reducido. De otro lado, el artículo 88 prevé la acción popular, un mecanismo reforzado de protección de derechos colectivos con finalidades cautelares y reparatorias de trámite abreviado. Otros mecanismos de creación constitucional son la acción de cumplimiento, artículo 87, y la acción de clase o grupo, artículo 88. Adicionalmente, el artículo 150 superior atribuye al legislador la facultad de establecer otros recursos, acciones y procedimientos que propugnen por la integridad del orden jurídico y por la protección de los derechos. En ejercicio de esta competencia, el legislador ha establecido mecanismos ordinarios y extraordinarios para la defensa del orden jurídico y de los derechos. Los mecanismos ordinarios son aquellos que se tramitan ante las jurisdicciones ordinarias mediante el ejercicio del derecho de acción y cuya finalidad inmediata es resolver las controversias que se suscitan entre los ciudadanos o los ciudadanos y las autoridades públicas y, en este orden, buscan hacer efectivos los mandatos legales y los derechos reconocidos a las personas. Por otra parte, los mecanismos extraordinarios son herramientas de control de validez de las decisiones judiciales y, por tanto, sirven para unificar las decisiones y evitar providencias manifiestamente contrarias al orden constitucional y legal, lo que incluye la verificación del respeto de los derechos fundamentales. A este grupo pertenecen el recurso de revisión y el recurso extraordinario de casación, entre otros.¹¹⁴

Ahora bien, existen constitucionalmente mecanismos que han sido, o fueron creados específicamente para proteger tales derechos, cuales son: Acción de Tutela, Acción de Cumplimiento, Acciones Populares y de Grupo, Derecho de Petición, Habeas Corpus, Habeas Data.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372/11. Ref. Exp. D-8274. M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CH. Bogotá mayo 12 de 2011.

Cada uno de los enunciados, tiene por ende su propio procedimiento, objeto y finalidad, para el caso de la tutela además del artículo constitucional que la crea, los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, regulan la materia.

La Acción de Cumplimiento, se parte de los postulados de la ley 393 de 1997 y de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales. En cuanto a las Acciones Populares y de Grupo, se tienen como normas rectoras, las contenidas en la ley 472 de 1998.

En cuanto al derecho de petición, el régimen jurídico lo toma a partir del artículo 23° constitucional, a lo cual el artículo 5 del Código contencioso administrativo, le dio su desarrollo, con los alcances y tipos de peticiones que se pueden llevar a cabo. Al igual que lo hizo la ley 1437 de 2011 en los artículos 13 a 33, normatividad con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, o hasta que el legislador profiriera la ley estatutaria en desarrollo del derecho fundamental por requerimiento de la Corte Constitucional en sentencia C-818 de 2011 en revisión de la constitucionalidad de la normatividad que regulaba este derecho, y así fue, que reciente se ha expedido la ley estatutaria N° 1755 del 30 de junio de 2015 que regula ahora este derecho fundamental. Por lo tanto el marco jurídico interno, tiene establecido todo un tratado para cada uno de los elementos que protegen los derechos fundamentales.

Es importante señalar como la Ley 1755/15, regulo el tema del derecho de petición organizaciones e instituciones privadas tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes. Respecto a las peticiones ante las empresas o personas que administran archivos y bases de datos de carácter financiero, crediticio, comercial, de servicios y las provenientes de terceros países declaró que se regirán por lo dispuesto en la Ley Estatutaria del Hábeas Data. Adicionalmente impuso a los personeros municipales y distritales y la Defensoría del Pueblo la asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición que hubiere ejercido o desee ejercer ante

organizaciones o instituciones privadas¹¹⁵. Para terminar el artículo 33 dispuso que el derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas. Como las Cajas de Compensación Familiar, a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán los preceptos contemplados en dicha ley.

¹¹⁵ Ley 1755 de 2015. Artículo 32.

PROPUESTA DEL MAGISTER

El acceso a la tecnología y ésta como parte del diario vivir de los colombianos, se ha vuelto en contra de quienes en su momento han acudido a utilizar el sistema bancario financiero, la tecnología de punta permite que a todo momento se pueda monitorear o rastrear los movimientos financieros o bancarios de quienes buscan los servicios allí ofrecidos, por lo tanto, la tecnología le ha permitido a las Centrales de Riesgo poder detectar quien o quienes están haciendo uso del sistema bancario comercial en Colombia.

Para nadie es un secreto que el control y vigilancia, tanto el ejercido por parte del Estado, como por aquellas entidades incluso privadas, han invadido el espacio privado y han convertido dicha usurpación en un negocio rentable, toda vez que quien haya tenido por cualquier motivo un uso no mal intencionado de un crédito o un mal manejo de sus créditos, quedará reportado ante las Centrales de Riesgo como una persona no confiable, así ésta haya cancelado sus deudas pendientes, o se encuentre al día con sus obligaciones crediticias.

Lo anterior no tendría tanta incidencia, sino no fuera por el control y monitoreo que dichas Centrales de Riesgo tienen sobre los colombianos, quienes argumentado y sosteniendo su buena fe y condición económica, se ven catalogados como no viables dentro del sistema financiero, por parte de estas entidades privadas, vulnerando los derechos constitucionales que nos brinda el Estado Social de Derecho.

Ante tal vulneración los usuarios del sistema bancario y financiero, ven como la ley 1266 de 2008 y los argumentos de la Corte Constitucional en la sentencia C-1011 de 2008, no son tenidos en cuenta, por tales entidades, partiendo del principio que son privadas, no estatales, lo cual conlleva que la presente investigación propenda por la creación de un ente estatal que maneje la información económica, entendida ésta como privada según los postulados de la Constitución Política de 1991.

Esto partiendo la iniciativa que nuestra Carta política, donde la estructura tripartita de las ramas del poder público para armonizar con las necesidades de un Estado moderno, ha permitido la creación de órganos autónomos diferentes a las ramas del poder público Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

Al hacer el discernimiento sobre la clase de información que manipulan las centrales de riesgo, nos damos cuenta que es confidencial, como es la económica y financiera, donde están inmiscuidos derechos fundamentales, por lo que no es aceptable desde ningún punto de vista, que este tipo de información y de derechos que se encuentran en juego en el actuar dentro del giro ordinario de estas entidades privadas sean de su dominio y trato, por lo que lleva al autor de esta investigación a que se propenda por la creación de una entidad autónoma, para que administre y tenga la custodia del dato financiero con su debida regulación evitando los costos elevados que se tienen que pagar a las entidades privadas centrales de riesgo por este manejo, y así mantener un servicio especial ajeno a cualquier interés sectorial y por ende a la cabida del fenómeno de la competencia desleal que el Estado refuta, además, el nuevo ente estatal creado con ese fin especial, debe tener entre otros el doble propósito de ser garante y colocar a buen recaudo los derechos fundamentales que toquen con esta función estatal, y dentro de sus fines se mantengan inmaculados los derechos fundamentales que se encuentran de por medio, como son el derecho al habeas data, la información, la intimidad, honra y buen nombre, que esto conlleva automáticamente a materializar y hacer efectivo el postulado constitucional de los fines esenciales del Estado en sus principios, derechos y deberes consagrados en el artículo 2°.

La propuesta es el resultado del uso e infortunadamente abuso de las Centrales de Riesgo quienes han generado justificadas reclamaciones por quienes usan el sistema crediticio en Colombia, lo que les ha llevado a los perjudicados a recurrir a herramientas tan propias de los derechos fundamentales como lo es la Tutela, y a la cual los pronunciamientos de la Corte Constitucional, han avalado tales reclamaciones de la cual los jueces de la republica ven como día a día se surten demandas sobre tales derechos fundamentales como son la vulneración de la información personal y confidencial crediticia.

Lo que significa, que la creación de una entidad que cumpla funciones administrativas dentro de la estructura del Estado, han de ser de mucho cuidado, con funciones y resultados específicos, pero que éstos no vayan en contravía de los postulados que exige un Estado Social de Derecho, y mucho menos, en inversión al marco jurídico interno vigente.

PROYECTOS DE LEY SOBRE EL HABEAS DATA CURSANDO EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

En el Congreso de la República cursan los siguientes proyectos de ley relacionados con derecho Fundamental al Habeas Data, las centrales de Riesgo entre otros:

- CÁMARA RADICADO 20/07/14 Comisión III C Comisión III S Servicios financieros y centrales de riesgos PL 036/14C PL 155/15S Por medio de la cual se dictan normas en materia de costos de los servicios financieros, reportes en centrales de riesgo y se dictan otras disposiciones.

HR. David Barguil Cámara Coords. HH.RR Alejandro Carlos Chacón, David Barguil Ponentes: HH.RR Jhon Jairo Cárdenas, Jair Arango Torres Senado HS Bernardo Miguel Elías Vidal

1 debate 2 debate 3 debate 4 debate Conciliación Sanción 380/14 603/14 849/14 255/15 599/15 Diciembre /15

Fue aprobado en primer debate en la comisión III de la Cámara, fueron incluidos los comentarios de la SIC. 11/12/14

Se radicó ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes. 30/04/15 Fue aprobado en segundo debate en plenaria de Cámara, hace tránsito a comisión III de Senado¹¹⁶.

El citado proyecto de ley busca que los usuarios financieros no sean reportados con las centrales de riesgos, en el sentido de que si tiene pequeñas deudas financieras pendientes, o que puedan disponer de los capitales que se tengan en las cuentas o cuenta del usuario, éste pueda ser utilizado sin ninguna restricción, dado que se tenía un límite mínimo deposita en la cuenta, ahora con el citado proyecto el usuario podrá disponer del capital que tenga en cualquier cuenta bancaria.

¹¹⁶ http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Seguimiento_Legislativo_Diciembre_2015.pdf

Otro aspecto relevante tiene que ver que si el usuario tiene una cuenta inactiva por más de sesenta días, no tendrá que pagar ningún tipo de estipendio por tener dicha cuenta en estado inactivo. De igual modo el usuario no podrá ser castigado u obligado a pagar ningún tipo de cuota o valor de tipo retroactivo al momento de hacer depósitos o movimientos de su cuenta.

Como aporte final, se obliga a las entidades bancarias a pagar el más mínimo valor rentable por las cuentas de ahorro que tengan los usuarios.

- CÁMARA RADICADO 20/07/14 Comisión III C Comisión III S Servicios financieros y centrales de riesgos PL 036/14C PL 155/15S Por medio de la cual se dictan normas en materia de costos de los servicios financieros, reportes en centrales de riesgo y se dictan otras disposiciones.
HR. David Barguil Cámara Coords. HH.RR Alejandro Carlos Chacón, David Barguil Ponentes: HH.RR Jhon Jairo Cárdenas, Jair Arango Torres Senado HS Bernardo Miguel Elías Vidal
1 debate [C] 2 debate [C] 3 debate [S] 4 debate [S] Conciliación Sanción 380/14 603/14 849/14 255/15 599/15 Diciembre /15
Fue aprobado en primer debate en la comisión III de la Cámara, fueron incluidos los comentarios de la SIC. 11/12/14
Se radicó ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes. 30/04/15 Fue aprobado en segundo debate en plenaria de Cámara, hace tránsito a comisión III de Senado¹¹⁷
- PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA N° 095 DE 2015 Cámara. Por medio del cual se modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008, y se dictan disposiciones generales del habeas data con relación a la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.
H.S. Luis Fernando Velasco Chaves Ponente: H.R. Julián Bedoya Pulgarín Proyecto Publicado. Gac: 639/15.
Se observa como el legislador ha considerado necesario la regulación en los temas arriba tratados., Sin embargo a la fecha junio de 2016 aún no se han sancionado las respectivas disposiciones normativas.
- Cámara de Representantes, Ponencia proyecto de ley 066/15C, 29/09/2015 “Por medio de la cual se modifica la ley 1328 de 2009”.
El proyecto de ley que adicionaría un literal nuevo al artículo 5° de la Ley 1328 de 2009, y que establecería como derecho de los consumidores financieros no ver

¹¹⁷ Ibídem.

reducido su puntaje o score crediticio por la realización de consultas de su información crediticia, comercial o de servicios, cuando estas sean hechas a motu proprio o por terceras personas, por ninguna central de información o central de riesgo, ni a que se tenga en cuenta la consulta a la central de riesgo o de información como causal de disminución de su puntaje o score crediticio. La iniciativa busca velar y proteger los derechos de los clientes y/o usuarios financieros, quienes son reportados de forma negativa por las centrales de información y de riesgo, no solo por el incumplimiento de sus obligaciones crediticias o alto endeudamiento, sino también por la ocurrencia de otras situaciones de hecho, como lo es la consulta; es decir crear un derecho a favor de los consumidores financieros para evitar las conductas abusivas de parte de las centrales de riesgo y centrales de información es vital para dar aplicación efectiva a los derechos de petición, obtención de información, buen nombre y libre competencia económica.¹¹⁸

¹¹⁸ ElEspectador.com mayo 15 de 2015. (En línea) Sistema Financiero. (Citado en abril 15 de 2016) <http://www.elespectador.com/noticias/politica/tatequieto-centrales-de-riesgo-consultas-de-ciudadanos-articulo-560375>

CONCLUSIONES

El Estado en su estructura tripartita de las ramas del poder público, y a partir de la carta política de 1991 permite la creación de entidades autónomas independientes.

La atribución de la función administrativa a particulares se debe cumplir en las condiciones que señale la ley, y sus entidades creadas y/o autorizadas por la misma.

Las centrales de riesgo no tienen creación legal, ni son entidades gubernamentales, pero han asumido un rol propio de un organismo del Estado.

Las centrales de riesgo al no tener un origen ya sea constitucional o legal, no tienen carácter estatal, y por el contrario pertenecen a la esfera del sector privado, que se benefician de un buen margen de ganancias, y que han asumido de hecho actividades que son propias del Estado, como la de viabilizar y condicionar el acceso de las personas al sector financiero y comercial.

Los derechos fundamentales de los colombianos se encuentran tutelados en la Constitución Política de 1991, por lo cual no se pueden vulnerar, y mucho menos por parte de una entidad privada, como lo han venido haciendo reiteradamente las Centrales de Riesgo.

Aseveración que tiene su aval en los pronunciamientos a las acciones de tutela que han sido respondidos por parte de la Corte Constitucional en sus fallos, los cuales han sido citados a lo largo de la presente investigación.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha establecido que el servicio o actividad financiera en Colombia es de carácter público, y de interés público al tenor del artículo 335 de la Constitución Política de 1991, el fundamento de la acción de tutela a partir de la prestación de un servicio por parte de las entidades financieras, incluidas allí las famosas Centrales de Riesgo, se fundamenta en la calidad del servicio público prestado, lo cual es discutible, dado que la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares no se

da, en contravía a la jurisprudencia constitucional, por la aceptación de la tutela en contra de las Centrales de Riesgo, como entidades de carácter privado.

Lo anterior a partir del concepto del autor de la presente investigación puesto que como se asevera, las Centrales de Riesgo no prestan un servicio público, y los bancos menos, dado que son entidades financieras con capital privado. De igual forma, si estas entidades causan un daño y si ese daño ha sido contra el manejo y violación de la información privada de un ciudadano, están en la obligación de resarcirlo, pero las Centrales de Riesgo, no pueden supuestamente, violar los derechos fundamentales de las personas, pero aun así desde este punto de vista, si lo hacen, de no existir los diversos pronunciamientos jurisprudenciales, que lo han corroborado.

Por lo que la improcedencia cuando se tutela un derecho en contra de una actividad que desarrolla una entidad o particular de carácter privado, que es lo que hacen las Centrales de Riesgo, ha de calificarse como inadecuada.

Mereciendo especial atención el siguiente análisis final, en el entendido que si la Corte Constitucional ha proferido sentencia sobre la violación al derecho a la intimidad, al manejo de los datos personales de los colombianos, estamos ante un desacierto jurisprudencial, toda vez que la misma Corte Constitucional avala tal violación de principios por una entidad u organización de carácter privado y comercial.

No es comprensible que en aras del entendimiento jurídico y de la ilustración que el tema amerita, con los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, se está permitiendo que el manejo de los datos privados personales de los colombianos sean puestos en la palestra pública, donde una decisión de las Centrales de Riesgos en este caso, afectan la libertad económica y financiera de los colombianos.

Toda vez que si no se tiene el aval de las Centrales de Riesgos, los colombianos, o quienes hayan caído en tal debacle por un manejo que en un momento pudo dar quien acude a los servicios crediticios comerciales—bancarios, y teniendo especial énfasis que quien haya

cancelado o saldado sus deudas adquiridas, aun así dichas Centrales de Riesgo castigan a quien haya hecho dicho manejo y aunque lo haya cancelado, con la no liberación o entrega de un aval por parte de una entidad privada con ánimo de lucro, como lo son dichas centrales.

Es por demás ajustado a derecho, que los derechos fundamentales de las personas no se han de violar por entidades y muchos menos de carácter privado comercial, los derechos fundamentales se violan cuando estos son inherentes al ser humano, como el derecho a la salud, como ejemplo inicial, pero que se viole un derecho con facultad por parte de la jurisprudencia y con permisividad de la ley por una entidad con ánimo de lucro y de carácter comercial, es un gran desacierto de la administración de justicia y del contexto de nuestro ordenamiento jurídico, de lo cual el autor del trabajo investigativo se aparta y rechaza esta situación dada.

Si lo anteriormente expuesto tiene una razón jurídica de serlo, el autor con este estudio ha demostrado que no siempre por ser y por tener un reconocimiento jurídico y jurisprudencial una actividad, esta se permita y tenga un tinte legal y menos legítimo, y mucho menos cuando existen y seguirán existiendo reclamaciones por las razones expuestas contra las Centrales de Riesgos, pero que al tenor de lo expuesto por la Corte Constitucional, este organismo constitucional se limita a exigir que en el manejo de la información se tenga un cuidado riguroso, pero en ningún momento se ha manifestado en contra de la violación de los derechos fundamentales de las personas por parte de una entidad comercial de carácter privado.

Se expresa un sentir que ha venido haciendo carrera entre la ciudadanía y que no es más que la expresión y controversia entre el derecho de los ciudadanos frente al manejo que el sector financiero le ha dado a la información privada comercial, y el derecho de todo ciudadano a su intimidad, así como de los diferentes criterios que deben usarse para resolver este dentro de un ‘conflicto de intereses’.

Ahora bien, en el largo recorrido que del tema se ha hecho, también se evidenció la no atención o cuidado que debieran de tener las Centrales de Riesgo en cuanto al manejo de la información se refiere, dado que aun cuando la Corte Constitucional exhorta a dichas entidades a tener la debida precaución en el manejo de la información del usuario del sistema crediticio y bancario, las Centrales de Riesgos persisten en su manejo privado y a voluntad propia perjudicando enormemente a quienes han caído y experimentado dicha circunstancia al tenor de la ley 1266 de 2008,

Acorde con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la tutela en Colombia se tiene como un mecanismo preferente sumarial, el cual procede cuando se le han violado, o se sientan amenazados los derechos fundamentales a la persona de forma inmediata y expedita. Dicha acción se hace contra las autoridades públicas o contra los particulares que presten un servicio público, entiéndase que el servicio bancario no es un servicio público, toda vez que proviene de entidades con capital y administración privada. y cuya conducta llegue afectar, bien el interés colectivo o individual. Constituyéndose de esta manera en el mecanismo excepcional e idóneo para reclamar tales vulneraciones.

Pero del mismo modo se tiene que las autoridades privadas o particulares que presten un servicio público pueden llegar a enmarcarse dentro de quienes puedan llegar a vulnerar los derechos fundamentales de las personas, lo que va en contravía del concepto de tutela y su desarrollo, toda vez que una entidad privada que presta un servicio privado, no podría vulnerar los derechos fundamentales de las personas, hecho que en Colombia ha venido sucediendo por parte de las Centrales de Riesgo.

El abuso que ejercen las Centrales de Riesgo han venido generando preocupación en los ciudadanos, quienes al tenor de las acciones de tutela, muchos no hacen uso del sistema crediticio bancario, por estar reportados en tales entidades, coartando los derechos que les asiste en la utilización de créditos, aún más, cuando dichas personas se encuentran al día en sus obligaciones, y las Centrales de Riesgos abusando de la información que poseen y que al mismo tiempo utilizan las entidades crediticias, no les extiende su certificado de cancelación de las obligaciones adquiridas.

Queda expuesta la razón jurídico—social de la presente investigación, la cual el autor espera que en futuras ocasiones, se pueda continuar con la misma, para buscar que el apoyo que pueda aportar la academia sea en bien de los colombianos que en muchas ocasiones se han sentido vulnerados en sus derechos por parte de tales instituciones privadas.

APORTE ACADÉMICO

Las Centrales de Riesgo no tienen creación legal o constitucional, y por ende no son entidades gubernamentales, por el contrario hacen parte del sistema económico privado, con intereses sectoriales y con un margen de rentabilidad su favor, han asumido el rol propio de cualquier organismo del Estado, en el sentido de calificar y certificar la buena fe de los ciudadanos con base a la administración de la información financiera, crediticia y comercial, certificando y dando fe, del comportamiento histórico de las personas frente a sus obligaciones de crédito, y con ello recomiendan la viabilidad, o de entenderse de otra manera la legalidad de su condición para hacer uso del sistema bancario o vida activa comercial, de ahí, que las personas nacionales o extranjeras en cuanto a su vida financiera y crediticia, tengan que depender del real querer y arbitrio de estas entidades privadas que administran la información, y certifican sobre el grado de confianza que se puede tener sobre determinada persona, para cualquier acto o servicio de tipo financiero o comercial.

El comportamiento de estas entidades privadas conculca el derecho fundamental de privacidad de las personas contenido en el postulado constitucional número 15 de la Constitución Política de 1991, que estos derechos y deberes por ser de carácter fundamental, y por ende, deben ser regulados por una ley estatutaria en los términos del artículo 152 con el trámite establecido en el artículo 153 constitucional, y la entidad que desempeñe esta actividad o función administrativa mediante la descentralización por servicios debe ser de creación legal y con el otorgamiento de las correspondientes facultades para el ejercicio.

De otra parte, el manejo arbitrario dado por estas entidades privadas administradoras de la información crediticia, cuando la persona titular de la información han incurrido en mora, a pesar del hecho que los ciudadanos sufraguen todas sus obligaciones crediticias de manera inmediata, no recuperan el aval de buen comportamiento de crédito en el mismo término, manipulando la información, idoneidad y buen nombre del ciudadano titular de la información, en el hecho de no expedir por parte de las denominadas centrales de riesgo el

visto bueno de idoneidad y cumplimiento, por lo que los ciudadanos afectados han tenido que incoar en no pocas oportunidades la acción de tutela, donde el juez de tutela, al tutelar el derecho fundamental del habeas Data y Buen nombre de la persona exigen a las entidades privadas la liberación del dato negativo en la base de datos y a extender el aval de cumplimiento exigido, requerido y consultado por las entidades crediticias.

Situaciones que se dan en sí mismas por la ausencia de regulación legal en la materia, pues fue hasta el 2008 con la ley Estatutaria 1266, que se asignó la función de control a la superintendencia financiera de Colombia en aspectos solo de forma, en cómo se debe llevar la administración de los datos.

Este es uno de los servicios que debe ser prestado por el Estado para la consecución de sus fines, que es una función de categoría Constitucional, el Estado está permitiendo el manejo y administración de la información financiera y de crédito al sector privado, al igual como lo hace con otras entidades privadas que prestan servicios públicos, pero a diferencia de aquellas, las entidades privadas denominadas centrales de riesgo, no tienen una creación y/u origen constitucional o legal, donde se reitera, se pudo haber concebido esta función en cabeza de una entidad pública ya existente, o en una nueva creada con los presupuestos constitucionales y legales para el efecto, para garantizar por parte del Estado los derechos y libertades que se encuentran en juego.

Teniendo en cuenta, que los organismos del Estado creados por la Carta Política de 1991, no es taxativa, al no estar limitada la creación de otros, pues, la voluntad del Constituyente dejó la puerta abierta a la posibilidad de la creación de nuevas entidades públicas, o la asignación de nuevas funciones a las entidades administrativas ya existentes, se estaría hablando de una entidad descentralizada por servicios como entidad integrante de la rama ejecutiva del poder público.

Si la descentralización administrativa en sus diversas formas, son un elemento estructural dentro de la organización del Estado, donde hay un traslado de competencias como elemento primordial para el mismo en la consecución de sus fines, entonces no es

desacertado pensar en la creación un nuevo organismo para ejercer esta actividad especializada y bajo el control del poder central.

Aquí es donde se llega a concluir que estas entidades con personería jurídica y como sujetos de derecho privado, por las vías de hecho están adaptando las funciones y obligaciones del Estado como si fuesen una Autoridad Administrativa en el sector económico, sin un estricto control por parte del Estado, siendo en la titularidad de éste donde se encuentra la garantía de la salvaguarda de los derechos fundamentales y demás libertades en la función de administrar la información, comportamiento financiero y aval crediticio de los gobernados, entendida la información como confidencial y personal privada.

Las actividades de la función pública por parte de los particulares, solamente se pueden ejercer en las condiciones determinadas y señaladas por la ley y al servicio del interés general, donde cualquier interés particular debe ceder ante este, y la actividad de obedecer a un control legal, a los principios de la función pública y en cumplimiento de los fines del Estado, ahí donde se debe analizar el ejercicio de la actividad de estas Centrales de Riesgo, en la medida como lo ha dejado ver este trabajo investigativo, estas entidades privadas se mueven por intereses sectoriales, por el beneficio particular por lo que están lejos de atender los principios Constitucionales de la función administrativa, sin contar con el manejo y administración de los derechos fundamentales que constantemente se encuentran vulnerados y otros amenazados.

Estas entidades privadas no asumen la responsabilidad pública que debieran asumir en el ejercicio de su actividad, que si bien, el ejercicio que vienen desplegando las Centrales de Riesgo se les hubiese atribuido legalmente o desde la forma de la descentralización, aunque no ostentaran la calidad de servidores públicos estarían asumiendo las responsabilidades penales, disciplinarias, civiles y fiscales como está consagrado en las disposiciones constitucionales.

Estas sociedades privadas que se han especializado en la custodia manejo y administración de la información, su actuar lo han amparado en el derecho de informar y se han tomado el control de la historia crediticia de las personas, al igual que el de su comportamiento de carácter personal y privado sobre los cumplimientos e incumplimientos de sus obligaciones crediticias.

La Corte Constitucional en el año 2008 con un control de constitucionalidad de la ley estatutaria del Habeas Data, hizo un valido pronunciamiento relacionado con el habeas data, en el sentido que su temática debe pertenecer al imperio del legislador y su voluntad legisladora proferirse a través de una ley estatutaria.

Entre otros tantos asuntos relacionados con el habeas data y que ha sido tema de pronunciamiento jurisprudencial ha sido sobre el fenómeno de la caducidad del dato, donde se presenta una especie de constreñimiento ilegal contra el usuario, y de paso incurriendo con tal conducta a la vulneración de otros derechos como es el postulado constitucional del debido proceso, teniendo en cuenta que esta máxima es ajustable a toda actuación judicial o administrativa y conforme a las disposiciones de ley preexistentes, con políticas claras preconcebidas para cada juicio, donde se puede afirmar que de alguna manera estas entidades privadas están administrando justicia con unos mecanismos y procedimientos poco ortodoxos.

En no pocas situaciones el titular de la información aun habiendo sufragado sus obligaciones crediticias, persiste en el tiempo el dato negativo por la morosidad, al igual conculcando derechos sin tener las garantías legales del principio de contradicción y de imparcial proferido por un tercero u operador jurídico que administre justicia.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVIDAD

DECRETO 410 marzo 27 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971

DECRETO 2150 de mayo de 1995. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. El Presidente de la Republica de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 83 de la Ley 190 de 1995, oída la opinión de la Comisión prevista en dicho artículo, y. Diario Oficial No. 42137, mayo 12 de 1995.

LEY 810 de junio 13 de 2003. Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 45220 de junio de 2003.

DECRETO NÚMERO 1082 de mayo 26 de 2015. Departamento Nacional de Planeación. "Por Medio del cual se Expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional".

LEY ESTATUTARIA 1266 DE diciembre 31 de 2008. “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 47.219 de 31 de diciembre de 2008.

DECRETO No. 4886 de 2011. Art. 14. Diario Oficial, año CXLVII. N. 48294. 26, dic. 2011. Pág. 54.

LEY 190 de junio 6 de 1995. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial No. 41.878, de 6 de junio de 1995

LEY 489 de diciembre 29 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

DECRETO LEY 4057 del 31 de octubre de 2011, reglamentado por el decreto 1303 de 2014

DOCTRINA

CASABONA Romero, Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante nuevas tecnologías, p. 164 y ss.

CANO, Rodolfo. Descentralización Fiscal y Eficiencia en los Servicios Sociales a Nivel Departamental y Distrital en Colombia (2001-2005). Facultad de Economía, Universidad de la Salle. Bogotá, octubre 2006 pág. 9.

CASADO Laura. Diccionario Jurídico. Editorial Valletta Ediciones. Buenos Aires, Rep. Argentina, 2009, pág. 292

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Elementos básicos del Estado Colombiano, Bogotá, Febrero 2010. pág. 23.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. 2ª Edición, Editorial Legis, Bogotá, 2006. Pág. 65-66.

INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO. Descentralización y entidades territoriales procuraduría delegada para la descentralización y las entidades territoriales: “Transferencia de competencias y/o funciones y recursos a una persona pública de carácter técnico o especializado.” Bogotá, Nov. 2011. Pág. 16.

SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano, V Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1977, Pág. 191/2.

SIERRA PORTO, Humberto. La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho Privatizado. En Jurídicas 5 (1). Universidad de Caldas. Bogotá, julio 1 de 2008.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA Concepto No. 1999040763-0 del 30 de Junio de 1999

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

C-372/11. Ref. Exp. D-8274. M.P. Jorge I. Pretel CH. Bogotá mayo 12 de 2011.

C-640/10. Ref. Exp. No. D-7999. M.P. Mauricio González Cuervo, Bogotá, Agosto 18.

C-984/10. M.P. Gabriel E. Mendoza M. Bogotá 1º de diciembre.

T-164/10. Ref. Exp. T-2444261. M.P. Jorge Iván Palacio P. Bogotá, 8 de marzo.

C-1011/08. Ref. Exp. PE-029. M.P. Jaime C. Triviño, Bogotá, Octubre 16.

C-693/08. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

C-993/04. Ref. Exp. D-5134. M.P. Jaime Araújo Rentería. Bogotá, 12 de octubre.

T-437/04 Ref. Exp. T-832492. M.P. Dra. Clara I. Vargas H. Bogotá, 6 de mayo.

T-787/04. Ref. Exp. T-722765. M.P. Rodrigo E. Gil. Bogotá, 18 de agosto.

C-356/03. Ref. Exp. D-4313. M.P. Jaime Araujo R. Bogotá, 6 de mayo.

T-592/03. Ref. Exp. T-517288 M.P. Alvaro Tafur G. Bogotá, 17 de julio.

T-268/02. Ref. Exp. T-564919. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., 18 de abril.

C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis

C- 543/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis

C-727/00. Ref. Exp. D-2696. M.P. Vladimiro Naranjo M. Bogotá, Junio 21.

C-561/99. Ref. Exp. D-2376 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, agosto 4.

C- 671/99. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

C-189/98 Ref. Exp. D-1859 M.P Alejandro Martínez Caballero Bogotá, mayo 6

C-866/99 Ref. Exp. D-2369. M.P. Vladimiro Naranjo M. Bogotá, noviembre 3.

C-631/96 Ref. Exp. D-1326. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, noviembre 21.

C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

C-020/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz

SU-082/95. Ref. Exp. 40.966. M.P. Jorge Arango M. Bogotá, 1º de marzo.

T-228/94. Ref. Exp. No. T-30518. M.P. José Gregorio Hernández G. Bogotá, 10 de mayo.

T-412/92. Ref. Exp. T-875. M.P. Alejandro Martínez C. Bogotá, Junio 17.

T-486/92. Ref. Exp. T-1900. M.P. Alejandro Martínez C. Bogotá, agosto 11.

WEBGRAFÍA

Corte Constitucional. Comunicado de Prensa No. 23 de junio 1 de 2016.

PENAGOS, Gustavo. LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL EN EL ESTADO UNITARIO. Universitas. Pág. 5ª.
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/9-24.pdf.

Definición de la Dirección de Desarrollo Territorial —DDT— del DNP en su página de Internet; Véase: http://www.dnp.gov.co/01_CONT/DES_TERR/Desc.htm; (consultado 8 de abril 2014).

MANOTAS GONZÁLEZ, Norha. Participación Ciudadana. Mito y realidad en la gestión pública. Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. Pág. 325.

ESTATUTO DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS. (En línea). Ley 1579 de 2012. (citado en marzo de 2014).
<https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/publicaciones2012y2013/estatutoregistrat.pdf>.

www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=11293

Experian Colombia S.A. Es la persona jurídica que opera el banco de datos o central de información a que se refiere este Código, con facultades para recolectar, almacenar, procesar y suministrar información. (en adelante Data Crédito®)
<http://www.datacredito.com/dc/wcm/connect/62bd813d-d656-44ac-9f74-d065bebc764b/C%C3%B3digo%2Bde%2BConducta.pdf?MOD=AJPERES>.

Inicialmente CIFIN fue creada en 1981 como una Central de Información Financiera de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia -Asobancaria,
<http://cifin.asobancaria.com/CifinWeb/Cifin/QuienesSomos.html>

Es un servicio de información que le brinda mayor facilidad y comodidad para acceder a su historial crediticio, incluyendo reportes positivos y negativos, para dar cuenta de sus hábitos de pago como cliente potencial para el comercio.
<http://www.fenalcoantioquia.com/servlets/SeccionesServlet?idSeccion=601>

Federación Nacional de Comerciantes – FENALCO
www1.urosario.edu.co/.../habeas/.../Presentación_Habeas_Data_Fenalco
Reúne en Colombia a más de 18.000 empresas del sector comercio, diseminadas por todo el país, que disponen un número muy significativo de ellas de establecimientos de comercio, agencias o sucursales, que hacen crecer el número de puntos de venta. (65.000).

CIFIM. Burfó de Crédito. <http://cifin.asobancaria.com/CifinWeb/Cifin/QuienesSomos.html>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

<http://www.wordreference.com/es/en/frames.asp?es=intimidad>

DICCIONARIO HISPÁNICO UNIVERSAL. Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española. Tomo II Léxico G-Z. W.M. Jackson, Inc., Editores. México, 1978.

Minsalud. Decreto 1543 junio 12 de 1997. Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS). Diario Oficial No. 43.062, del 17 de junio de 1997. http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1997/junio/12/dec1543121997.pdf
f.