

PROYECTO DE LEY NUMERO ____ DE 2015
SENADO

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

El Congreso de Colombia

Decreta:

Artículo 1. Objeto: La presente Ley tiene por objeto adicionar la Ley 1266 de 2008, fortaleciendo el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones contenidas en bases de datos del sector financiero, crediticio, comercial, de servicios y proveniente de terceros países, desarrollando el Artículo 15 de la Constitución Política, los derechos fundamentales al Habeas Data y la Auto Determinación Informática de manera sectorial, además brinda mayores herramientas para la protección de los mencionados derechos.

Artículo 2: Modifíquese y Adiciónese tres párrafos al Artículo 13 de la ley 1266 de 2008 que quedará así:

Artículo 13. Permanencia de la información. La información de carácter positivo permanecerá de manera indefinida en los Bancos de Datos de los operadores de información. Los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, se registrarán 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 a consultar dicha información. El término de permanencia de esta información será igual al tiempo de mora, máximo dos (2) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea extinguida la obligación.

Parágrafo 1: Cuando la obligación este en mora, el dato negativo y los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, caducaran un vez cumplido el término de cinco (5) años de la prescripción de la acción ejecutiva establecidos en el artículo 2536 del Código Civil, contados a partir del momento en que se hace exigible la obligación.

Parágrafo 2: En las obligaciones inferiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, el dato negativo será suprimido de inmediato una vez sea extinguida la obligación.

Parágrafo 3: Toda información negativa o desfavorable que se encuentre en bases de datos y se relacione con calificaciones, record (*scorings-escort*) o cualquier tipo de medición financiera, comercial o crediticia, deberá ser actualizada quedando en nivel de riesgo normal de manera simultánea con el retiro del dato negativo o con la cesación del hecho que generó la disminución de la medición.

Artículo 3: Adiciónese el numeral 11 al Artículo 8 de la ley 1266 de 2008, el cual quedará así:

11. Reportar la información negativa de los titulares, máximo (2) años después de hacerse exigible la obligación.

Artículo 4: Adiciónese el Numeral 6 al Artículo 9 de la ley 1266 de 2008, el cual quedará así:

4. Solo se podrá acceder a la información contenida en las Centrales de Riesgo para los fines permitidos por la Ley y para el estudio de riesgo financiero, crediticio o comercial, la revisión continua de esta información no podrá ser causal de disminución en la calificación de riesgo, record (*scorings-escort*) o cualquier tipo de medición.

Parágrafo. En ningún caso se podrá consultar esta información para fines de toma de decisiones laborales.

Artículo 5: Adiciónese Parágrafo al Artículo 12 de la ley 1266 de 2008 quedará así:

Parágrafo: El incumplimiento de lo contenido en el presente artículo, dará lugar al retiro inmediato del reporte negativo.

Artículo 6: Adiciónese el numeral 7 en el Numeral II del Artículo 16 de la ley 1266 de 2008, el cual quedará así

7. De los casos de suplantación: En el caso que el titular sea víctima del delito de *Falsedad Personal* contemplado en el Artículo 296 de la Ley 599 de 2000, y le sea exigido el pago de obligaciones como resultado de la conducta punible de la que es víctima, deberá presentar denuncia ante autoridad competente y elevar petición de corrección ante la fuente adjuntando los soportes correspondientes.

La fuente deberá cotejar los documentos utilizados para adquirir las obligaciones, con los documentos allegados por el titular en la petición, los cuales se tendrán como prueba sumaria para probar la falsedad, la fuente deberá denunciar el delito de estafa del que ha sido víctima.

Con la solicitud debidamente sustentada por el titular, el dato negativo, record (*scorings-escort*) y cualquier otro dato que refleje el

comportamiento del titular, deberán ser modificados por la fuente reflejando que la víctima de falsedad no es quien adquirió las obligaciones, y se incluirá una leyenda dentro del registro personal que diga "*Victima de falsedad Personal*"

Artículo 7. Régimen de transición. Los titulares de la información que a la entrada en vigencia de esta ley estuvieren al día en sus obligaciones objeto de reporte, y cuya información negativa hubiere permanecido en los Bancos de Datos por lo menos seis (6) meses contados a partir de la extinción de las obligaciones, serán beneficiarios de la caducidad inmediata de la información negativa.

Los titulares que tengan extintas sus obligaciones objeto de reporte, cuya información negativa no hubiere permanecido en los Bancos de Datos al menos seis (6) meses después de la extinción de las obligaciones, permanecerán con dicha información negativa por el tiempo que les hiciere falta para cumplir los seis (6) meses, contado a partir de la extinción de las obligaciones. Y en el caso que las obligaciones registren mora inferior a seis (6) meses, la información negativa permanecerá por el mismo tiempo de mora contado a partir de la extinción de las obligaciones.

Los titulares de la información que extingan sus obligaciones objeto de reporte dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, permanecerán con dicha información negativa en los Bancos de Datos por el término máximo de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de extinción de tales obligaciones. Cumplido este plazo de máximo seis (6) meses, el dato negativo deberá ser retirado automáticamente de los Bancos de Datos

Artículo 8 Vigencia y Derogatoria. Esta Ley rige a partir de la fecha de publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Luis Fernando Velasco Chaves
Senador de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Justificación.

Con la expedición de la ley 1266 de 2008 se dio un gran paso en la materialización del derecho al Habeas Data y la protección de los datos personales, abriendo la puerta a que nuestro país entrara a ser parte de aquellos con un buen nivel en protección de datos y haciéndolo más atractivo para la inversión extranjera como se ha comprobado en los años posteriores a la expedición de esta normatividad.

Desde la sanción de la mencionada norma y gracias a un trabajo mancomunado entre la academia y el cuerpo legislativo hemos logrado determinar cuáles son las necesidades más urgentes de los colombianos en relación con la protección de datos personales en el sector financiero, además detectamos cuales son las falencias más urgentes de corregir y en qué sentido se debe fortalecer la ley de Habeas Data en este sector, por ello, el objeto de la presente Ley es fortalecer la protección al derecho de Habeas Data brindando más y mejores herramientas que permitan a los titulares ejercer su derecho a la autodeterminación informática, efectivizando los actos de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ellos esté en los bancos de datos del sector financiero, comercial y crediticio.

Las necesidades propias de la vida moderna hacen prioritario que todos los ciudadanos tengan acceso al sector financiero, pues este se ha convertido en la columna vertebral de la economía de los demás sectores, factores como el crédito dinamizan la sociedad y activa la economía de país, los bancos tienen la facultad de recaudar el ahorro de la sociedad, para luego poder redistribuirlo entre empresas y familias que a su vez demandan créditos y fondos que les permitan desarrollar actividades económicas, que a su vez se convierten muchas de ellas en la materialización de derechos que dignifican el nivel de vida como los créditos para vivienda, e impulsan el desarrollo social con créditos en educación y para la conformación de empresas, de allí la necesidad de facilitar el acceso al crédito como piñón esencial de ese engranaje llamado economía y como parte de la denominada “*Democratización del Crédito*”.

La Constitución en su artículo 335 describe la actividad financiera como una actividad de interés público, es decir, que el Estado está en la obligación de regular y establecer los límites de su ejercicio, La Constitución reconoce la libertad contractual y la autonomía privada en materia de contratación. El artículo 333 C.P. indica que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Sin embargo, según el art. 335 de la Constitución¹ “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier

¹Sentencia T-416/07

otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”², el desarrollo de herramientas jurídicas que contribuyan a la democratización del crédito permitiendo que más personas puedan acceder de una manera rápida y efectiva al sector financiero y comercial para suplir necesidades y mejorar su nivel de vida, es uno de los propósitos principales que tiene el habeas data, pues al actualizarse de manera más rápida la información los titulares ello dinamizara las relaciones comerciales, cumpliendo así el Estado con las obligaciones de democratización del crédito por ser ésta una actividad de interés público tal como lo señala el artículo 335 de la Carta Política.

La importancia de la administración de los datos personales en el sector financiero es crucial en la activación de la economía. No obstante esta prerrogativa que ostentan las instituciones del sistema financiero, en el sentido de administrar información de sus usuarios, la Corte ha sostenido que ésta debe ejercerse dentro de límites razonables como son el respeto por el buen nombre y la intimidad de las personas, de tal suerte que no les es dado transmitir información incompleta o falsa, ni aquella que no haya sido expresamente autorizada por el individuo o que recaiga sobre aspectos íntimos del mismo³, por ello la información debe estar ajustada a la realidad, de allí que todos los datos relacionados con la información financiera, crediticia y comercial debe ser actualizada y cumplir con los principios contenidos en las regulaciones que sobre protección de datos personales existen en nuestro país y ajustarse a los marcos internacionales que sobre el particular existen. sin embargo, los datos negativos reportados tampoco pueden permanecer de manera indefinida en las bases de datos, ni deben estar sujetos a presupuestos más allá de los normados en cumplimiento de los principios como el de temporalidad, finalidad y en especial el de veracidad, pues ello puede dar lugar, en la práctica, a sanciones desproporcionadas, principalmente en el ámbito financiero y comercial fruto de un comportamiento negativo pasado, que puede no estar ajustado a la realidad económica del titular, delimitando su acceso al sector bancario y comercial como ocurre con datos de carácter financiero y comercial como las calificaciones y los scoring, los cuales para ser actualizados están sujetos a factores extrínsecos y no a la situación real del titular.

Límites de la caducidad del Dato Negativo en las informaciones de carácter financiero y crediticio.

² Constitución Política de Colombia

³ Sentencia T-067 de 2007 Corte Constitucional.

El artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, incluyó el tiempo de permanencia del dato en los casos en que se extinguen las obligaciones y aunque en un principio el Proyecto de Ley original buscó continuar con la aplicación de la línea jurisprudencial que mencionaba como tiempo máximo de permanencia cuando la obligación se extingue por pago, de máximo (2) años posteriores a la cancelación de la obligación, en el trascurso del trámite legislativo se modificó subiendo el término a (4) años, que es el tiempo de permanencia que hoy contiene la Ley, sumado a la interpretación de la Honorable Corte Constitucional que permitió que se tratara del doble del tiempo de mora y que en ningún caso sobrepasara (4) años, en la actualidad y gracias al seguimiento que se la he venido haciendo a la Ley 1266, de la mano de la academia se ha logrado determinar que las necesidades propias del mercado financiero, comercial y la dinámica del crédito hacen necesario que el tiempo de permanencia del dato negativo se ajuste a las necesidades que tienen los ciudadanos, ya que saber que el tiempo de permanencia del dato luego de la extinción de la obligación es prudencial, así los deudores tendrán una motivación para la cultura del pago ya que simplemente sabrán que el tiempo de permanencia no excede al hecho mismo que la genero, en este sentido la Corte ha dicho:

En la referenciada Sentencia T-798/07, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, simplificó las reglas establecidas por la jurisprudencia de la Corte en materia de habeas data y la caducidad del dato dividiéndolas en dos grupos: (i) el grupo de las reglas establecidas por las **Sentencias de Unificación de 1995** que parten del presupuesto del pago ya sea oportuno o tardío y (ii) el de la jurisprudencia que ha abordado la caducidad de datos referidos a obligaciones no pagadas.

El primer grupo de reglas,^[11] el cual parte del pago oportuno o tardío estableciendo:

“(i) (...)”

“(ii) *Cuando se produce el pago voluntario de la obligación con mora superior a un año, **la información financiera negativa reportada en la central de riesgo caduca en dos años.** Esta regla también se aplica cuando el pago se ha producido una vez presentada la demanda, con la sola notificación del mandamiento de pago.*”

(iii) (...) (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien disminuir el tiempo máximo de permanencia del reporte cuando la obligación es extinguida está de acuerdo con el derecho al olvido en que se funda la no perennidad de las informaciones en las bases de datos, además de dinamizar el acceso al crédito y respetar los derechos conexos al buen nombre y la dignidad, si bien el alto tribunal menciona que la permanencia el dato

negativo en la central de riesgo no es un tipo de sanción, infortunadamente en nuestro país los sectores financiero y comercial han convertido este hecho en un mecanismo de presión contra el deudor y en una herramienta que deslegitima el buen nombre y la dignidad de los deudores. Que el tiempo de permanencia del dato negativo sea igual al tiempo de la mora y no al doble como se aplica en la actualidad reafirma que el reporte negativo no es un tipo de sanción, pena o castigo desproporcionado, simplemente permite estar en concordancia y dinamizar la Ley con los tiempos propios del comercio.

Con relación a la información de contenido que haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, que por parte de las fuentes es publicada en los bancos de datos cuando la obligación en mora se encuentra sin pago, es propio aclarar y diferenciar la situación de las demás pues como lo ha indicado la jurisprudencia y la doctrina, no se puede entender en las mismas condiciones a aquel que paga que a quien no lo hace. Aun cuando se debe diferenciar cada situación de manera integral, es claro también las obligaciones del acreedor y deudor en la satisfacción de cada negocio que así lo exija y para el caso de las obligaciones adquiridas en el marco de los servicios financieros y comercial, es primordial la obligación que tiene el acreedor del cobrar su deuda y para ello la Ley le da tiempos y mecanismos que le permiten ejercer este derecho de forma contundente y sujetándose a la regulación propia sobre el tema teniendo el derecho a recibir la prestación y a exigir la cuando le han incumplido muestra

Tiempo de permanencia del dato negativo cuando la obligación no ha sido cancelada

En la actualidad este particular se encuentra regulado por vía jurisprudencial que toma como fuente las acciones jurídicas que puede encaminar el acreedor en una relación contractual, sujetado al principio de temporalidad del dato, así las cosas la Corte Constitucional con relación a la temporalidad del dato o caducidad del mismo.

Acertadamente menciona en la Sentencia T-798/07:

“(...) “esta Corporación ha insistido en la necesidad de establecer un límite a la permanencia de datos negativos en las centrales de información crediticia, por considerar que la divulgación por tiempo indefinido del mal comportamiento pasado de un usuario del sistema financiero, además de no ser una medida idónea para informar del nivel real actual de respuesta patrimonial de esta persona, pueden llegar a operar en la práctica como una sanción imprescriptible y desproporcionada, al vetar el acceso al crédito y demás servicios que ofrece el sistema financiero”.

Esta mencionada sentencia reguló la caducidad del dato negativo recogiendo el ideario de las Sentencias de Unificación del año 1995, que exponen diferentes

casos en los que se deberá aplicar la caducidad del dato negativo, I) en situaciones donde se realice el pago ya sea oportuno o tardío y (ii) el de la jurisprudencia que ha abordado la caducidad de datos referidos a obligaciones no pagadas. Como se dijo estas reglas fueron establecidas en la SU-082 y SU-089 de 1995, criterios reiterados entre muchas otras, por las Sentencias T-303/1998, T-565/2004, T-204/2006 y T-684/2006, en este contenido la Corte retoma el siguiente concepto.

“(i)

“(ii).

“(iii) *Cuando el pago tiene lugar al término de un proceso ejecutivo, en el que no prosperó ninguna de las excepciones propuestas, la información financiera negativa reportada en la central de riesgo caduca en cinco años. Pero si alguna de las excepciones prospera, y la obligación se extingue porque así lo decide la sentencia, el dato que posea el banco de datos al respecto, debe desaparecer. Naturalmente se exceptúa el caso en que la excepción que prospere sea la de prescripción, pues si la obligación se ha extinguido por prescripción, no ha habido pago”.*

El alto Tribunal contempla en el tercer caso el hecho de la existencia del pago mediante el éxito de un proceso ejecutivo, por ello sujeta la caducidad del dato a la terminación del mismo y le da un término de (5) años, este tiempo de caducidad del dato es coherente con la dinámica comercial, ahora bien es de nuestro parecer que este tiempo debe aplicarse siempre en relación con la permanencia máxima del dato negativo sin importar que medie proceso ejecutivo en contra, ni las resultas de este, pues como esta misma Corte lo indico en Sentencias T-487/2004, T-1319/2005 y T-684/2006. La caducidad del dato negativo debe corresponder con las acciones que el acreedor tiene para reclamar al deudor por el no pago de sus obligaciones, la Jurisprudencia sostiene la caducidad del dato negativo a la acción civil ordinaria, pero a nuestro parecer la disminución de algunos términos beneficia el accionar jurídico y la dinámica social de allí que si bien a de sujetarse la caducidad del dato negativo a una acción, esta deberá ser a la acción ejecutiva de (5) años.

“(i) *Cuando una persona permanece en mora en relación con una obligación, este dato negativo tendrá una caducidad de 10 años, que es el mismo término de caducidad de la acción civil ordinaria, el cual debe contarse desde que la obligación es exigible.* (Subrayado fuera del texto original).

“(ii)

Para esta oportunidad nos referiremos a este último caso que es el que el legislador aun no ha establecido de manera clara pues el límite de las acciones cambiarias, ejecutivas y ordinarias son límites entre otros, a informar y recibir información, estableciendo unos límites al uso desproporcionado de la información y de las acciones en el marco de los negocios jurídicos comerciales, así la Corte lo menciona en las Sentencias mencionadas.

(...) La razonabilidad de la limitación al derecho a informar y recibir información sistematizada radica en que sólo durante el término prudencial para hacer uso de las vías judiciales se justifica el ejercicio del control social que eventualmente un particular ejerce respecto de otro...”.

(...)

“Constituye un uso desproporcionado del poder informático y, en consecuencia, un abuso del respectivo derecho, el registro, conservación o circulación - cualquiera sea la forma en que se haga - de datos de una persona más allá del término legalmente establecido para ejercer las acciones judiciales con miras al cobro de las obligaciones, causando con ello ingentes perjuicios al deudor como resultado de su exclusión indefinida del sistema financiero, el cual debe respetar la efectividad de los derechos fundamentales de la persona.

“La obligación (...) que todavía pesa sobre el deudor no trasciende el mundo jurídico para tornarse infinitamente gravosa y su sanción social ilimitada. Es desproporcionada e irracional la conducta del acreedor de omitir la actualización y rectificación de la información sobre su deudor contra quien nunca ha ejercido las acciones legales correspondientes y ha dejado transcurrir los plazos legales para intentarlo. (Subrayados fuera del texto original).

Así con relación a la finalidad del almacenamiento del dato, este no es la misma por el transcurrir del tiempo. Así lo ha aclarado la jurisprudencia, sobre la necesidad y la temporalidad del dato cuando no se ha realizado el pago de la obligación en la Sentencia T-487 de 2004, la Corte amplió la argumentación.

¿Si un deudor que en el transcurso del tiempo no ha podido ponerse al día con su deuda, debe permanecer perennemente en la base de datos de riesgos financieros?

La respuesta fue la siguiente:

“la consecuencia proveniente de la tensión existente entre, de un lado, el derecho a la información y del otro, el derecho al buen nombre y la intimidad. Consecuencia esta que resulta favorable al

derecho a la información, cuando el riesgo para el sistema financiero es latente; no obstante encuentra sus límites temporales en lo señalado por la sentencia SU-082 de 1995. Acá se privilegia el valor de la confianza para el buen sostenimiento del engranaje financiero.

“Por el contrario, cuando por el aumento en el transcurso del tiempo, el riesgo haya desvanecido en su intensidad, debido al decaimiento del principio de oportunidad intrínseco en el almacenamiento de datos; la consecuencia proveniente de la tensión referida privilegia el derecho a la intimidad y al buen nombre, por cuanto la información almacenada se torna obsoleta. En otras palabras, la finalidad del almacenamiento del dato no es la misma por el transcurrir del tiempo.

“En este caso, en aras de preservar la intimidad y el buen nombre de un deudor añejo, debe aplicarse el denominado “Derecho al olvido”⁴, es decir; el principio según el cual determinados datos deben ser eliminados de los archivos transcurrido un espacio de tiempo establecido desde el instante en que se presentó el hecho referido, esto con el fin que el individuo no quede “prisionero de su pasado”.⁵

- En concreto el tiempo de caducidad del dato negativo en ocasiones en que la obligación no es cancelada o extinguida en forma diferente, será de (5) años máximo, igual que la prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2536 del Código Civil.

⁴Palazzi, Pablo A. “El habeas data y el Derecho al Olvido” Artículo publicado en Jurisprudencia Argentina, 1997 –I –33. Documento ubicado en el sitio Web: www.ulpiano.com/pablopalazzi_olvido.htm (cita de la Sentencia T-487 de 2004).

⁵ Véase que en esta oportunidad la Sentencia T-487/04, retoma el argumento de la primera Corte contenido en la Sentencia T-022/93 referente al “derecho al olvido” cuando advierte: “(...) esta Corporación observa con sorpresa que algunos jueces y tribunales inspirados en principios y criterios de derecho privado preconstitucional consideran que para cancelar los datos económicos personales recolectados y almacenados en bancos de datos de entidades financieras sea indispensable acreditar previamente la declaratoria judicial de prescripción de la deuda.

“Olvidan que aquí está en juego un claro conflicto entre el derecho patrimonial de propiedad y el fundamental de la libertad personal que debe ser resuelto garantizando la prevalencia del ser sobre el haber, en consonancia con los valores, principios y preceptos de la Constitución de 1991.

“De otra parte, debe también tenerse en cuenta que desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la finalidad primordial de la prescripciones la de clarificar la existencia o inexistencia de un derecho a partir de la actividad o inactividad de su titular durante un lapso determinado.

“Si esto es así en virtud del principio constitucional que prohíbe la perpetuidad de las penas, no sería razonable que para gozar del mismo beneficio de cancelación se le exigiera al cliente de una entidad financiera -que ha recolectado y almacenado en bancos de datos automáticos o manuales, con o sin su consentimiento expreso y por escrito sus datos económicos personales- la conditio sine qua non demostrar la declaración judicial de prescripción de su deuda, cuando, como se ha visto, no es ésta exigencia indispensable para la cancelación de antecedentes penales. Insistir en tal demostración vulneraría no sólo principios de lógica elemental sino, lo que es más grave, el núcleo esencial del derecho a la igualdad.

“En estas condiciones, es claro que cuando haya transcurrido un tiempo igual o mayor al establecido por la ley para la prescripción de la deuda, el deudor de una entidad financiera podrá solicitar también la cancelación de su nombre del respectivo banco de datos”. Subrayados fuera del texto original

En el caso de la caducidad del dato negativo sujeto al valor de la obligación, debe responder al principio de necesidad del dato en relación con la temporalidad, pues se hace desproporcionado sostener un reporte negativo por un tiempo tan extenso, cuando en la realidad comercial, es común que en ocasiones por simple descuido y casi siempre sin intención, un ciudadano entra en mora en obligaciones por valores muy bajos, en servicios hoy comunes, tales como, telefonía celular o cuotas de créditos con tarjetas en el pago de útiles escolares o mercados, la desproporción de sostener reportes negativos por montos pírricos en la economía actual, terminan haciendo más gravosa la situación de los deudores que terminan viendo limitado su acceso al crédito, por cifras muy bajas.

Poner un límite válido y relacionado a la cuantía no es un tema fácil de establecer, pero en relación a esta medición nos parece adecuado establecer como límite (1) un salario mínimo legal mensual vigente, que es un rango prudencial a los ingresos que supone la Ley, es lo mínimo que un colombiano que trabaje debe recibir como salario.

Contenido del Dato Negativo

El dato negativo como concepto no puede entenderse solamente como la información que indica si un titular está o no reportado, la definición de *dato negativo* debe entenderse de manera amplia de acuerdo al contexto de la auto determinación informática, pues la Ley 1266 de 2008 en su Artículo 13, es clara al indicar a qué tipo de información es sobre la que recae la ley, así.

Artículo 13. Permanencia de la información. La información de carácter positivo permanecerá de manera indefinida en los bancos de datos de los operadores de información.

Los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la 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. (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se entiende que la ley al referirse al dato negativo entiende cualquier tipo de información que haga referencia o del cual se pueda derivar o entender información relacionada con *tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, y que estos se regirán por un término máximo de permanencia,* así las cosas es necesario establecer el alcance que tiene el habeas data en datos como calificaciones y scoring o cualquier otro dato del cual se derive interpretación sobre el comportamiento de las obligaciones del

titular, ya que en la actualidad las fuentes no aplican lo contenido en el artículo 13 mencionado a los datos como calificaciones, scoring y otros tipos de informaciones de las cuales se deriva cual ha sido el comportamiento de las obligaciones de los titulares, desconociendo por completo la intención del legislativo en el entender de facilitar el acceso al crédito y la democratización del mismo.

Con relación a los métodos de calificación usados por el sector bancario y comercial, las entidades pueden adoptar modelos financieros internos (scorings – escort) como mecanismos de calificación de riesgo cuyas bases están soportadas en técnicas estadísticas y matemáticas. Ellos permiten llevar a cabo análisis cuantitativos acerca del desempeño del deudor en la atención de los créditos otorgados en un pasado, posibilitando así cuantificar el riesgo que se mide, por lo general, con puntos que representan una calificación. Dicho puntaje, se evalúa junto con los parámetros previstos en el Capítulo II de la Circular Básica Contable No. 100 de 1995, tales como la capacidad de pago, el servicio a la deuda, la calidad de las garantías y las fuentes de pago, entre otras, contexto dentro del cual la institución crediticia decide sobre la aprobación del crédito⁶, de aquí que este tipo de mecanismos para calificar los comportamientos crediticios deben ser sujetos de la aplicación al derecho de Habeas data pues se refieren a cumplimientos de obligaciones de los titulares.

En la actualidad son muy comunes los casos en los cuales los titulares de los datos, luego de extinguir una obligación y pasar el tiempo indicado para la caducidad del dato que contiene el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, siguen sin poder acceder a créditos por que la calificación o el scoring están bajos y no se les actualizan estos datos argumentando que la Ley 1266 solamente regula el reporte que indica si el titular está en mora y el *dato negativo* de allí derivado, desconociendo por completo el espíritu de la ley y haciendo más gravosa la situación para el titular de la información ya que la actualización de estos datos los sujetan a factores diferentes al cumplimiento de la caducidad del dato, vulnerando el principio de veracidad contenido en el Artículo 4°. De la Ley 1266 de 2008.

Principios de la administración de datos. En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se tendrán en cuenta, de manera armónica e integral, los principios que a continuación se establecen:

- a) Principio de veracidad o calidad de los registros o datos. La información contenida en los bancos de datos debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se

⁶ Concepto 2010094190-001 del 26 de enero de 2011, CRÉDITO, CALIFICACIÓN DE RIESGO, SCORINGS - HÁBEAS DATA, REPORTE NEGATIVOS, Superintendencia Financiera de Colombia.

prohíbe el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error;

(...).

Con relación al tema la Corte Constitucional en un caso donde por aplicación de alineación no se actualizo la calificación financiera de una empresa de transporte, considero vulnerado el derecho al Habeas Data.

“DERECHO AL HABEAS DATA-Solicitud de corrección de calificación de riesgo

La Sala considera que la calificación por alineamiento emitida por las entidades accionadas no cumple el requisito de veracidad, pues se trata de información errónea. Lo anterior, porque siguiendo las reglas de alineamiento fijadas por la Superintendencia Financiera, que serán explicadas a continuación, las entidades accionadas debían alinear su calificación a la otorgada por Davivienda y el Banco Popular. Es precisamente la falta de ajuste a la realidad en la información que suministraron las entidades accionadas a CIFIN y DATACREDITO, lo que se discute en la presente acción, y es la razón por la cual se vulnera el derecho al habeas data de Cotrautol. La calificación de alineamiento otorgada por Davivienda y el Banco Popular se encuentra en la categoría “A” –o riesgo normal-, y por lo tanto, si el riesgo mayor “D”, que existía en diciembre de 2009, desapareció, no resulta razonable que las calificaciones registradas por alineamiento, en la actualidad, sean discordantes, y esta situación, vulnera el derecho fundamental al habeas data de la empresa accionante...

(...)

Es decir, las entidades accionadas, en diciembre del 2009, siguieron la regla de alineamiento, con respecto de la calificación registrada por Davivienda y el Banco Popular, y por lo tanto, se obligaron a llevar su calificación a un riesgo mayor;⁷ pero a diferencia de estas instituciones, cuando dichas entidades modificaron la calificación del riesgo a tipo “A”, las accionadas no emitieron una nueva calificación de acuerdo al reporte posterior. Así, es cierto que de conformidad con las reglas de alineamiento, las calificaciones de determinada entidad financiera deben alinearse con las de otras entidades, cuando al menos dos de ellas establezcan una calificación de mayor riesgo, pero en el caso concreto, el riesgo desapareció en el momento en que Davivienda y Banco Popular cambiaron la calificación de riesgo a tipo “A”.

⁷ Especialmente siguiendo la calificación otorgada por Davivienda, entidad que tiene el mayor porcentaje del total de los créditos.

Es precisamente la falta de ajuste a la realidad en la información que suministraron las entidades accionadas a CIFIN y DATACREDITO, lo que se discute en la presente acción, y es la razón por la cual se vulnera el derecho al habeas data de Cotrautol. La calificación de alineamiento otorgada por Davivienda y el Banco Popular se encuentra en la categoría "A" –o riesgo normal-, y por lo tanto, si el riesgo mayor "D", que existía en diciembre de 2009, desapareció, no resulta razonable que las calificaciones registradas por alineamiento, en la actualidad, sean discordantes, y esta situación, vulnera el derecho fundamental al habeas data de la empresa accionante.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que las entidades accionadas deben alinear su calificación a la calificación tipo "A" otorgada por Davivienda y el Banco Popular, por lo tanto, (i) se revocará el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Doce Civil Municipal de Ibagué, (ii) se ordenará a la empresa Financiera Intencional S.A. corregir la calificación de riesgo otorgada en diciembre de 2009 a CotrautolLtda, si aún no lo ha hecho Y (iii) lo mismo se ordenará a Leasing Corficolombiana, salvo que como afirmó en su contestación a la tutela, haya efectuado tal corrección.

“

De allí que es necesario poner unas reglas del juego claras, sobre el tiempo no solo de caducidad sino también la forma en que debe ser actualizados los datos que reflejan el comportamiento crediticio de los titulares, ya que no guarda sentido que se le exija al titular que por cualquier motivo ha estado en mora y ha cancelado su obligación con posterioridad, que debe tener una buena calificación para poder acceder al crédito, si la calificación y el scoring, solo se normalizan teniendo créditos, de allí que no le dan crédito por la baja calificación o scoring, creando un círculo vicioso en donde el único afectado es el titular pues si tiene la calificación o el scoring bajos no le prestan y la única forma de subirlos o actualizarlos es teniendo crédito, así que con ese sin sentido simplemente se le coarta el derecho de acceso al crédito, y se le ponen trabas a la democratización del mismo. El Estado no puede continuar permitiendo que la Democratización del Crédito, este sujeto a decisiones exclusivas de los sectores privados de la economía que en muchas ocasiones solo actúan de acuerdo a sus beneficios y no a las políticas de apoyo económico, sostenibilidad y ayuda mutua que deben predominar en un Estado Social de Derecho desde un punto de vista económico.

En coherencia con lo anterior lo contenido en el Artículo 4 del proyecto de Ley, reafirma que la naturaleza de la información que reposa en las bases de datos del sector financiero, es exclusivamente para lograr algún tipo de medición o conocimiento de los titulares y no puede desnaturalizarse convirtiéndose en una herramienta de presión, en una condena y mucho menos en un factor de incidencia en la posibilidad que tenga el titular de acceder a cualquier tipo de empleo, sea en el sector público o privado, y sin importar que pretenda acceder a empleo en el sector financiero o comercial del país, esta determinación se toma por que la practica en que algunas entidades del sector financiero, con o

sin autorización acceden a las centrales de riesgo para aceptar o negar el empleo a los aspirantes según su comportamiento crediticio, y si bien esta práctica vulnera el derecho al trabajo, también excede los límites de la intimidad y la privacidad, además de convertir los reporte en las centras de Riesgo, en un Maquiavélico mecanismo de presión para los empleados.

- Con relación a la disminución en la calificación de riesgo, record (*scorings-escort*) o cualquier tipo de medición, es claro y bien conocido que cuando se accede de manera permanente o continua a la información en las centrales de riesgo de una persona, la calificación y el score disminuyen, afectado de manera muy seria la vida financiera y crediticia del titular, limitando su acceso al crédito de manera directa, las disminuciones en esta calificación varía según la cantidad de veces que sea consultada la información del titular en un lapso determinado, así las cosas, si la información del titular es consultada más de una vez al mes, sea por cualquier entidad o por el mismo titular, esto es suficiente para que la calificación baje, aun sin que el titular este o no en mora en sus obligaciones.

Si analizamos de más amplia este comportamiento, por demás bastante injusto, podríamos pensar que en este sentido se aplica una presunción de mala fe, completamente contraria a lo contenido en la Constitución y la Ley nacional, lo anterior ya que se presume que si a una persona se le consulta de manera continua, este simple hecho hace pensar que es un deudor incumplido y por eso se le debe disminuir su calificación, la mala fe debe probarse y no se puede afectar de esta manera al titular, aprovechándose de la posición dominante ejercida por el sector financiero y por los administradores de los datos. Sobre la Buena fe la Corte Constitucional la define de la siguiente manera en la Sentencia C-426/97:

La buena fe bien puede incluirse entre los “elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos”, a los cuales se refería Josserrand en su tratado de Derecho Civil. Sobre ella dijo la Corte Constitucional:

“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionado por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otras, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.” (Sentencia C-544 del 1º de diciembre de 1994, Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional No. 12 pág. 41).

En este sentido es necesario que la información contenida en bases de datos del sector financiero no sean usada de manera desproporcionada causándole daños a los titulares, sin un claro cumplimiento, para este caso, del principio de Veracidad y buena fe, pues el solo hecho de acceder a la información del titular en ningún caso refleja que este incumpla con sus obligaciones y por ello se le deba castigar, además esta práctica limita el libre acceso a la información por otra parte del titula y genera un trato desigual sobre los titulares, vulnerando los derechos al buen nombre, la dignidad y el principio de la buena fe.

La Notificación.

Si bien la Ley 1266 de 2008 en su Artículo 12, menciona la obligatoriedad de dar previo aviso al reporte, cumpliendo con una notificación, es desafortunado encontrarnos en estos años de seguimiento a la Ley, que en la actualidad se continua incumpliendo con esta obligación, que en escancia contiene el principio de la publicidad representada en la notificación como figura dentro de cualquier proceso sea administrativo o judicial, la notificación blinda a su vez, derechos como, el derecho a la defensa, al debido proceso y al habeas data, son muchos los casos en los que el titular se entera de su reporte negativo luego de ser reportado, y aun así partiendo de la Buena Fe, este cancela sus obligaciones, pero resulta que aun que cumple el reporte continua pues las fuentes consideran que deben soportar el tiempo de reporte, sin aceptar en muchos casos que al generar el reporte sin previo aviso se vulneraron los derechos ya mencionados al titular, y este debe simplemente soportar no solo el reporte sino la vulneración de sus derechos. En sentido la Corte ha aclarado en reiteradas ocasiones la importancia de la Notificación dentro de cualquier proceso y como la falta de esta vulnera derechos fundamentales, así en Sentencia C-670/04:

DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO JUDICIAL-Protección ante ineficacia o indebida notificación sustancial o procesal

Uno de los pilares fundamentales del debido proceso lo constituye el derecho de defensa, que se garantiza, no solo mediante la vinculación que corresponde hacer a los funcionarios judiciales de las personas que deben intervenir como parte en un proceso, previo el cumplimiento de las formalidades propias para ello, sino además, permitiéndoles alegar y probar dentro del mismo, todas aquellas circunstancias que consideren propias de para su defensa, entre las cuales deben incluirse aquellas que se orientan a poner de presente justamente una afectación al propio derecho de defensa por ineficacia o indebida notificación sustancial o procesal.

NOTIFICACION EN PROCESO JUDICIAL-Importancia

La Corte ha mantenido una sólida línea jurisprudencial, en el sentido de que la notificación, en cualquier clase de proceso, se constituye en uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al debido proceso mediante la

vinculación de aquellos a quienes concierne la decisión judicial notificada, así como que es un medio idóneo para lograr que el interesado ejercite el derecho de contradicción, planteando de manera oportuna sus defensas y excepciones. De igual manera, es un acto procesal que desarrolla el principio de la seguridad jurídica, pues de él se deriva la certeza del conocimiento de las decisiones judiciales. Así pues, en reiterada jurisprudencia la Corte ha resaltado la importancia que presenta la notificación en tanto que acto procesal encaminado a garantizar el ejercicio del derecho de defensa de quien debe acudir por ley a la contradicción del proceso, o de aquellas que deben realizarse por fuera del proceso para efectos contractuales, pues de su realización y con el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley depende la garantía del derecho de defensa.

En consonancia con lo sostenido por el alto tribunal, y en un análisis de la situación es claro que si un titular cancela su obligación en mora y nunca le fue avisado del reporte, es decir nunca se le notificó en debida forma, el proceso deberá retrotraerse al momento de la notificación, de allí que al hacer esto, se le debería de notificar de la mora, pero como ya se canceló, simplemente el hecho generador del reporte ya no existe y no se podrá nuevamente reportar al titular, así las cosas se estaría cumpliendo de manera procesal con la figura de la notificación y con el resultado cuando ésta no se cumple.

Transición

Al igual que con la Ley 1266 de 2008, la época de transición, motivo y reactivo la economía, pues influyó³.... en gran medida para que los deudores que se encontraban en mora, no solo se pusieran al día en sus pagos en los meses siguientes a la promulgación de la Ley, sino que ya desde antes de esta sancionarse se vieron motivados a solucionar sus situaciones crediticias, en la actualidad y debido al gran auge que existe por el creciente interés en adquirir vivienda propia, es seguro que los deudores verán en esta transición, una gran oportunidad de regularizar sus obligaciones en mora, el disminuir los tiempos de permanencia buscan que sean los deudores morosos los primeros interesados en ponerse al día en sus obligaciones, para muy seguramente poder facilitar su acceso nuevamente al sector financiero y crediticio, ayudando a reactivar al sector crediticio.

La experiencia vivida con la transición de la Ley 1266, demostró que la oportunidad de ponerse al día en las obligaciones a cambio de una permanencia menor en las centrales de riesgo, es suficiente para que los deudores, normalicen la mayoría de sus obligaciones en mora.

Luis Fernando Velasco Chaves
Senador de la Republica