



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

# **El Habeas Data Financiero: ¿Una garantía complementaria del crédito?**

**Julián Cifuentes Bolívar**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2014



# **El Habeas Data Financiero: ¿Una garantía complementaria del crédito?**

**Julián Cifuentes Bolívar**

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:  
**Magister en Derecho**

Director:

Magíster Fredy A. Herrera Osorio

Codirector:

Doctor José Guillermo Castro Ayala

Línea de Investigación:

Derecho económico

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá, Colombia  
2014

*A mis padres que desde lo alto guían mis pasos y me empujan para continuar adelante por los senderos de la vida con entusiasmo y dedicación.*

*A María E., la musa de mis sueños y vigiliás, así como a nuestros queridos hijos Catalina, Tatiana y Julián Felipe, quienes alegran nuestro hogar y nos invitan cada día a vivir, reír y soñar.*

*A mis hermanos del alma, así como a mis familiares y amigos de corazón, quienes con su ejemplo, enseñanzas, entusiasmo y colaboración hacen que, como la pócima mágica del viejo Melquiades, se encienda el faro de la ilusión y la utopía se convierta en realidad.*

*A quienes en el mundo de la vida me han tendido su mano... alegrado la vida... influyendo en mí de manera positiva y demostrándome que, evocando a Gandhi, la vida es como un espejo y que en buena medida la mayor limitación de las personas está en su mente.*

“SHYLOCK.- Tres mil ducados por tres meses: fiador Antonio.

(...)

SHYLOCK.- Venid a casa de un escribano, donde firmareis un recibo prometiendo que si para tal día no habéis pagado, entregareis a cambio una libra justa de vuestra carne, cortada por mí del sitio de vuestro cuerpo que mejor me pareciere.

ANTONIO.- Me agrada el trato: le firmaré, y diré que por fin he encontrado un judío generoso.

BASANIO.- No firmarás, en ventaja mía, esa escritura, prefiero no salir nunca de mi desesperación.

ANTONIO.- No tema que llegue el caso de cumplir semejante escritura. Dentro de dos meses, uno antes de expirar el plazo, habré reunido diez veces más de esa suma.

(..)

SHYLOCK.- Pronto, a casa del notario. Dictad ese chistoso documento. Yo buscaré el dinero, pasará por mi casa, que está mal guardada por un holgazán inútil, y en seguida estoy con vosotros”

*El mercader de Venecia*  
William Shakespeare

“Vivimos en una sociedad que se caracteriza por una vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un tipo de poder (panoptismo) –maestro de escuela, jefe de oficina, médico, psiquiatra, director de prisión- y que, porque ejerce ese poder, tiene la posibilidad no sólo de vigilar sino también de construir un saber sobre aquellos a quienes vigila”

*La verdad y las formas jurídicas*  
Michel Foucault

“La única forma de vender falta de privacidad, y que la gente la compre de forma voluntaria, es haciendo primero que parezca una excelente ganga. A los consumidores se les ofrecen cosas gratis (como búsquedas y redes sociales) a cambio de aceptar ser espiados. La única forma de decir no a esa oferta es trascender el papel de consumidor. En la era digital, aquellos que sepan cómo usar los datos personales que voluntariamente les entregamos serán los que logren amasar grandes fortunas”.

*Asalto al ciudadano digital*  
¿Nos están convirtiendo en consumidores pasivos los nuevos dispositivos?  
Jaron Lanier

“La mayoría de los contratos se cumplen no por temor a la acción legal sino por una preocupación por la reputación. (...) La reputación es una base para inducir a otros a realizar transacciones contigo dentro o fuera del mercado”.

*Análisis Económico del Derecho*  
Richard A. Posner

## Resumen

El habeas data financiero regulado en la Ley 1266 de 2008 y sus decretos reglamentarios no sólo le permite a las personas conocer, actualizar y rectificar su información comercial, crediticia y financiera sino que al mismo tiempo dicha información se constituye en un factor determinante para el estudio de riesgo y análisis crediticio en una economía de mercado, toda vez que los usuarios de dicha información (potenciales acreedores) almacenada por los operadores de las bases de datos (centrales de riesgo) pueden establecer, entre otros aspectos, la capacidad de endeudamiento y el hábito de pago (reputación, comportamiento o moralidad crediticia) de los titulares de la información. Desde otra perspectiva es importante resaltar que el reporte sobre el cumplimiento de las obligaciones se constituye también en una garantía complementaria del crédito que en la práctica resulta más eficaz que una garantía clásica tradicional, especialmente si se tiene en cuenta que el reporte negativo sobre una obligación no sólo es visto como una “sanción” sino que en la práctica puede significar la “muerte civil” del titular del dato.

**Palabras clave:** habeas data, habeas data financiero, derecho al olvido, caducidad del dato negativo, derecho fundamental, garantía clásica, reputación, derecho a la información, economía de mercado.

## Abstract

The fundamental right of *Habeas Data* related with the financial activity was regulated by the law 1266 of 2008 and its decrees. This regulation allows people to knowledge, update and rectify the commercial, credit and financial information. This information is a key factor for the study of risk and credit analysis in a market economy, because the users of this information (possible creditor) stored by the operators of data bases (credit bureau of risk) could identified some aspects of the owners of the information like as the financial capacity for assume credit and pay habits. Furthermore, it is important to highlight that the report of fulfillment related with commitments is an additional security of the credit that in a practical way could be more effective than traditional and classic securities, because the negative report related with a commitment is assumed like as a punishment and could mean the civil dead (*muerte civil*) of the owner of the information (*data*)

**Key Words:** *Habeas Data*, *Habeas Data* related with the financial activity, right to be forgotten, caducity of negative information, fundamental right, classic security, reputation, right to information, market economy.





# Contenido

	Pág.
<b>Resumen</b> .....	<b>VI</b>
<b>Lista de figuras</b> .....	<b>XI</b>
<b>Lista de tablas</b> .....	<b>XII</b>
<b>Lista de Símbolos y abreviaturas</b> .....	<b>XIII</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>15</b>
<b>1. DEL HABEAS DATA EN GENERAL AL HABEAS DATA FINANCIERO</b> .....	<b>21</b>
1.1 Aproximación al habeas data en Colombia .....	22
1.1.1 Marco constitucional y elementos básicos del habeas data .....	22
1.1.2 Desarrollo normativo general y sectorial.....	29
1.1.3 Una mirada a la jurisprudencia y la doctrina .....	35
1.2 Sobre el Habeas Data financiero .....	41
1.2.1 ¿Qué entender por habeas data financiero? .....	41
1.2.2 La finalidad del habeas data financiero .....	44
1.2.3 La caducidad de los datos financieros negativos o “derecho al olvido” .....	46
1.3 Del habeas data al derecho a la información .....	51
1.3.1 Del derecho a la información en general .....	51
1.3.2 Habeas data y derecho a la información .....	56
1.3.3 La información: insumo necesario en las garantías clásicas .....	59
1.4 Conclusiones .....	61
<b>2. APROXIMACIÓN A LAS PRINCIPALES GARANTÍAS CLÁSICAS</b> .....	<b>64</b>
2.1 Garantías Personales .....	66
2.1.1 Obligaciones solidarias pasivas. ....	67
2.1.2 La fianza .....	70
2.1.3 El aval .....	73
2.2 Garantías Reales.....	76
2.2.1 La hipoteca. ....	76
2.2.2 La Prenda .....	80
2.2.3 La anticresis.....	84
2.3 A propósito de las garantías mobiliarias en Colombia.....	86
2.4 Algunas características generales de las garantías clásicas.....	88
2.4.1 Conclusiones .....	90
<b>3. EL HABEAS DATA FINANCIERO: ¿UNA GARANTÍA COMPLEMENTARIA DEL CRÉDITO?</b> .....	<b>92</b>

---

3.1	Entre los derechos al buen nombre y la reputación .....	93
3.1.1	El Derecho al buen nombre .....	93
3.1.2	El derecho a la reputación .....	95
3.1.3	A propósito de la reputación en Posner .....	97
3.2	El habeas data financiero como garantía complementaria del crédito .....	98
3.3	Un caso real para terminar: <i>Lenddo y la toma de decisiones financieras basadas en la reputación de las personas a través de los medios online.</i> .....	104
3.4	Conclusiones.....	106
<b>4.</b>	<b>Conclusiones y recomendaciones .....</b>	<b>108</b>
4.1	Conclusiones.....	108
4.2	Recomendaciones.....	112
	<b>Bibliografía .....</b>	<b>113</b>

## Lista de figuras

	<b>Pág.</b>
<b>Figura 1-1:</b> De la información personal a los datos personales. Elaboración propia... ..	57
<b>Figura 1-2:</b> Clasificación de la información en Colombia. Elaboración propia.....	58
<b>Figura 2-1:</b> Principales Garantías Clásicas.....	90
<b>Figura 4-1:</b> Principales características comunes de las garantías clásicas.. ..	111

## Lista de tablas

	<b>Pág.</b>
<b>Tabla 1-1:</b> Término de caducidad del dato negativo. Elaboración propia. ....	36

# Lista de Símbolos y abreviaturas

## Abreviaturas

### Abreviatura Término

<i>Art</i>	Artículo
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
Cfr	citado o referido
Const pol	Constitución Política
Sentencia T	Sentencia de Tutela
Sentencia SU	Sentencia de Unificación
Sentencia C	Sentencia de Constitucionalidad



## Introducción

El denodado interés que recobra el tratamiento de datos en un mundo globalizado en el que el vertiginoso avance de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) ha provocado una revolución en las diversas formas de acceder a la información (*v. gr. Internet y por su conducto las redes sociales*) tanto histórica como actual y en tiempo real (*online*), nos permite reflexionar en torno a la necesidad manifiesta de expedir una normativa que se encargue de regular, de manera eficiente, lo concerniente al tratamiento de los datos personales con el propósito que las personas puedan ejercer un control eficiente sobre su información personal.

Lo anterior resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta que a pesar de las “trampas” y los “jaques” que se le han pretendido hacer al proceso de globalización que nos envuelve, nos encontramos inmersos en la denominada sociedad de la información<sup>1</sup>, en la que ya nada nos resulta ajeno ni lejano, pues basta con oprimir un “click” para que, en cuestión de segundos, podamos acceder a las más modernas y sofisticadas bases de datos en las que se almacena todo tipo de información, tanto la pública como la privada y hasta la más íntima y sensible, razón por la que no es de extrañar que en esta era digital no sólo se estén leyendo de manera inescrupulosa nuestros mensajes más íntimos sin que nos demos cuenta sino que además no alcanzamos a percatarnos que bajo la red profunda (Deep web) alguien nos esté mirando, escuchando, espiando y hasta intentando usurpar nuestra información personal con fines non sanctos (delitos informáticos)<sup>2</sup>.

Consciente del poder informático que adquieren los operadores de las bases de datos en este mundo globalizado e interconectado, el constituyente de 1991 estableció un instituto encargado de garantizar que en la recolección, tratamiento y circulación de la información

---

<sup>1</sup> Toffler, Alvin. La tercera ola. Una impresionante imagen de cómo será el mundo mañana, que ha comenzado hoy. (Trad. Adolfo Martín). 10ª ed. Barcelona: Plaza & Janes Editores S.A., 1994.

<sup>2</sup> “Un aumento del 36 % en el volumen de ataques de robo de identidad virtual se presentó en el mes de septiembre con respecto agosto de 2013, según informó este jueves la División de Seguridad de EMC, multinacional estadounidense dedicada al trabajo con tecnologías de la información.

Según dicho informe, **el mes pasado se identificaron 46.119 robos de identidad virtual en todo el mundo. Más de la mitad de los ataques estuvo dirigida a los bancos nacionales de los Estados Unidos, mientras que Alemania experimentó un aumento del 20 % y se ubicó como el segundo país con más ataques de suplantación de identidad virtual**”. Cfr. Aumentan cifras de robo de identidad virtual en el mundo. Publicado el 31 de octubre de 2013 en [Elpais.com.co](http://www.elpais.com.co). Consultado en: <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/aumentan-cifras-robo-identidad-virtual>. En Colombia se creó el Centro Cibernético de la Policía Nacional (<http://www.ccp.gov.co>), el cual cuenta con una dependencia (Grupo Investigativo Delitos contra la Información y los Datos –GIDAT-) dedicada a liderar las investigaciones judiciales relacionadas con los delitos que afectan a la información y los datos contenidos en la Ley 1273 de 2009.

personal se respeten una serie de principios mínimos que permitan garantizar tanto el derecho al habeas data como la intimidad personal y familiar, el buen nombre y demás garantías consagradas en la Constitución de 1991, las cuales se encuentran asociadas o en conexión con la dignidad humana<sup>3</sup>, entendida como el principio fundamental sobre el cual se erige el estado social de derecho colombiano.

Así las cosas, después de casi dos décadas y más de un centenar de sentencias de la Corte Constitucional<sup>4</sup> que, en buena medida, se encargaban de resolver asuntos relacionados con los datos crediticios y financieros de las personas, el Congreso de la República dio un paso adelante con la expedición de la Ley estatutaria 1266 de 2008<sup>5</sup>, dejando atrás los diversos intentos fallidos mediante los cuales se pretendió regular el derecho fundamental al Habeas Data, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, siendo del caso precisar que dicha Ley no reguló el Habeas Data en su integridad sino que se ocupó de manera particular en los datos financieros, crediticios, comerciales y de servicios (en adelante y para efectos del presente trabajo “habeas data financiero”<sup>6</sup>), lo cual motivó que años más tarde el Congreso se ocupara nuevamente de estudiar y regular el habeas data en su integridad<sup>7</sup>, dando lugar a la expedición de la Ley 1581 de 2012.

No obstante y pese a que en líneas generales podemos evidenciar que el Congreso de la República no sólo escuchó a la Corte Constitucional sino que además estudió el habeas data con el propósito de regularlo teniendo en cuenta para ello tanto la realidad y necesidad local como las experiencias y enseñanzas del derecho comparado<sup>8</sup>, resulta de interés profundizar en el impacto y la protección que tiene en Colombia el habeas data financiero, así como sobre su finalidad en una economía de mercado y en la actividad financiera en particular, teniendo en cuenta que esta última reviste un interés público y,

---

<sup>3</sup> “Para la Sala una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión ‘dignidad humana’ como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”. Cfr. Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>4</sup> Es de anotar que en más de un centenar de sentencias tanto de constitucionalidad como de tutela, la Corte Constitucional sentó los lineamientos que guían el ejercicio del Derecho Fundamental al Habeas Data y, adicionalmente, exhortó al Congreso para que abordara la regulación de este tema que interesa a miles de colombianos.

<sup>5</sup> “Por la cual se dictan las disposiciones generales del habeas 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”.

<sup>6</sup> En términos de la Corte Constitucional el habeas data financiero es concebido como “... el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información públicas o privadas, que tienen como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero de su titular”. Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>7</sup> 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”

<sup>8</sup> Situación que se logra constatar a través del estudio de constitucionalidad de las leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012, adelantado por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-1011 de 2008 y C-748 de 2011.



en ese sentido, “ayuda a la democratización del crédito, promueve el desarrollo de la actividad de crédito, la protección de la confianza pública en el sistema financiero y la estabilidad del mismo, y genera otros beneficios para la economía nacional”<sup>9</sup>.

Lo anterior con el propósito de evaluar hasta qué punto el habeas data financiero, entendido como la información personal relacionada con el “nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente de la naturaleza del contrato que les dé origen”<sup>10</sup>, recobra un valor fundamental en una economía de mercado, analizado no sólo de cara al titular de los datos, quien cuenta con los mecanismos necesarios para ejercer un adecuado control sobre sus datos en los términos y condiciones establecidos tanto en la Constitución Política como en la Ley 1266 de 2008, sino además desde la perspectiva de los agentes económicos que intervienen en la economía para quienes la información administrada por los operadores de la información (centrales de riesgo), se convierte en un elemento de juicio para tomar decisiones informadas<sup>11</sup>, en la medida que la información suministrada contiene el historial crediticio de una persona, en el que se refleja su comportamiento o moralidad crediticia (habito de pago y reputación), así como el nivel de endeudamiento tanto en el sector financiero como real (capacidad de pago) y la calificación de riesgo de crédito (conjunto de variables financieras y no financieras que permiten establecer el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor frente al acreedor).

Teniendo en cuenta estos aspectos y, de manera especial, los relacionados con la relevancia que recobra para el usuario la información reportada por los operadores de la información, así como la posibilidad de convertirse en fuente de información, generando una homeostasis o equilibrio en la información contenida en las bases de datos, nos planteamos la siguiente pregunta que guiará el desarrollo del presente trabajo: *¿El habeas data financiero puede ser considerado como una garantía complementaria del crédito, en la medida que, precontractualmente, el futuro acreedor puede acceder a la información contenida en las centrales de riesgo como elemento de análisis de riesgo de crédito para tomar decisiones informadas y, contractualmente, cuenta con la posibilidad de reportar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor (dato negativo), lo cual permite informar a los demás agentes económicos de esta situación para preservar el interés público y, a su vez, persuadir al deudor para que honre sus obligaciones y, por ende, mantenga su reputación?*

---

<sup>9</sup> Cfr. Artículo 335 de la Constitución Política y artículo 10<sup>o</sup> de la Ley 1266 de 2008.

<sup>10</sup> Cfr. Literal j), Artículo 3<sup>o</sup> de la Ley 1266 de 2008.

<sup>11</sup> En relación con este tema, es importante precisar que, la información negativa que llegaren a contener dichos informes no debe ser la única variable que se tenga en cuenta para el estudio de crédito, razón por la que el Parágrafo 1<sup>o</sup> del Art. 10 de la ley 1266 de 2008, establece que: “La Superintendencia Financiera de Colombia podrá imponer las sanciones previstas en la presente ley a los usuarios de la información que nieguen una solicitud de crédito basados exclusivamente en el reporte de información negativa del solicitante”.

Para profundizar en dicho interrogante, con el propósito de explorar una respuesta razonable y acorde a la realidad y normatividad actual, procuramos en primera instancia volver la mirada sobre el habeas data en sentido amplio para adentrarnos en su naturaleza, contenido y finalidad, sin perder de vista que se trata de un instituto de rango constitucional, para luego plantear como hipótesis general de trabajo que el habeas data financiero se ha constituido desde un primer momento (etapa precontractual) en un mecanismo altamente eficaz de garantía del crédito en la medida que, de manera previa a la celebración de un contrato de crédito, los agentes económicos del mercado, en su calidad de usuarios de la información, tienen la posibilidad de acceder a la información crediticia que administran los operadores de las bases de datos con el propósito fundamental de contar con información financiera actual, real y completa que contribuya de manera eficiente en el estudio del riesgo de crédito para, de esta manera, tomar decisiones informadas no sólo en beneficio propio sino de la actividad financiera y de la economía en general.

Adicionalmente, una vez celebrado el contrato (etapa contractual), en el evento de incumplimiento en el pago de la obligación, ese mismo usuario (actuando ahora en calidad de fuente de información y siempre que cuente con la respectiva autorización del deudor y agote el requisito previo al reporte del dato negativo), cuenta con la posibilidad de reportar ante las centrales de riesgo dicho incumplimiento, señalando no sólo el monto de la obligación incumplida sino la atura de mora, lo cual indefectiblemente se constituye en una garantía adicional no sólo del crédito sino nuevamente de la actividad financiera y de la economía en su conjunto. Todo ello sin perder de vista que en el plano real del tráfico mercantil y financiero dicho reporte ha sido concebido como una sanción<sup>12</sup> para el deudor, no sólo por el hecho de que dependiendo de la altura de mora o extinción de la obligación se establece el término de caducidad del dato negativo sino además porque la moralidad crediticia (reputación) genera circunstancias adversas para la celebración de contratos en el sector financiero y real (empresas de telefonía celular, sociedades inmobiliarias, etc.), e inclusive hasta para acceder a un trabajo<sup>13</sup>, todo lo cual ha sido denominado por la jurisprudencia constitucional como la muerte civil de dicha persona.

Bajo esta perspectiva y como punto de partida, resulta de interés abordar el estudio de las principales garantías clásicas del crédito (tanto personales como reales) con el

---

<sup>12</sup> “El encarcelamiento del alma en la sociedad contemporánea, dominada por la imagen, la información y el conocimiento, ha demostrado ser un mecanismo más expedito para el control social que el tradicional encarcelamiento del cuerpo. Por eso vale la pena preguntarse si estos dos tipos de encarcelamiento se ejercen de manera discriminada y estratégica en Colombia como mecanismo de control frente a dos sectores de población diferente a saber: la cárcel tradicional para la clase marginada del circuito económico y comercial y la cárcel del espíritu contra los demás violadores de las reglas disciplinarias impuestas por dicho circuito. (...) De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido”. Cfr. Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>13</sup> Sobre este aspecto resulta oportuno resaltar que en la actualidad cursa en el Congreso de la República el proyecto de Ley 159 de 2013 –Senado-, mediante el cual, en términos generales se prohíbe la consulta ante las centrales de riesgo como requisito para la vinculación laboral de una persona, razón por la que, según se indica en el Artículo 2º “el empleador no podrá consultar en ningún caso, ni aún con autorización expresa del postulante trabajador, el historial contenido en bases de datos sobre el cumplimiento de sus obligaciones crediticias o financieras”.

propósito de lograr extraer sus principales características y, a partir de estas, identificar los rasgos comunes a todas aquellas que las atraviesan e identifican para de esta manera validar hasta qué punto si otra institución jurídica presenta dichos rasgos comunes puede llegar a ser considerado como una garantía, esto es, como una seguridad o reforzamiento adicional del crédito.

El presente trabajo se divide en tres capítulos, a saber: en el primer capítulo se centra la mirada en el estudio del habeas data, entendido como un mecanismo eficiente de control de los datos personales, especialmente si se tiene en cuenta que, en medio de la envolvente sociedad de la información en la que nos encontramos inmersos, la información personal que se recoge a través de diferentes medios, entre los cuales se destacan las redes sociales<sup>14</sup>, representa un elemento fundamental para la toma de decisiones y la definición de políticas públicas y privadas, en la medida que permite, entre otros aspectos, determinar patrones de conducta, preferencias y necesidades de las personas, así como realizar infografías, perfiles virtuales de las personas, estudios de mercado, estrategias de marketing, prospección de clientes y estudios de crédito.

Así las cosas, se busca una aproximación al habeas data en general con el propósito de lograr una comprensión de este derecho fundamental que con el tiempo ha venido recobrando una importancia inusitada en el ámbito del derecho y la protección de la información personal, relacionada no sólo con sus obligaciones financieras como pareciera desprenderse de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional al respecto, sino de las diferentes esferas de su vida y obra. En consecuencia, se revisarán algunos elementos básicos de este derecho, así como su reciente regulación contenida en la Ley 1581 de 2012 (habeas data general), así como en la Ley 1266 de 2008 (habeas data financiero), su larga trayectoria jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y su relación con el derecho a la información, todo ello con el propósito de centrar se luego en el estudio del denominado habeas data financiero y, posteriormente, extraer las principales características que identifican y definen el habeas data financiero, para más adelante, en el tercer capítulo, validar si dentro de las características propias del habeas data financiero se logran identificar algunos de los rasgos comunes de las garantías clásicas y, en consecuencia, puede considerarse como una garantía adicional o complementaria del crédito.

En el segundo capítulo se muestra un panorama general sobre las principales garantías clásicas del crédito en Colombia con el fin de identificar las características generales más

---

<sup>14</sup> “Hay quienes van recogiendo pedazos de información en la biografía suya de Facebook, como quien teje una gran manta, hasta armar el perfil de una persona. Con ello pueden adivinar gustos, afinidades, parentescos y llegar hasta la clave del correo, que, en la mayoría de los casos, es la contraseña de todos los servicios”. Cfr. Cada minuto se roban 20 identidades en internet. Por Natalia Estefanía Botero, publicado el 13 de mayo de 2013 en [elcolombiano.com](http://www.elcolombiano.com). Consultado en:

[http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/cada\\_minuto\\_se\\_roban\\_20\\_identidades\\_en\\_internet\\_intel/cada\\_minut\\_o\\_se\\_roban\\_20\\_identidades\\_en\\_internet\\_intel.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/cada_minuto_se_roban_20_identidades_en_internet_intel/cada_minut_o_se_roban_20_identidades_en_internet_intel.asp).

sobresalientes de las garantías personales (obligaciones solidarias pasivas, la fianza y el aval), así como de las garantías reales (hipoteca, prenda y anticresis) hasta culminar este breve recorrido con una aproximación a la nueva regulación expedida respecto de las denominadas garantías mobiliarias a través de la cual se unifica y actualiza el derecho prendario en Colombia y, a su vez, se busca promover el acceso al Crédito. Luego se pasa la mirada sobre estas características con el fin de identificar las reglas comunes que las identifican para validar hasta qué punto si dichos rasgos comunes se encuentran presentes en otros instrumentos jurídicos pueden llegar a ser considerados también como una garantía o seguridad adicional al crédito.

En el tercer capítulo se retoman un par de conceptos claves al momento de establecer una relación crediticia, comercial y financiera, como lo son el derecho al buen nombre y la reputación de las personas, especialmente si se tiene en cuenta que, en materia comercial y crediticia dichos conceptos se encuentran asociados a un adecuado comportamiento o moralidad crediticia y que, de otra parte, el hecho que los usuarios puedan acceder a la información financiera para realizar sus estudios de riesgo de crédito genera una seguridad adicional en sus decisiones. Adicionalmente, se busca establecer hasta qué punto el habeas data financiero comparte las características comunes de las principales garantías del crédito estudiadas en el segundo capítulo y, si aun compartiéndolas, se puede sostener que *mutatis mutandis* el habeas data financiero puede ser considerado como una garantía adicional o complementaria del crédito. Finalmente y para constatar la importancia de la reputación al momento de tomar decisiones crediticias, se hace alusión a Lenddo, una compañía que desde el año 2011 ha venido incursionando de manera novedosa en el mercado colombiano con el propósito de otorgar créditos teniendo como elemento determinante de análisis de riesgo la reputación de las personas a través de las redes sociales.

# 1. DEL HABEAS DATA EN GENERAL AL HABEAS DATA FINANCIERO

En medio de la sociedad de la información en la que nos encontramos inmersos y en la que cada día el vertiginoso avance de las tecnologías de la información y comunicación muestran sus asombrosas hazañas para *beneficio de la humanidad*, no sólo se recoge todo tipo de información de las personas sino que además se pone a circular en cuestión de segundos por entre las redes de la internet sin dios ni ley, esto es, sin respetar las diluidas fronteras que emergen de la denominada aldea global que nos envuelve, razón por la que ante esta avasalladora situación resulta de vital importancia que las personas puedan ejercer algún tipo de control en relación con sus datos, no sólo con el propósito de determinar quién los tiene, porqué y para qué, sino especialmente, para que tengan la facultad de decidir de manera autónoma y consciente a quién le entregan sus datos (su información personal) y con qué finalidad. Este es el gran reto de las regulaciones locales y globales: velar por una adecuada protección y utilización de los datos personales.

Es de anotar que, como lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>15</sup> al referirse al surgimiento del derecho fundamental al habeas data, el mismo tiene su origen en los abusos que se le ha dado a la cantidad de información que sobre las personas se recoge, almacena, manipula, divulga y, en fin, maneja a través de las bases de datos de personas públicas y privadas. El tema se torna más preocupante si se tiene en cuenta que en el quehacer diario por donde vamos pasando dejamos algún tipo de información personal<sup>16</sup> que, manipulada y mal utilizada, puede generar algún tipo de control, desigualdad, discriminación e inseguridad; sin embargo, precisamente, para proteger a las personas contra el riesgo que representa el abuso de la información y su utilización incontrolada, surge el habeas data como una forma de garantizar el adecuado control de la información personal y el derecho a la autodeterminación informática, esto es, la posibilidad de determinar a quién y con qué finalidad se entrega la información, así como de solicitar su corrección, actualización o supresión, dentro del marco normativo legal y contractual.

No obstante, bajo una óptica garantista en la que se respetan los derechos de las personas, la información personal que se recoge en debida forma representa un elemento fundamental para la toma de decisiones y la definición de políticas públicas y

---

<sup>15</sup> Cfr. Sentencia C-114 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-443 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>16</sup> “Los modernos sistemas informáticos permiten vigilar y controlar los movimientos, las relaciones y los vínculos del ciudadano sin que él se percate de que está bajo observación. Como algunos notables sociólogos han descrito, el ciudadano se ha convertido en un hombre de cristal ante los poderosos medios informáticos. Otros prefieren llamar a esta situación el síndrome del pez rojo, pues como los peces de este color en las urnas de cristal, no tiene un rincón donde esconderse para preservar su intimidad”. Francesc Torralba, Roselló. *El síndrome del pez rojo*. La información acerca de una persona se escapa a su control, las bases de datos se trasvasan unas a otras. Publicado el 8 de enero de 2007 en *Diario Digital Forum Libertas.com*, 8 de enero de 2007. Consultado en: [http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id\\_noticia=7108](http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=7108)

privadas, en la medida que permite hacer infografías, perfiles virtuales de las personas, estudios de mercado, estrategias de marketing, prospección de clientes y estudios de crédito, entre otros. En relación con el derecho al habeas data en Colombia, resulta oportuno mencionar que aun cuando se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, sólo después de múltiples proyectos de ley y más de un centenar de sentencias de la Corte Constitucional, fue regulado parcialmente con la expedición de la Ley 1266 de 2008 (habeas data financiero) e integralmente a través de la Ley 1581 de 2012 (habeas data general), sobre las cuales nos ocuparemos más adelante.

Por lo anterior, a continuación vamos a aproximarnos al estudio del habeas data en general hasta descender al habeas data financiero en particular y, posteriormente, tratar de identificar, hasta donde ello sea posible y desde una perspectiva jurídico económica los elementos que nos permitan delinear el habeas data financiero como una posible garantía adicional o complementaria del crédito, bajo una doble mirada, la primera (precontractual) como posibilidad de acceder a la información crediticia para decidir si se establece una relación contractual y, la segunda (contractual) como posibilidad de reportar el incumplimiento para informar a los demás agentes del mercado y, a su vez, persuadir al deudor para que honre su obligación.

## **1.1 Aproximación al habeas data en Colombia**

Con las siguientes líneas se procura acercar la mirada hacia el estudio del habeas data con el propósito de lograr una comprensión de este derecho fundamental que con el tiempo ha venido recobrando una importancia inusitada en el ámbito del derecho y la protección de la información personal, relacionada no sólo con sus obligaciones financieras como pareciera desprenderse de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional al respecto, sino de las diferentes esferas de su vida y obra. En consecuencia, se revisarán algunos elementos básicos de este derecho, así como su reciente regulación legal y su larga trayectoria jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, con el propósito de centrarse luego en el estudio del denominado habeas data financiero.

### **1.1.1 Marco constitucional y elementos básicos del habeas data**

Como se mencionó anteriormente, la Constitución Política de Colombia consagra que “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas” y, adicionalmente,

establece que, “En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”<sup>17</sup> (subrayado fuera del texto), siendo del caso precisar que si bien dentro de dicha regulación no se hace alusión al *habeas data* de manera específica como sí lo hacen, por ejemplo, la Constitución de Brasil en el artículo 5 y la Constitución de Perú en el artículo 200, debemos tener en cuenta que la intención de la Comisión I Preparatoria fue, precisamente, referirse al tema del *habeas data* y a la intimidad, tal como lo dejan entrever los debates adelantados en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>18</sup>.

Sin embargo, debemos advertir que, desde una perspectiva menos exegética, se puede inferir con meridiana claridad que el mencionado artículo hace referencia al derecho que tiene toda persona (natural o jurídica) para conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ella en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas, lo cual se traduce y conoce como el derecho al *habeas data* o a la autodeterminación informática.

A pesar de ello, no deja de cuestionarse la deficiente redacción del mencionado artículo, por cuanto dentro del mismo se hace alusión tanto al *habeas data* como al derecho a la intimidad y al buen nombre, lo cual llevó a que en un principio la Corte Constitucional lo interpretara como un derecho que se encontraba inmerso en el derecho a la intimidad. Aunque más tarde, siguiendo los pasos del Tribunal Constitucional español<sup>19</sup>, el Alto Tribunal Constitucional rectificó su posición inicial al señalar no sólo que el *habeas data* constituye un derecho fundamental autónomo, claramente diferenciado de los derechos a la intimidad y el buen nombre<sup>20</sup>, sino que además, resaltó la importancia que para la protección de los datos personales y el ejercicio de este derecho recobra en el ámbito jurídico la delimitación y diferenciación de los citados tres derechos que emergen del artículo 15 de la Constitución Política<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. Artículo 15 de la Constitución Política.

<sup>18</sup> “...el principio de *habeas data*, abarca no sólo la garantía del buen nombre, sino el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido acerca de la propia persona en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. El riesgo que tiene para el buen nombre de las personas el que viejas y erradas informaciones sigan gravitando su buen nombre, se ha convertido en una de las modalidades de más peligro para la intimidad de las personas y para el desarrollo de su personalidad”. Cfr. Gaceta Constitucional No. 82 de 1991. Informe de ponencia para primer debate en plenaria: *Carta de derechos, deberes, garantías y libertades*. Ponente: Dr. Diego Uribe Vargas.

<sup>19</sup> Es de anotar que este alto Tribunal al interpretar la Constitución Española de 1978, ha venido creando nuevos derechos que *prima facie* no se vislumbraban en el texto constitucional, tal es el caso del derecho fundamental a la libertad informática, no tutelado de manera expresa en la Constitución, por cuanto “veintidós años atrás la revolución de la técnica en este campo apenas comenzaba y apenas se percibía”. Sin embargo, en la actualidad el Tribunal Constitucional español ha establecido una clara diferencia entre el derecho fundamental a la protección de datos y el derecho a la intimidad a pesar de que “comparten el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar”. Para una mejor comprensión del tema se sugiere la lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad No. 1463-2000, interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 20.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15 del 13 de diciembre de 1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

<sup>20</sup> Cfr. Sentencia SU-082 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>21</sup> “En la actualidad y a partir de los enunciados normativos del artículo 15 de la Constitución, la Corte Constitucional ha afirmado la existencia-validez de tres derechos fundamentales constitucionales autónomos: el derecho a la intimidad, el derecho al buen nombre y el derecho al *habeas data*. (...) Para la Sala, la diferenciación y delimitación de los derechos consagrados en el artículo 15 de la Constitución, cobra especial importancia por tres razones: (i) por la posibilidad de obtener su protección judicial por vía de tutela de manera independiente; (ii) por la delimitación de los contextos materiales que comprenden sus ámbitos jurídicos de protección; y (iii) por las particularidades del régimen jurídico aplicable y las

- Naturaleza jurídica del habeas data

Como se mencionó anteriormente, el Constituyente del 91 no fue ajeno a la tendencia que se venía dando a nivel latinoamericano en el sentido de elevar a rango constitucional el derecho al habeas data, razón por la que fue consagrado en la Constitución Política como un derecho fundamental de aplicación inmediata y no como una acción o un recurso procesal como se estableció en otras constituciones vecinas<sup>22</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el tema nos permite sostener que en Colombia el habeas data goza de una doble naturaleza jurídica, al punto que no puede ser concebido únicamente como un derecho fundamental y autónomo<sup>23</sup> sino además como un mecanismo o instrumento adecuado para la protección de otros derechos<sup>24</sup>.

Sobre el particular, resulta oportuno mencionar que si bien la Corte Constitucional al interpretar y aplicar el artículo 15 de la Constitución Política ha vislumbrado el habeas data como una institución con una doble naturaleza jurídica, en cuanto derecho y garantía de otros derechos relacionados, puede sostenerse que en últimas todo derecho fundamental reviste esta doble naturaleza, especialmente si se tiene en cuenta que, en línea de principio, con su protección se garantizan otros derechos conexos.

No obstante lo anterior, consideramos que en estricto sentido, el habeas data más que un derecho fundamental tuvo la virtualidad de haber sido concebido por el legislador como un mecanismo de defensa de la autodeterminación informativa, lo cual nos lleva a sostener que así como la acción de habeas corpus se ha erigido desde su consagración en la Carta Magna del año 1215, como una garantía fundamental de la libertad personal, el habeas data pudo haberse convertido en una garantía de la libertad informática. Sobre este punto resulta preciso retomar las palabras de Pérez Luño, cuando al referirse a la naturaleza jurídica del habeas data afirma que no se trata de un derecho fundamental, *strictu sensu*, sino de un instrumento o garantía procesal de defensa del derecho a la libertad informática<sup>25</sup>.

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política, la naturaleza jurídica que el Constituyente del 91 le asignó al habeas data fue la de un derecho fundamental de aplicación inmediata, razón por la que para su garantía procede la Acción de Tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 42, numerales 6º y 7º, del Decreto 2591 de 1991, mediante el cual se reglamenta la Acción de Tutela

---

diferentes reglas para resolver la eventual colisión con el derecho a la información". Cfr. Sentencia T-729 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>22</sup> Tal es el caso de las Constituciones de Brasil (Art. 5º), Perú (Art. 200 inc. 3º) y Argentina (Art. 43).

<sup>23</sup> Cfr. Sentencias SU-082 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía., T-094/95, T-303/98 y T-307/99, entre otras.

<sup>24</sup> Cfr. Sentencias T-444 de 1992, SU-528/93, Cfr. Sentencia T-303 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-307 de 1999, entre otras.

<sup>25</sup> Pérez, L. Antonio E. Ensayos de informática jurídica. México: Fontamara, 1996.



consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012, el titular de los datos cuenta con la facultad de solicitar, bien sea ante la fuente de información o el operador de la base de datos, o ante el responsable o encargado del tratamiento de los datos, que se proteja su derecho al habeas data, lo cual ha llevado a que la Corte Constitucional considere que dicha solicitud previa se constituye en un requisito de procedibilidad para que el titular de los datos pueda interponer la respectiva acción de tutela por violación del derecho fundamental al habeas data.

Así las cosas, el habeas data es un instituto de rango constitucional consagrado como derecho fundamental, esto es, como un derecho humano positivado que cuenta con una garantía reforzada<sup>26</sup>, el cual inicialmente fue clasificado como parte de los denominados derechos de primera generación (derechos individuales, derechos civiles y políticos) en cuanto propugna por garantizar las libertades clásicas emanadas de revoluciones liberales que se gestaron durante el Siglo XVIII en oposición al estado absolutista; sin embargo, establecida la distinción y autonomía que gobierna los diferentes derechos que emergen del artículo 15 de la Constitución Política, así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 superior, en la actualidad se pretende clasificar el habeas data o derecho a autodeterminación informativa como un derecho de cuarta generación en la medida que responde a las nuevas realidades emanadas de la sociedad de la información, de la era digital que nos gobierna, la cual a lo mejor fue siquiera imaginada durante los tiempos de las revoluciones liberales, razón por la que “La libertad informática adquiere así la categoría de nuevo derecho fundamental que tiene como propósito garantizar la facultad de los individuos para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos, controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de autodeterminación informativa, de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión”<sup>27</sup>.

Por lo anterior, podemos inferir que la finalidad del habeas data en términos generales está orientada a permitir que los titulares de los datos puedan ejercer un control real y efectivo sobre sus datos personales y garantizar un adecuado tratamiento de dichos datos por parte de la persona encargada de administrarlos<sup>28</sup>, teniendo en cuenta para ello los principios que gobiernan el tratamiento de datos en Colombia, los cuales emanan

---

<sup>26</sup> Los derechos fundamentales son “derechos humanos que han adquirido la positivización necesaria, preferentemente en el canon constitucional, y que por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva, propias de lo que tradicionalmente se conoce con la expresión derecho subjetivo”. Cfr. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Chinchilla H., Tulio. Bogotá: Temis, 1999. p. 58. Sobre este mismo aspecto y bajo una concepción funcionalista, la Corte Constitucional ha sostenido a partir de 2003 y de manera reiterada, que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”. Cfr. Sentencia T-227 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>27</sup> Cfr. Sociedad de la información y derechos humanos de la cuarta generación. Un desafío inmediato para el derecho constitucional. Ortega Martínez, Jesús. p. 683. Consultado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/26.pdf>.

<sup>28</sup> “Su finalidad principal consiste en preservar la información individual ante su utilización incontrolada. Este derecho otorga a la persona la posibilidad jurídica de impedir que terceras personas usen datos falsos, erróneos o reservados y desvirtúen así su identidad o abusen del derecho a informar”. Cfr. Sentencia T-443 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

de la legislación y la jurisprudencia constitucional y que encuentran un marco de referencia obligatorio en la normas supranacionales.

- Núcleo esencial o contenido básico del habeas data

Antes de entrar a validar cuál es el núcleo esencial del habeas data, consideramos procedente previamente establecer a qué se hace alusión cuando se habla del denominado *núcleo esencial o contenido básico de los derechos fundamentales*, lo cual nos lleva a recordar que el primer pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en torno a dicho concepto se encuentra en la Sentencia T-02 de 1992, en la cual sostuvo que el núcleo esencial hace referencia al “ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste”<sup>29</sup>

A partir de dicho pronunciamiento la Corte Constitucional ha venido retomando y enriqueciendo la teoría del contenido básico de los derechos fundamentales planteada por Häberle<sup>30</sup>, hasta llegar a sostener que “El concepto de ‘contenido esencial’ es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan”<sup>31</sup> y, en esa medida, el núcleo esencial de un derecho es entendido como el ámbito intangible o contenido jurídicamente protegible que le da vida a los derechos fundamentales. Posteriormente, la Corte Constitucional no sólo se ocupó de identificar y definir el núcleo esencial de un determinado derecho fundamental, sino que además estableció los métodos o técnicas jurídicas complementarias que le permiten al juez entrar a determinar lo que constituye el núcleo esencial de los derechos fundamentales<sup>32</sup>.

Después de esta ligera presentación sobre lo que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, ha de entenderse por el núcleo esencial de los derechos fundamentales, vamos a descender al habeas data con el propósito de establecer lo que, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, constituye su núcleo esencial<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. Sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>30</sup> A propósito de la fundamentación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, resulta preciso mencionar que si bien la misma se estructura a partir de los planteamientos de Peter Häberle, Pedro de Vega García nos muestra cómo partiendo de la concepción de Constitución abierta de Häberle, ésta se puede llegar a entender no sólo como ordenamiento jurídico del Estado sino como una Constitución de la sociedad, razón por la que todos pueden y deben interpretarla, desde el Tribunal Constitucional hasta el último de los ciudadanos del Estado, de donde infiere que “hablar, por ejemplo, en el desarrollo de la doctrina de los derechos fundamentales, de una teoría del contenido esencial de los mismos, representa la expresión más evidente de la limitación filosófica, política y jurídica de unos planteamientos que forzosamente habrían de terminar en la inanidad o la tautología”. De Vega, G. Pedro. *Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesis de la realidad constitucional*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1998. pp 67-73.

<sup>31</sup> Cfr. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>32</sup> Cfr. Sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>33</sup> Cfr. Sentencias SU-082 de 1995, T-131 de 1998, T-527 de 2000, T-856 de 2000 y C-687 de 2002, entre otras.

*"¿Cuál es el núcleo esencial del **habeas data**? A juicio de la Corte, está integrado por el **derecho a la autodeterminación informática** y por la **libertad**, en general, y en especial económica.*

*La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales.*

*Y se habla de la libertad económica, en especial, porque ésta podría ser vulnerada al restringirse indebidamente en virtud de la circulación de datos que no sean veraces, o que no haya sido autorizada por la persona concernida o por la ley<sup>34</sup>.*

Sobre este particular resulta pertinente traer a colación que el Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>35</sup> al estudiar la Ley del Censo de Población, se pronunció acerca del derecho que tiene toda persona a la autodeterminación informativa, entendida como la facultad para que el titular de los datos determine quién, cuándo y bajo qué circunstancias se puede conocer la información que sólo le concierne a él.

De otra parte y habiendo abordado el tema del núcleo esencial de los derechos, considero oportuno dejar plasmado que en la Constitución de 1991 se establecieron unos derechos fundamentales (v. gr. habeas data), un mecanismo de protección (tutela) y una forma especial de regulación (ley estatutaria), sin ningún tipo de cortapisas o limitaciones; no obstante, la Corte Constitucional, en su calidad de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, adoptando la teoría del núcleo esencial expuesta por el profesor Peter Häberle, se ha dado a la tarea de precisar el núcleo esencial de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, pasando por alto las restricciones que esta decisión conlleva. Especialmente, si se tiene en cuenta que, en forma unánime y reiterada este Alto Tribunal Constitucional ha venido haciendo una interpretación restrictiva en relación con los temas relacionados con los derechos fundamentales que, conforme al mandato constitucional, deben ser regulados mediante ley estatutaria, al punto de afirmar que en este tipo de leyes deberán incluirse únicamente los aspectos relacionados con el derecho fundamental respectivo, es decir, con su núcleo esencial<sup>36</sup>.

- Contenido del habeas data

Establecer el contenido de toda norma jurídica implica un mínimo ejercicio hermenéutico encaminado a desentrañar o establecer lo que esta prescribe. En nuestro caso, vamos a adentrarnos en el artículo 15 C.P., particularmente en lo relacionado con el derecho de habeas data, para identificar uno de los elementos de su núcleo normativo, como lo es su contenido<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Sentencia SU-082 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>35</sup> Ver Sentencia del 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional Federal alemán, en la que se estudió la constitucionalidad de la Ley de Censo de población.

<sup>36</sup> Cfr. Sentencia C-373 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>37</sup> Para realizar este ejercicio se tiene en cuenta la teoría formal de las normas o lógica deóntica, entendida como teoría de los núcleos normativos. Para tal efecto, siguiendo las tipologías de Von Wright, se hará referencia a la norma prescrita en

La norma al establecer que “toda persona tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ella en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”, está otorgando a toda persona, ya sea natural o jurídica, la posibilidad de ejercer cualquiera de estos tres derechos cuando quiera que dichas informaciones se refieran a ella, es decir, que la afecten positiva o negativamente. De manera que esta primera parte del habeas data puede ser considerado como una prescripción de carácter permisivo, toda vez que faculta a las personas para que hagan uso de los derechos que consagra la norma.

Es de anotar que, precisamente, este ha sido el sentido que le ha dado la Corte Constitucional a esta primera parte de la precitada norma, razón por la que al referirse al contenido del habeas data afirma que este reside en la posibilidad que se otorga a toda persona para que acuda a los bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas con el fin específico de demandar que le permitan conocer, actualizar y rectificar las informaciones que hayan recogido sobre ella, en un tiempo razonable<sup>38</sup>.

“El contenido del **habeas data** se manifiesta por tres facultades concretas que el citado artículo 15 reconoce a la persona a la cual se refieren los datos recogidos o almacenados:

- a) El derecho a conocer las informaciones que a ella se refieren;
- b) El derecho a actualizar tales informaciones, es decir, a ponerlas al día, agregándoles los hechos nuevos;
- c) El derecho a rectificar las informaciones que no correspondan a la verdad”<sup>39</sup>.

Sin embargo, resulta preciso advertir que esta norma contiene una segunda parte, dirigida a las entidades públicas o privadas encargadas de administrar los bancos de datos o archivos, en donde se establece que “en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”, lo cual implica que estas entidades en su procedimiento no pueden desconocer ninguna garantía constitucional, *v. gr.* el debido proceso. De donde se infiere que esta parte hace alusión a una prescripción de carácter imperativo, toda vez que contiene un mandamiento u orden que debe ser tenido en cuenta por las entidades, públicas o privadas, que administran bases de datos. Dicha prescripción se traduce en la limitación impuesta a estas entidades respecto de las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los datos.

Además, como lo advirtió la Corte Constitucional al estudiar el segundo inciso del artículo 15 Superior, allí se encuentra el fundamento de validez de los llamados principios de la administración de datos personales, toda vez que éste constituye “el contexto normativo y axiológico dentro del cual debe moverse, integralmente el proceso informático” y del cual derivan “unas reglas generales que deben ser respetadas para poder afirmar que el

---

el artículo 15 de la C.P., poniendo énfasis en su núcleo normativo y, dentro de este, a la definición del contenido, es decir, aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse, lo que en últimas se traduce en la cosa prescrita (mandato, permisión o prohibición).

<sup>38</sup> Cfr. Sentencias SU-528 de 1993, T-303 de 1998 y T-307 de 1999.

<sup>39</sup> Cfr. Sentencia SU-082 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

proceso de acopio, uso y difusión de datos personales sea constitucionalmente legítimo”, y que a su vez son el resultado “de la aplicación directa de las normas constitucionales al proceso informático”<sup>40</sup>

### 1.1.2 Desarrollo normativo general y sectorial

Es de anotar que a nivel legislativo y después de múltiples intentos fallidos<sup>41</sup>, el Congreso de la República desarrolló de manera parcial el derecho de Habeas Data, mediante la Ley 1266 de 2008<sup>42</sup>, la cual ha sido reglamentada a través de los Decretos 1727 de 2009 y 2952 de 2010<sup>43</sup>, siendo del caso señalar que esta regulación es sectorial y hace referencia de manera particular a la información financiera, crediticia, comercial, de servicio y la proveniente de terceros países. No obstante, nuevamente el Congreso se ha ocupado del tema con el fin de ampliar la protección de los datos personales a nivel integral, razón por la que emprendió el estudio del proyecto de ley Estatutaria No. 184 de 2010 –Senado-, 046 de 2010 –Cámara-, que más tarde se convirtió en la Ley 1581 de 2012 a través de la cual se establece el régimen general para la protección de datos personales en Colombia, reglamentada mediante el Decreto 1377 de 2013.

A continuación se realizará una aproximación a las citadas normas con el propósito de tener un panorama general sobre la regulación del habeas data en Colombia para más adelante centrar la mirada de manera específica en el habeas data financiero, regulado mediante la Ley 1266 de 2008; no obstante, resulta oportuno mencionar que con la expedición de estas normas no sólo se busca proteger, bajo una perspectiva principialística aupada por la regulación europea, el derecho fundamental al habeas data en sus diferentes ámbitos sino además establecer un marco legal claro y consistente que permita allanar el camino para que Colombia sea certificada como un país que cuenta con un nivel adecuado de protección de datos, ya que de esta manera se garantiza tanto la protección de los datos y el respeto a la intimidad como el intercambio o circulación segura de información a nivel transfronterizo, siendo del caso mencionar que en buena medida la importancia de una adecuada protección de los datos está dada en razón a que, como afirma Nelson Remolina A., “*Los datos personales son la moneda de oro de la*

---

<sup>40</sup> Cfr. Sentencia T-307 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>41</sup> Desde 1991 hasta el 2006, el Congreso de la República abordó en más de 10 oportunidades el estudio del habeas data con el propósito de expedir una norma que se encargara de regular el tema lo mismo a nivel parcial que integral; sin embargo, sólo hasta el año 2008 se sancionó la Ley 1266, mediante la cual se reguló la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. Un estudio sobre el tema se encuentra en *Aproximación al habeas data y sus intentos de regulación en Colombia*, Cifuentes Bolívar Julián, Bogotá: 2003. Tesis presentada para obtener el título de abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

<sup>42</sup> Es de anotar que la exhaustiva revisión previa de constitucionalidad de esta ley estatutaria se encuentra en la Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>43</sup> La revisión previa de constitucionalidad de esta ley estatutaria se encuentra en la Sentencia C-748 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*economía digital y el motor de la economía del siglo XXI. Los datos son el negocio de los negocios!!!*<sup>44</sup>

*La regulación sectorial del habeas data se encuentra en la Ley 1266 de 2008, la cual está integrada por 22 artículos, mediante los cuales se regulan los aspectos que se destacan a continuación:*

- En los primeros artículos se establece el objeto de la ley, su ámbito de aplicación, algunas definiciones estipulativas y los principios que rigen la administración de los datos, así como lo concerniente a la circulación de la información, siendo del caso resaltar que dentro de las definiciones se indica que un dato personal *“Es cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica”* y, además, se establece que los datos pueden ser públicos, semiprivados y privados. Adicionalmente, dentro de los principios que rigen la aplicación e interpretación integral de la ley, consideramos procedente resaltar los de la finalidad y la seguridad, teniendo en cuenta que, en líneas generales, la Ley 1266 de 2008 contiene una regulación finalista y que, precisamente, conforme al principio de finalidad, *“La administración de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley. La finalidad debe informársele al titular de la información previa o concomitantemente con el otorgamiento de la autorización, cuando ella sea necesaria o en general siempre que el titular solicite información al respecto”*.
- Adicionalmente, no sólo se establecen los derechos que tienen los titulares de la información frente a los operadores de los bancos de datos, las fuentes de la información y los usuarios, sino que además se señalan los deberes que tienen tanto los operadores de las bases de datos como las fuentes de información y los usuarios, siendo del caso resaltar, entre otros aspectos, que los usuarios deben *“Guardar reserva sobre la información que les sea suministrada por los operadores de los bancos de datos, por las fuentes o los titulares de la información y utilizar la información únicamente para los fines para los que le fue entregada, en los términos de la presente ley”*.
- El artículo 10º consagra el principio de favorecimiento a una actividad de interés público como lo es la financiera, habida cuenta que la misma *“ayuda a la democratización del crédito, promueve el desarrollo de la actividad de crédito, la protección de la confianza pública en el sistema financiero y la estabilidad del mismo, y genera otros beneficios para la economía nacional”*, adicionalmente, se establece que los usuarios de esta tipo de información deben valorarla de manera concurrente e integral con otras variables que incidan en el estudio de riesgo y el análisis crediticio, razón por la que no pueden tomar decisiones de crédito

---

<sup>44</sup> Cfr. [Big data, big problem?](http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=1101). Remolina Angarita Nelson. Publicado el 8 de agosto de 2013 en la página digital del Observatorio Ciro Angarita Barón sobre la protección de datos personales en Colombia. (<http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=1101>).

únicamente con base en información relacionada con el incumplimiento de obligaciones<sup>45</sup>. Este es uno de los elementos que nos va a permitir establecer más adelante hasta qué punto la información que reportan los operadores de las bases de datos para que las entidades financieras pueden realizar sus estudios de crédito y, en últimas, refuercen sus decisiones, puede ser considerado no sólo como una garantía del crédito en particular sino inclusive de la estabilidad del sistema financiero y la economía en general.

- De otra parte, se establecen los requisitos especiales que deben cumplir tanto los operadores de las bases de datos para su funcionamiento como las fuentes de información en relación con la información que reporten al operador, dentro de las cuales se destaca el hecho de que el reporte de información negativa (obligaciones incumplidas) sólo procede si con veinte (20) días de anterioridad se le ha remitido una comunicación al titular de la información, con el propósito de que éste acredite que ya pagó o, en su defecto, proceda a efectuar el pago. Adicionalmente, se establecen los términos de permanencia de la información positiva y negativa, siendo del caso resaltar que sobre esta última nos ocuparemos en detalle al abordar el tema de la caducidad del dato negativo o el denominado “derecho al olvido”<sup>46</sup>.
- Otro aspecto fundamental regulado en la ley, está relacionado con la finalidad que deben acreditar los usuarios para acceder a la información contenida en las bases de datos que administran los operadores de la información, siendo del caso señalar que dentro de las finalidades legítimas, se encuentran las siguientes: i) *“Como elemento de análisis para establecer y mantener una relación contractual, cualquiera que sea su naturaleza, así como para la evaluación de los riesgos derivados de una relación contractual vigente”*, y ii) *“Como elemento de análisis para hacer estudios de mercado o investigaciones comerciales o estadísticas”*. En relación con el acceso que se pretenda hacer a la información, siguiendo dichas finalidades, surge la inquietud si se requiere o no autorización del titular, teniendo en cuenta que de conformidad con la redacción de la norma se infiere que no es necesaria dicha autorización; sin embargo, de lo que no cabe duda alguna es que para poder reportar la información ante los operadores sí se requiere autorización, así como para cualquier otra finalidad, uso o tratamiento de información.

---

<sup>45</sup> Esta situación ya había sido regulada en el pasado por la entonces Superintendencia Bancaria, la cual mediante la Circular Externa 004 del 14 de enero de 2002, establecía que los reportes provenientes de las centrales de riesgo “no son, y en ningún caso pueden llegar a serlo, los únicos elementos de juicio que las entidades vigiladas deben considerar para tomar decisiones sobre otorgamiento de crédito”.

<sup>46</sup> El artículo 3º del Decreto 2952 de 2010, reglamentó lo concerniente al término de permanencia de la información negativa, al establecer que: i) En caso de mora inferior a dos (2) años, la permanencia de la información negativa no podrá exceder el doble de la mora, ii) Para los demás eventos, 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 y, iii) En el caso de incumplimiento de obligaciones en las cuales no se puedan computar tiempos de mora, tal como sucede con las cuentas corrientes canceladas por mal manejo, el término de permanencia de la información negativa será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que cese el incumplimiento o sea cancelado el producto.

- También se establece que la función de vigilancia de los operadores, las fuentes y los usuarios, la ejercen tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como la Superintendencia Financiera de Colombia, las cuales pueden imponer las sanciones consagradas en la ley, dentro de las sanciones se contemplan multas de carácter personal e institucional que pueden ascender hasta por el equivalente a mil quinientos (1.500) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV).
- Finalmente, resulta oportuno mencionar que se consagró un régimen de transición (amnistía) para los titulares de la información que se pusieran al día en sus obligaciones en mora, así como para aquellos que hubieran pagado dentro del año anterior a la entrada en vigencia de la ley, señalando para ello unos plazos y un término de permanencia especial de los datos negativos. En relación con este tema y de acuerdo con la cifras reportadas por Asobancaria, 6.380.581 personas con reportes negativos podían verse beneficiadas con este régimen de transición, porque: i) Tenían la posibilidad de pagar dentro de los próximos 6 meses (76%), ii) Pagaron sus obligaciones en mora hace menos de un año (24%) o, iii) Pagaron sus obligaciones hace más de un año (2.7%)<sup>47</sup>.

Por su parte, *el régimen general de protección al habeas data se encuentra contenido en la Ley 1581 de 2012*<sup>48</sup>, la cual en treinta (30) artículos se encarga de regular el habeas

---

<sup>47</sup> Cfr. Semana Económica. No. 686. Enero 13 de 2009. P. 3. Consultado en: <http://www.asobancaria.com/portal/pls/portal/docs/1/750049.PDF>. En relación con este tema es importante mencionar que como diría el senador Luis Fernando Velasco, más de tres millones de personas se beneficiaron del régimen de transición establecido en la ley, reinsertándose de esta manera al sector del sistema financiero. "De acuerdo con Datacrédito, una de las centrales de riesgo del país, en los seis meses de funcionamiento de la norma, en el marco del periodo de transición, 3.016.160 personas se pusieron al día en sus pagos y fueron beneficiados por el régimen de establecido". Cfr. Gallo Machado, Gustavo. *Habeas Data sacó a tres millones*. Publicado el 10 de julio de 2009 en El Colombiano. Consultado en: [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/H/habeas\\_data\\_saco\\_a\\_tres\\_millones/habeas\\_data\\_saco\\_a\\_tres\\_millones.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/H/habeas_data_saco_a_tres_millones/habeas_data_saco_a_tres_millones.asp). Fue tal la acogida que el congresista Pedro Pablo Trujillo Ramírez presentó el proyecto de Ley No. 249 de 2009 – Cámara- con el propósito crear un nuevo régimen de transición adicionando para ello un artículo nuevo a la Ley 1266 de 2008, en razón a que, como se indica en la exposición de motivos, un "gran número de ciudadanos, por distintas razones, no tuvieron la posibilidad de acogerse a ese beneficio".

<sup>48</sup> Reglamentada mediante el Decreto 1377 del 27 de junio de 2013, el cual se encarga de regular, entre otros aspectos, todo lo concerniente a la autorización del titular para el tratamiento de los datos personales, incluidos los procedimientos que se deben adelantar para obtener la autorización de los datos recolectados antes de la entrada en vigencia del Decreto en comento. Es de anotar que con la entrada en vigencia de este Decreto se ha generado cierta confusión no sólo porque todavía muchas personas se preguntan si la Ley 1581 de 2012 les aplica, hasta dónde les aplica y sobre qué tipos de datos, sino además por la puesta en marcha de los mecanismos que deben adoptar para contar con la autorización de los titulares de los datos que ya venía tratando de tiempo atrás, lo cual ha llevado a que "... los medios impresos y los correos de los usuarios se hayan llenado de avisos y mensajes electrónicos de empresas de las que nunca se imaginaron tuvieran sus datos personales, que informan que si no se responden antes de treinta días se da por hecho la aprobación para los usuarios. Lo que muchas compañías han hecho es confundir conceptos, entre ellos, lo que es un aviso de privacidad, la autorización y las políticas de protección de datos. El senador Velasco, entre otras personas, pretende demandar una parte del Decreto 1377, ya que sostiene que la autorización debe ser expresa e informada, lo que claramente no se cumple con avisos publicados o correos electrónicos". Cfr. Santos Calderón, Guillermo. *A cumplir la ley de habeas data*. Publicado el 12 de agosto de 2013 en la sección editorial del periódico *El Tiempo*. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12986619>. Sobre este mismo aspecto se ha pronunciado Juan Gossain, para sostener su desacuerdo en relación con la inclusión del silencio positivo que se pretende introducir a través del Decreto 1377 de 2013, dado que mientras las leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012 establecen que para poder hacer "uso de la información personal de un ciudadano, se requiere su permiso. Pero entonces viene el Gobierno Nacional y expide el Decreto 1377 de 2013 y viola frescamente el espíritu de ambas leyes, al establecer que la gente está obligada a escribirles una carta a dichos mercaderes para prohibirles que usen su información. El Gobierno cree, ladinamente, que quien calla otorga y que, entonces, el ciudadano que no desautorice es porque está autorizando. Bonito argumento. De ahí que Daniel Samper Pizano haya escrito en su columna dominical de este periódico: *'En Colombia, el silencio de sus ciudadanos entrega a los comerciantes las llaves de su vida privada. ¿Es eso protección?'*". Cfr. Gossain, Juan. *¿Quién los autorizó a poner mi nombre en sus bases de datos?*



data en su integridad, razón por la que dicha ley aplica a los datos personales registrados en cualquier base de datos pública o privada que los haga susceptibles de tratamiento, salvo los datos que de manera expresa se indican en el artículo 2º de la ley, entre los cuales, resulta oportuno destacar las bases de datos y archivos regulados mediante la Ley 1266 de 2008 a que se hizo referencia anteriormente. En líneas generales la mencionada ley se encarga de regular, entre otros aspectos, los siguientes:

- Establece una serie de definiciones estipulativas, dentro de las cuales resulta oportuno resaltar que el tratamiento de datos personales hace referencia a *“cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”* y que el dato personal es concebido como *“cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”*.
- Si bien la Ley 1581 de 2012 no trae una clasificación de los datos como sí lo hace la Ley 1266 de 2008 (que los clasifica en públicos, semiprivados y privados), establece una categoría especial relacionada con lo que se denomina datos sensibles, es decir, aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como los que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, los relativos a la salud y los datos biométricos de las personas.
- Se propende por asegurar una especial protección de los datos de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se consagran los derechos que le asisten a los titulares de los datos personales, dentro de los cuales se establece la facultad de *“conocer, actualizar y rectificar sus datos personales frente a los responsables del tratamiento o encargados del tratamiento. Adicionalmente, se regula lo concerniente a la necesidad de contar con una autorización previa e informada para poder efectuar el tratamiento de datos personales.*
- También se define el procedimiento para presentación de consultas y reclamos por parte de los titulares de la información, precisando que como requisito de procedibilidad *“el Titular o causahabiente sólo podrá elevar queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio si agotó previamente el trámite de consulta o reclamo ante el responsable o encargado del tratamiento de los datos.”*
- Se consagran los deberes que deben cumplir tanto los responsables como los encargados del tratamiento de los datos, dentro de los cuales resulta oportuno

destacar los siguientes: i) Garantizar al titular de los datos, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data, ii) Informar en debida forma y de manera oportuna al titular de los datos sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada, iii) Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento, iv) Garantizar que la información que se suministre al Encargado del Tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible y, v) Tramitar las consultas y los reclamos formulados por los titulares en los términos establecidos en la ley en comento.

- Se establece que la autoridad de regulación de datos en Colombia estará en cabeza de la Delegatura para la Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual ejercerá la vigilancia para garantizar que en el Tratamiento de datos personales se respeten los principios, derechos, garantías y procedimientos previstos en la presente ley. Adicionalmente, se establecen las funciones que debe ejercer y los procedimientos que se deben adelantar para establecer si se están vulnerando los derechos y garantías establecidas en la ley con el propósito de que se adopten las medidas necesarias o imponer las sanciones a que haya lugar por infringir la ley.
- Se crea el Registro Nacional de Bases de Datos, entendido como el directorio público de las bases de datos sujetas a Tratamiento que operan en el país, el cual será administrado por la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo del caso mencionar que dentro de la reglamentación que para tal efecto expida el gobierno nacional se deberá evaluar si las bases de datos excluidas de la regulación de la Ley 1581 de 2012 también deberán registrarse o cómo y quién llevará el control de estas bases.
- De otra parte, se establece la prohibición general de transferir datos personales de cualquier tipo a países que no proporcionen niveles adecuados de protección de datos, según los estándares que para tal efecto fije la Superintendencia de Industria y Comercio; sin embargo, es importante tener en cuenta que dicha prohibición no aplica, entre otros factores, cuando quiera que el titular haya otorgado su autorización expresa e inequívoca para la transferencia o en relación con transferencias bancarias o bursátiles, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable. Sobre este particular se establece que las disposiciones relacionadas con la transferencia internacional de datos serán aplicables para todos los datos personales, incluidos los regulados en la Ley 1266 de 2008.
- Finalmente se regula lo concerniente a la reglamentación de las Normas Corporativas Vinculantes encaminadas a permitir la certificación de las buenas prácticas en protección de datos, personales y su transferencia a terceros países.

Luego de esta mirada panorámica a las leyes que regulan el habeas data en Colombia, resulta de interés fijar la atención por un momento en la definición que de dato personal traen las dos normas con el propósito de establecer sus similitudes y diferencias, siendo del caso mencionar que mientras la ley 1266 de 2008 establece que un dato personal es *“cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica”*, la Ley 1581 de 2012, indica que el dato personal es *“cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”*, de donde se infiere que si bien las dos definiciones conservan una unidad de criterio conceptual respecto al contenido del habeas data (información vinculada o asociada a una persona determinada o determinable), la diferencia fundamental se centra en que la ley de habeas data financiero contempla tanto a las personas naturales como jurídicas<sup>49</sup>, en tanto que la ley de habeas data general única y exclusivamente hace referencia a las personas naturales, razón por la que no se predica ni contempla bajo esta ley una posible protección de los datos de las personas jurídicas, lo cual no obsta para que frente a un caso en particular *“la protección se extienda a las personas jurídicas cuando se afecten los derechos de las personas que la conforman”*<sup>50</sup>.

### 1.1.3 Una mirada a la jurisprudencia y la doctrina

Una vez esbozado el panorama constitucional y legal, vamos a procurar aproximarnos a la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el tema con el firme propósito de rescatar algunos elementos que nos permitan vislumbrar el sentido que la Corte Constitucional le ha venido dando al habeas data en Colombia, siendo del caso resaltar de entrada que si bien este alto tribunal en un principio no tuvo muy clara la naturaleza del habeas data, con el tiempo ha profundizado en el tema hasta el punto de poder afirmar que, a partir de la Sentencia SU-082 de 1995, ha mantenido una línea jurisprudencial estable y progresiva.

De todas maneras, resulta oportuno advertir que antes de la mencionada sentencia, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades concibió el habeas data dentro de la esfera del derecho a la intimidad, de tal suerte que cuando entraba a revisar las acciones de tutela que se presentaban en defensa del habeas data, la intimidad y el buen nombre

---

<sup>49</sup> Resulta oportuno resaltar que en el tráfico comercial y financiero las personas jurídicas contraen obligaciones dinerarias que son reportadas ante los operadores de información y que, en ese sentido, también se convierten en un factor fundamental para la toma de decisiones informadas al momento de realizar un estudio de crédito, lo cual ha llevado a sostener que las personas jurídicas también son titulares del derecho al habeas data. Cfr. Sentencia T-462 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En este mismo sentido ha sostenido la Corte Constitucional que *“...la aplicación del derecho al habeas data financiero y, en general, de los principios de administración de datos personales, se predica a favor de todo sujeto jurídico que esté en capacidad de producir información susceptible de ser objeto de los actos de recolección, tratamiento y circulación a que refiere el artículo 15 C.P.”*. Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>50</sup> Cfr. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

se hacían profundas disertaciones jurídicas y filosóficas<sup>51</sup> en torno al derecho a la intimidad y, posteriormente, se resolvía tutelar este derecho por considerar que dentro del complejo contexto colombiano protegiendo la intimidad se propendía por el respecto de la dignidad humana y se aseguraba la paz y la tranquilidad en cuanto presupuesto fundamental para el desarrollo integral de las personas<sup>52</sup>.

En otra sentencia y después de una reflexión teórica más profunda sobre la vida privada de las personas, la Corte Constitucional se adentró en la conceptualización del habeas data sin dejar de lado, claro está, el derecho a la intimidad, llegando a la conclusión que mediante el habeas data *“se pretende proteger la intimidad de las personas ante la creciente utilización de información personal por parte de la administración pública, de entidades financieras, educativas, profesionales u otras organizaciones privadas. Lo importante es que las personas no pierdan el control sobre la propia información, así como sobre su uso”*<sup>53</sup>

Posteriormente, la Corte Constitucional continúa reiterando la jurisprudencia sentada hasta el momento con algunos pequeños cambios que, de todas maneras, permiten ir delineando el sentido y alcance del habeas data al punto de concebirlo como un instrumento de defensa de la dignidad humana<sup>54</sup>.

Sin embargo, es a partir de la Sentencia SU-082 de 1995 donde la Corte Constitucional, mediante un giro conceptual, se desprende definitivamente de la manera como se venía interpretando el habeas data, para concebirlo como un derecho fundamental autónomo e independiente con un contenido claro y un núcleo esencial que lo identifica y a su vez diferencia de los derechos a la intimidad y el buen nombre, razón por la que más adelante la Corte Constitucional sostiene “que el derecho al habeas data, consagrado en el artículo 15 de la C. P., constituye un derecho fundamental claramente diferenciado del derecho a la intimidad y el buen nombre”<sup>55</sup>.

Pero los esfuerzos de la Corte Constitucional por concretar el sentido semántico y jurídico del habeas data no se quedan aquí sino que cada vez se van adicionando nuevos elementos que permiten enriquecer el concepto del habeas data llegando a sostener que este no sólo garantiza que las personas puedan conocer, actualizar y rectificar la información que sobre ellas se haya recogido en bases de datos públicas o privadas sino que además, se constituye en un derecho – garantía de otros derechos fundamentales, tales como el buen nombre, la honra y la intimidad<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Luego de revisar las tesis que en torno a la vida privada se derivan de los planteamientos teóricos de Hobbes, Orwell y Foucault, la Corte Constitucional establece que “La intimidad es un valor esencial dentro de una sociedad pluralista, que es immanente a la vida del hombre”. Cfr. Sentencia T-444 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>52</sup> Toda persona por el hecho de serlo es titular del derecho a la intimidad “y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta”. Cfr. Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

<sup>53</sup> Cfr. Sentencia T-444 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>54</sup> Cfr. Sentencia SU-528 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

<sup>55</sup> Cfr. Sentencia T-176 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>56</sup> Cfr. Sentencia T-307 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

De conformidad con lo expuesto hasta el momento puede concluirse que en punto de lo que ha de entenderse por habeas data la doctrina constitucional vigente ha sido unánime, al concebirlo como un derecho de doble vía, por cuanto “supone la facultad de ‘conocer e incidir sobre el contenido y la difusión personal que se encuentra archivada en bancos de datos’ y, paralelamente, significa que esa información debe ajustarse a ciertas exigencias mínimas”<sup>57</sup>

La norma al establecer que “toda persona tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ella en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”, está otorgando a todas las personal, natural o jurídica, la posibilidad de ejercer cualquiera de estos tres derechos cuando quiera que dichas informaciones se refieran a ella, es decir, que la afecten positiva o negativamente. De manera que esta primera parte del habeas data puede ser considerada como una prescripción de carácter permisivo, toda vez que faculta a las personas para que hagan uso de los derechos que consagra la norma.

Es de anotar que, precisamente, este ha sido el sentido que le ha dado la Corte Constitucional a esta primera parte de la precitada norma, razón por la que al referirse al contenido del habeas data sostenga que el mismo reside en la posibilidad que se otorga a toda persona para que acuda a los bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas con el fin específico de demandar que le permitan conocer, actualizar y rectificar las informaciones que hayan recogido sobre ella, en un tiempo razonable<sup>58</sup>.

Sin embargo, resulta preciso advertir que esta norma contiene una segunda parte, dirigida a las entidades públicas o privadas encargadas de administrar los bancos de datos o archivos, en donde se establece que “*en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución*”, lo cual implica que estas entidades en su procedimiento no pueden desconocer ninguna garantía constitucional, *v. gr.* el debido proceso. De donde se infiere que esta parte hace alusión a una prescripción de carácter imperativo, toda vez que contiene un mandamiento u orden que debe ser tenido en cuenta por las entidades, públicas o privadas, que administran bases de datos. Dicha prescripción se traduce en la limitación impuesta a estas entidades respecto de las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los datos.

Como tuvo oportunidad de advertir la Corte Constitucional al estudiar el segundo inciso del artículo 15 Superior, allí se encuentra el fundamento de validez de los llamados principios de la administración de datos personales, toda vez que éste constituye “el contexto normativo y axiológico dentro del cual debe moverse, integralmente el proceso informático” y del cual derivan “unas reglas generales que deben ser respetadas para poder afirmar que el proceso de acopio, uso y difusión de datos personales sea constitucionalmente legítimo”, y que a su vez son el resultado “de la aplicación directa de las normas constitucionales al proceso informático”<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Cfr. Sentencia T-1085 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>58</sup> Cfr. Sentencias SU-528 de 1993, T-303 de 1998 y T-307 de 1999.

<sup>59</sup> Cfr. Sentencia T-307 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Así las cosas, se puede afirmar que, en buena medida, lo que se busca con el derecho fundamental al habeas data es que toda persona tenga un control sobre sus datos, es decir, que con fundamento en la libertad informática, en la autodeterminación informática, una persona no sólo tenga la posibilidad de decidir cuándo, cómo, a quién y qué clase de datos suministrar sino además de velar porque esos datos no se desvirtúen o utilicen de manera indebida por parte de la persona encargada de administrarlos, razón por la que, al referirse a la finalidad de habeas data de contenido económico, la Corte Constitucional considerará que:

“El habeas data es un derecho fundamental autónomo que tiene la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo.

...a fin de evitar el abuso del poder informático y garantizar que su ejercicio se encuentre controlado y limitado, se ha consagrado, en el artículo 15 de la Carta, el derecho-garantía a la autodeterminación informática o *habeas data*.”<sup>60</sup>

Bajo esta perspectiva, en la actualidad el derecho al habeas data es concebido como un derecho fundamental autónomo que confiere a su titular la facultad de controlar el tratamiento al que están siendo sometidos sus datos, contando para ello con la posibilidad real de solicitar a los operadores de las bases de datos, a las fuentes de información y, en definitiva, a los responsables o encargados del tratamiento de datos personales, que le permitan tanto el acceso a la información que se encuentra almacenada en las bases de datos, así como a su actualización, exclusión, corrección, adición, limitación en cuanto a su publicación o circulación, etc., todo ello enmarcado en los principios generales que rigen el ejercicio del habeas data en Colombia, consagrados en las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012 y que han sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual en pronunciamientos más recientes, ha hecho énfasis en la necesidad de brindar una adecuada protección a la información personal, especialmente si se tiene en cuenta que en medio de este mundo globalizado la información online fluye de un lugar a otro de manera vertiginosa y, por lo demás, asombrosa<sup>61</sup>.

Luego de esta fugaz aproximación a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta oportuno volver la mirada sobre una serie de conceptos emitidos por algunos estudiosos del tema con el propósito de lograr una visión más amplia del mismo. Así, para Nelson Remolina el habeas data es concebido como una parte fundamental del *data protection*, entendido este último como “el conjunto de normas y principios que regulan el tratamiento de datos personales en todas sus etapas (recolección, almacenamiento,

---

<sup>60</sup> Cfr. Sentencia T-307 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>61</sup> “El hábeas data confiere, (...), un grupo de facultades al individuo para que, en ejercicio de la cláusula general de libertad, pueda controlar la información que de sí mismo ha sido recopilada por una central de información. En ese sentido, este derecho fundamental está dirigido a preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático”. Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño. En este mismo sentido la Corte Constitucional ha sostenido que “(...) el reconocimiento del derecho al habeas data –identificado como un derecho fundamental autónomo tanto en el plano nacional como internacional- persigue la protección de los datos personales en un mundo globalizado en el que el poder informático es creciente”. Cfr. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

circulación, publicación y transferencia nacional e internacional)<sup>62</sup>, siendo del caso señalar que el profesor Remolina considera que “así como el Constituyente consagró el *Habeas Corpus* para garantizar la libertad de las personas, de la misma forma, elevó a canon constitucional el *Habeas Data* como garantía y mecanismo de protección de derechos fundamentales, dando cumplimiento al principio de efectividad de los derechos y deberes sociales, erigido a la categoría de fin esencial del estado y razón de ser de las autoridades (C.N., art. 2º)”<sup>63</sup>.

Al salirnos del contexto colombiano vemos cómo Oscar Puccinelli propone entender el derecho a la protección de datos (*data protection*) como “la suma de principios, derechos y garantías establecidos a favor de las personas que pudieran verse perjudicadas por el tratamiento de los datos nominativos a ella referidos”<sup>64</sup>, además, sugiere mantener este derecho como denominación genérica frente a la libertad informativa, la autodeterminación informativa o el *habeas data*.

De otro lado, Antonio Enrique Pérez Luño considera que el *habeas data* se traduce en “la ‘facultad de acceso’ a las informaciones personales que conciernen a cada ciudadano”<sup>65</sup>, razón por la que debe concebirse como un instrumento procesal de defensa de la libertad informática.

Finalmente, para Alicia Pierini “el *habeas data* no está, ni puede estarlo, referido a todos los registros sino a aquellos que son públicos o privados destinados a dar información, y sólo cuando los datos (‘data’) que posee puedan provocar algún tipo de lesión o agravio a los derechos del ‘registrado’”<sup>66</sup>, razón por la que afirma que este derecho debe entenderse como una “herramienta destinada a la defensa de las personas contra toda posible lesión”.

Después de este panorama general sobre la regulación del *habeas data* en Colombia, así como de su concepción y protección, podemos señalar que en los últimos años el legislador se ha ocupado de manera decidida no sólo de estudiar el tema sino especialmente de expedir las normas que permitan hacer realidad la protección eficiente de la información que se encuentra almacenada en los bancos de datos de las entidades públicas y privadas, estableciendo además los principios<sup>67</sup> que rigen la administración de

---

<sup>62</sup> Remolina, A. Nelson. *Data protection: panorama nacional e internacional*. En Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis editores, 2002. Pág. 101. “Lo dispuesto en algunas partes de los artículos 15, 20 y 29 de la Constitución de 1991 marcó un giro constitucional de enorme envergadura respecto de los datos personales y las personas, reivindicando la libertad, el respeto y la supremacía de la dignidad humana. El artículo 15 significó un antes y un después en la materia, no sólo por su novedad en aquella época, sino por su actual relevancia social y económica, porque estamos en la denominada ‘sociedad de la información’ o ‘era de la información’, en la que los datos personales son el eje de muchas actividades y la moderna de la economía digital”. Cfr. Remolina A., Nelson. Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios a la ley 1581 de 2012. Bogotá: Legis, 2013.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pág. 138.

<sup>64</sup> Puccinelli, Oscar. *Habeas data en Indoiberoamérica*. Bogotá: Temis, 1999. Pág. 68.

<sup>65</sup> Pérez, L. Antonio E. Ob. Cit. Pág. 14.

<sup>66</sup> Pierini, Alicia. *et al.* *Habeas data. Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999. Pág. 19.

<sup>67</sup> Estos principios han sido acogidos y decantados inicialmente por la Corte Constitucional a través de más de un centenar de sentencias que se ocuparon de estudiar el *habeas data* financiero, dentro de las cuales se destacan las Sentencias T-022 de 1993 y T-729 de 2002, en la medida que resaltan de manera abierta y sin ambages el interés general que recobra la adecuada administración de los datos, así como la importancia y utilidad que recobran los principios que gobiernan la administración de los datos. Posteriormente, las leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012, desarrollaron y consolidaron los principios que rigen el tratamiento y la administración de los datos.

esa información, así como los mecanismos a través de los cuales sus titulares pueden conocerla, actualizarla, rectificarla y exigir una oportuna y adecuada protección de sus derechos. Así las cosas, debemos reconocer que se han dado grandes pasos para continuar avanzando por los senderos del derecho con el propósito de regular el habeas data en su integridad, razón por la que resta esperar que el actuar de las personas y de las instituciones permita que esta protección se haga realidad.

De otra parte, resulta oportuno resaltar que si bien el habeas data garantiza la adecuada y legítima protección de la información personal a través de los diferentes mecanismos creados en la constitución y la ley, buena parte de la información que de manera lícita se recoge sobre las personas, cumpliendo para ello con los principios que rigen el tratamiento y la administración de los datos personales, recobra un “verdadero interés general” tanto en el sector público como privado, siendo del caso resaltar que tratándose de los datos financieros, la información que reciben y administran los operadores de información no sólo resulta útil y necesaria sino que además cumple una finalidad fundamental dentro de una economía de mercado en la medida que permite que los agentes económicos tomen decisiones informadas, habilita a los titulares de la información para que puedan no sólo celebrar contratos comerciales y de crédito sino además acceder al sistema financiero.

En relación con este último aspecto, resulta oportuno mencionar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución Política, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público, “por cuanto ayuda a la democratización del crédito, promueve el desarrollo de la actividad de crédito, la protección de la confianza pública en el sistema financiero y la estabilidad del mismo, y genera otros beneficios para la economía nacional y en especial para la actividad financiera, crediticia, comercial y de servicios del país”<sup>68</sup>, razón por la que las entidades que en ejercicio de dichas actividades funjan como usuarios de la información en los términos de la Ley 1266 de 2008<sup>69</sup>, se encuentran facultadas no sólo para acceder a la información administrada por los operadores de información en los términos y condiciones prescritas en la ley sino que además se debe garantizar que la información suministrada para los estudios de riesgo de crédito y toma de decisiones cumpla, entre otros, con el principio de veracidad o calidad de los datos, según el cual dicha información “debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible”.

---

<sup>68</sup> Cfr. Artículo 10 de la Ley 1266 de 2008.

<sup>69</sup> Es de anotar que, de acuerdo con el Artículo 15 de la Ley 1266 de 2008, los usuarios pueden acceder a la información que administran los operadores de las bases de datos “únicamente con las siguientes finalidades: Como elemento de análisis para establecer y mantener una relación contractual, cualquiera que sea su naturaleza, así como para la evaluación de los riesgos derivados de una relación contractual vigente”, también, de conformidad con el artículo 9° de la precitada ley, los usuarios están obligados a: guardar reserva sobre la información suministrada, informar a los titulares sobre la utilización que le están dando a la información y asegurar y proteger la información para impedir su pérdida, deterioro o uso no autorizado.



## 1.2 Sobre el Habeas Data financiero

Dentro de los diferentes tipos de información de las personas que se han venido protegiendo y regulando, primero a través de la jurisprudencia y, últimamente, a nivel legal, cobra especial relevancia la relacionada con los datos financieros, razón por la que en el presente acápite se procura adentrar en lo que se ha denominado como el habeas data financiero con el propósito de establecer su alcance, así como la finalidad del mismo y el tratamiento que en Colombia se le ha venido dando a la caducidad de los datos financieros negativos.

### 1.2.1 ¿Qué entender por habeas data financiero?

De acuerdo con el seguimiento que se ha realizado a las diferentes sentencias proferidas por la Corte Constitucional en relación con el derecho fundamental al habeas data se ha logrado constatar que más del 70% de las mismas están relacionadas con los datos negativos reportados ante las denominadas centrales de riesgo financiero, hoy conocidas como operadores de información en los términos del literal c) del artículo 3º de la Ley 1266 de 2008, siendo del caso destacar que con la entrada en vigencia de esta Ley, mediante la cual se reguló, precisamente, lo concerniente a la información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, se establecieron los derechos que le asisten a los titulares de la información, dejando de manera clara los principios, procedimientos y obligaciones que se deben tener en cuenta con el propósito de garantizar en debida forma y de manera oportuna el derecho al habeas data financiero, concebido como tal desde una perspectiva sectorial.

En relación con la denominación habeas data financiero, es importante resaltar que, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el mismo hace alusión a una categoría especial o, si se quiere, a una especie del habeas data general consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, el cual tiene una connotación relevante en el ámbito económico y reputacional del titular de los datos que puede afectar tanto su derecho a la honra y el buen nombre como el acceso al sistema financiero<sup>70</sup> o al sector

---

<sup>70</sup> En relación con este tema, resulta de interés resaltar cómo la Corte Constitucional ha reiterado el interés que recobra en una economía de mercado el acceso al sistema financiero, al punto de afirmar que “si bien los bancos gozan de autonomía negocial, la cual tiene sustento constitucional, aquella es más restringida que la del resto de particulares, pues el carácter de interés público, la intervención del estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero” Cfr. Sentencia SU-167 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Adicionalmente, este Alto Tribunal ha considerado que negar sin justificación objetiva y razonable la prestación de los servicios financieros a determinados usuarios, así como darlos por terminados de manera unilateral, “puede vulnerar los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14 C. Pol.), igualdad (Art. 13 C. Pol.) y libertad económica (Art. 333 C. Pol.), éste último en conexidad con los anteriores”. Cfr. Sentencia C-341 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería. Finalmente, la Corte ha advertido que la libertad contractual de la banca se encuentra limitada por el núcleo esencial de los derechos de los clientes y, en ese sentido, las decisiones de los bancos pueden llegar a anular los

real (empresas de telefonía, empresas del sector inmobiliario, empresas de medicina prepagada, entre otras), en razón a que en la actualidad una de las variables que se tienen en cuenta a la hora de realizar un estudio de crédito es, precisamente, la información financiera reportada ante los operadores de información, mediante la cual se logra evidenciar no sólo el comportamiento crediticio de una persona (hábito de pago) sino además establecer su capacidad de pago, lo cual nos lleva a vislumbrar la preponderancia que recobran en la administración de datos los principios de veracidad y calidad, en virtud de los cuales resulta fundamental que dicha información sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible y, a su turno la legislación prohíbe el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error, dado que en este último evento se estaría vulnerando de manera flagrante el derecho al habeas data y, de paso, podría llegarse a causar algún tipo de perjuicio al titular de los datos, dado que un mal reporte podría estar cerrándole las puertas a los diferentes productos y/o servicios que se ofrecen en los sectores financiero y real, entre otros.

En relación con este último aspecto la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al sostener que está proscrito dentro del ordenamiento jurídico colombiano la divulgación de información que no sea cierta, esto es, que no se ajuste a la realidad, teniendo en cuenta que la misma no sólo puede llegar a afectar los derechos a la honra, la imagen, el buen nombre y la intimidad sino además por los perjuicios que en la actividad económica y la situación patrimonial se generan con ocasión del “*efecto multiplicador que tiene el informe negativo en las instituciones receptoras de la información incorporada al banco de datos o archivo*”<sup>71</sup>, razón por la que la jurisprudencia constitucional y la legislación en materia de habeas data<sup>72</sup> establecen que el tratamiento de los datos personales se encuentran bajo el amparo de un catálogo de principios, dentro de los cuales, podemos destacar los de la finalidad, utilidad y veracidad o calidad de la información personal, siendo del caso precisar que en virtud de este último no sólo se establece que la información sujeta a tratamiento o contenida en las bases de datos sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible, sino que adicionalmente, se prohíbe el registro y divulgación parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error<sup>73</sup>.

---

derechos de los clientes o bloquear comercialmente a una persona cuando se presente alguna de las siguientes situaciones: i) Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos; ii) cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario; iii) cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público y, iv) cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Cfr. Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En relación con la autonomía de la voluntad privada en el sector financiero y los derechos fundamentales de los usuarios o consumidores financieros se sugiere la Sentencia T-585 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>71</sup> Cfr. Sentencia T-094 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>72</sup> Artículo 4º de la Ley 1266 de 2008 y Artículo 4º de la Ley 1581 de 2012, siendo del caso resaltar que, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 2º de esta última Ley, “Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin refirir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal”.

<sup>73</sup> “Los efectos lesivos para la persona, derivados de la divulgación de información errónea, se hacen más notorios en materia de administración de datos financieros, habida cuenta que el deterioro de la imagen comercial o financiera de un individuo puede implicar perjuicios significativos en materia económica”. Cfr. Sentencia T-129 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

De acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, el habeas data financiero puede ser concebido como:

“... el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información públicas o privadas, que tienen como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero de su titular.”<sup>74</sup>

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, más adelante este alto tribunal reiteró que el habeas data financiero no sólo obedece a una clasificación teórica del habeas data en general sino que además:

“...Su contenido está referido a la posibilidad que tienen las personas de (i) conocer, actualizar y rectificar la información acerca del comportamiento financiero y crediticio que figure en los bancos de datos, (ii) de carácter público o privado, (iii) cuya función es administrar dichos datos para medir el nivel de riesgo financiero del titular de la información.”<sup>75</sup>

Adicionalmente, resulta oportuno mencionar que, siguiendo las definiciones que trae el artículo 3º de la Ley 1266 de 2008, el habeas data financiero es considerado como un dato semiprivado en razón a que su “conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general”. Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“... el objeto de protección del derecho al hábeas data financiero es la información semiprivada o datos sobre los comportamientos bancarios y crediticios que tiene una persona. Dichos datos financieros pueden ser positivos, en tanto versan sobre el historial crediticio del sujeto concernido que da cuenta del cumplimiento satisfactorio en la amortización de sus obligaciones comerciales y de crédito, y negativo porque reflejan el tiempo de mora, el tipo de cobro, el estado de la cartera o las obligaciones incumplidas que tiene una persona. No obstante, el dato financiero negativo se rige por un término máximo de permanencia, vencido el cual deberá ser retirado de los bancos de datos por el operador, de forma que los usuarios no puedan acceder a la información.”<sup>76</sup>

En relación con los datos financieros negativos se revisará más adelante al abordar el estudio de la denominada caducidad del dato negativo o “derecho al olvido”; sin embargo, continuando con los lineamientos de la Ley 1266 de 2008, el habeas data financiero no sólo hace referencia a la información semiprivada aludida anteriormente, sino que además la norma en comento expresa de manera explícita que, para todos los efectos de dicha Ley, se debe entender por “información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, aquella referida al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente de la naturaleza del contrato que les dé origen”<sup>77</sup>, lo cual nos permite inferir sin mayor grado de dificultad que, en línea de principio, el habeas data regulado en la Ley 1266 de 2008 hace referencia a todas las obligaciones de dar o entregar una determinada suma o cantidad de dinero, sin perjuicio

---

<sup>74</sup> Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>75</sup> Cfr. Sentencia C-658 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub.

<sup>76</sup> Cfr. Sentencia T-847 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>77</sup> Cfr. Literal j), Artículo 3º de la Ley 1266 de 2008.

del contrato en virtud del cual emana dicha obligación, razón por la que si bien dicha obligación surge con nitidez del contrato de mutuo, nada obsta para que se desprenda de otros negocios jurídicos, tales como los de cuentas bancarias<sup>78</sup>.

## 1.2.2 La finalidad del habeas data financiero

Teniendo en cuenta lo expresado hasta el momento, podemos sostener que como se desprende tanto de la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen la Ley 1266 de 2008, así como de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la finalidad del habeas data financiero la constituye el hecho de convertirse en una variable determinante para realizar análisis de riesgo o establecer perfiles de riesgo, particularmente de riesgo de crédito, razón por la que dicho Alto Tribunal ha considerado que:

“objetivo fundamental es suministrar seguridad y garantía a quienes se encargan de manejar el ahorro público, actividad que, a la luz de lo señalado expresamente por el artículo 335 constitucional, se constituye en una labor de verdadero interés general.”<sup>79</sup>

“Las bases de datos tienen como finalidad –en materia financiera y comercial- el almacenamiento de informaciones veraces que no conduzcan al decaimiento del sistema financiero; situación que alteraría el valor de la confianza en la sociedad”<sup>80</sup>

“... la finalidad de los bancos de datos en el marco del sistema financiero es ilustrar el comportamiento crediticio de los usuarios y, por esta vía, permitir establecer su perfil de riesgo, razones por las cuales debe permanecer un mínimo de información en el banco de datos de que se trate.”<sup>81</sup>

Estas finalidades en su conjunto fueron ratificadas y ampliadas en profundidad mediante la sentencia a través de la cual se estudió en detalle la constitucionalidad de la Ley 1266 de 2008, razón por la que a continuación se cita en extenso los aspectos más relevantes de dicho pronunciamiento respecto a la finalidad de habeas data financiero:

El hábeas data financiero está dirigido a proteger la libertad del individuo de controlar la información personal concernida en bases de datos, destinadas a ofrecer a terceros datos útiles para el cálculo del riesgo crediticio del titular. En el ejercicio de este derecho confluyen varios valores y principios constitucionales, a la vez que otros derechos.

De otro, también debe acotarse que el adecuado cálculo del riesgo crediticio es un aspecto importante para la protección de los recursos de intermediación y, por ende, del sistema financiero en su conjunto. (...)

---

<sup>78</sup> “Así las cosas, dada la finalidad del régimen especial de protección al derecho fundamental al habeas data contenido en la Ley 1266 de 2008, su regulación y contexto, estimamos que dicha regulación abarca también los datos del pasivo de las entidades vigiladas, que corresponden al activo del titular de la información, porque su conocimiento es un factor determinante al momento de evaluar la capacidad de pago del potencial deudor, su condición financiera actual y las posibilidades de incumplimiento de sus obligaciones”. Cfr. Concepto 2013072841-004 del 6 de noviembre de 2013, Superintendencia Financiera de Colombia.

<sup>79</sup> Sentencia T.1319 de 2009, citando la sentencia T-527 de 2000

<sup>80</sup> Cfr. Sentencia T-487 de 2004. M. P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>81</sup> Cfr. Sentencia T-684 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sin embargo, también debe advertirse que el cálculo del riesgo es un parámetro que no sólo es útil para el ejercicio de las actividades crediticias sino que, como lo demuestra la experiencia, es definitivo para un sinnúmero de actividades de la vida social, en especial de naturaleza mercantil las cuales, aunque son actividades protegidas por el Estado, se inscriben en el marco propio de la iniciativa privada y, por ende, separada del interés público en el que se inscriben las actividades financieras, bursátil, aseguradora y las demás relacionadas con el manejo y aprovechamiento de recursos de captación.

De otra parte, resulta oportuno retomar las palabras expresadas líneas atrás, en donde se resalta que la legislación sobre habeas data en Colombia se fundamenta en una serie de principios que deben ser tomados en serio por parte de las personas que van a efectuar algún tratamiento de datos, llámense operadores de información, usuarios o fuentes bajo la Ley 1266 de 2008 o responsables y encargados, bajo la égida de la Ley 1581 de 2012. Uno de los principios rectores es, precisamente, el de la finalidad, razón por la que en virtud del dicho principio, consagrado en el artículo 4º de la Ley 1266 de 2008, *“La administración de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley”* y, adicionalmente, *“La finalidad debe informársele al titular de la información previa o concomitantemente con el otorgamiento de la autorización, cuando ella sea necesaria o en general siempre que el titular solicite información al respecto”*.

Es de anotar que en materia de habeas data financiero, el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008 estableció de manera clara y contundente que los usuarios de la información contenida en las bases de datos de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países podrán acceder a dicha información, única y exclusivamente, con las siguientes finalidades:

- Como elemento de análisis para establecer y mantener una relación contractual, cualquiera que sea su naturaleza, así como para la evaluación de los riesgos derivados de una relación contractual vigente. Lo cual concuerda con la definición que de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, trae la Ley en el literal j) del numeral 3º.
- Como elemento de análisis para hacer estudios de mercado o investigaciones comerciales o estadísticas.
- Para el adelantamiento de cualquier trámite ante una autoridad pública o una persona privada, respecto del cual dicha información resulte pertinente.
- Para cualquier otra finalidad, diferente de las anteriores, respecto de la cual y en forma general o para cada caso particular se haya obtenido autorización por parte del titular de la información.

Frente a las tres primeras finalidades surge la inquietud si el usuario de la información debe contar con la autorización previa para consultar la información, teniendo en cuenta que en la cuarta finalidad se establece que para cualquier otra finalidad, diferente a las anteriores (resalta la norma), se requiere contar con la autorización del titular de la información. Bajo esta perspectiva y analizada la ley en su conjunto, puede llegar a concluirse que en los tres primeros casos no se requiere autorización, posición esta que

ha sostenido la Superintendencia Financiera de Colombia, pero que la Superintendencia de Industria y Comercio no comparte al considerar que sí se requiere autorización previa del titular de la información para poder consultarla en razón a que la consulta en sí misma está concebida como una forma de tratamiento de datos según lo establecido en la Ley 1581 de 2012; sin embargo, de lo que no queda el más mínimo manto de duda es que para reportar la información ante los operadores de las bases de datos resulta imprescindible la autorización previa, razón por la que, en el numeral 6º del artículo 8º de la Ley 1266 de 2008, impone como uno de los deberes de las fuentes de la información *“Certificar, semestralmente al operador, que la información suministrada cuenta con la autorización de conformidad con lo previsto en la presente ley”*.

### **1.2.3 La caducidad de los datos financieros negativos o “derecho al olvido”**

Uno de los temas que con mayor frecuencia motivó al Congreso de la República para que se ocupara de reglamentar el derecho fundamental al habeas data fue, precisamente, el relacionado con el término de permanencia de la información financiera negativa ante las denominadas Centrales de Riesgo; sin embargo, a pesar de los múltiples intentos fallidos, los proyectos de ley orientados en dicho sentido terminaban archivados, entre otras razones, porque varios congresistas se declaraban impedidos o inhabilitados para debatir sobre estos proyectos, manifestando que existía un conflicto de interés, por cuanto se encontraban con un historial crediticio a su nombre, lo cual motivó a que ex-Ministro de Hacienda y Crédito Público, Alberto Carrasquilla, elevara una consulta en dicho sentido ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el cual concluyó afirmando que dicha circunstancia por sí misma no se constituía un impedimento para participar en el debate y votar en el trámite de una ley que regule de manera uniforme y general el derecho al habeas data<sup>82</sup>.

Para superar el vacío legislativo que existía sobre el particular, le correspondió a la Corte Constitucional sentar los lineamientos que guían el ejercicio del derecho al habeas data, así como las reglas que debían observar las Centrales de Riesgo, respecto de la permanencia de la información negativa<sup>83</sup>, al considerar que los datos negativos pierden su vigencia una vez desaparecieran las causas que les dieron origen. Adicionalmente, en esta misma línea la Corte ha sostenido que dicha información negativa por su naturaleza tiene una vigencia limitada en el tiempo y que, en ese sentido, ningún dato puede tener vocación de perennidad, por lo que le corresponde al legislador en el momento de reglamentar el derecho fundamental al habeas data fijar un lapso de tiempo razonable dentro del cual recobre vigencia el dato. Así las cosas, una vez transcurrido el tiempo de

---

<sup>82</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo. 29 de septiembre de 2005. Radicación No. 1673.

<sup>83</sup> “Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales”. Cfr. Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

vigencia, el dato deberá desaparecer de las bases de datos, procurando de esta forma no sólo evitar el ejercicio abusivo del derecho a la información sino la vulneración de algunos derechos fundamentales.

Sobre este particular resulta oportuno resaltar que la Corte Constitucional dio un gran paso adelante a través de la Sentencia SU-082 de 1995, en la cual estableció que si bien el artículo 15 de la Constitución Política no consagra de manera expresa el derecho a la caducidad del dato negativo, el mismo se infiere de la autodeterminación informática y de la libertad, en especial la económica. Bajo este presupuesto y teniendo en cuenta que debe existir un límite temporal razonable mediante el cual no sólo se evite el abuso del poder informático y se preserven las sanas prácticas crediticias sino que, además se estimule el buen comportamiento o moralidad crediticia de los deudores, “pues no sería lógico ni justo que el buen comportamiento de los últimos años no borrara, por así decirlo, la mala conducta pasada”, además, considera la Corte, que un deudor que ha pagado sus deudas y conserva durante un determinado y razonable lapso de tiempo un buen comportamiento, hace méritos para crear un buen nombre que antes no poseía.

Con el propósito de regular lo concerniente al término de permanencia de la información negativa y acabar con lo que en el proyecto de Ley estatutaria, que dio origen a la Ley 1266 de 2008, se denominó, la “dictadura del reporte negativo”, se estableció en el artículo 11 del proyecto que el término de permanencia de la información negativa sería de cinco (5) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea pagada la obligación vencida. No obstante, luego de la discusión legislativa se terminó aprobando que dicho término de permanencia sería de cuatro (4) años contados a partir de que el deudor pague la obligación<sup>84</sup>; sin embargo, no se dijo nada en relación con el término de permanencia cuando el deudor no paga, cuál sería el límite temporal razonable de la información negativa en este caso.

Es de anotar que al efectuar el estudio previo de constitucionalidad de la Ley 1266 de 2008, la Corte Constitucional señaló que “la fijación de un término único de caducidad, carente de gradualidad y que permite la permanencia indefinida del dato financiero negativo para el caso de las obligaciones insolutas es contraria a la Constitución, puesto que prevé una media legislativa que impone un tratamiento abiertamente desproporcionado a los titulares de la información personal incorporada en las centrales de riesgo crediticio”<sup>85</sup>, razón por la que con el fin de modular la interpretación de dicha norma, la Corte advirtió que “el término de cuatro años es una decisión legislativa

---

<sup>84</sup> El artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, relacionado con la permanencia de la información, establece que “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**” (resaltado fuera del texto). Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Artículo 52 de la Ley 546 de 1999, “Los deudores de los créditos de vivienda individual a largo plazo que reestructuren sus créditos hipotecarios en los términos previstos en el artículo 42 de la presente ley, tendrán derecho a exigir que sus nombres se retiren como deudores morosos de las centrales de riesgo, una vez hayan cumplido puntualmente con el pago de las tres primeras cuotas de la obligación reestructurada”.

<sup>85</sup> Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño

razonable, excepto en los casos en que se trata de (i) una mora vigente por un periodo corto, amén del pago efectuado prontamente; y (ii) cuando se trata de obligaciones insolutas, respecto de las cuales se predica la prescripción”, por lo que finalmente decidió regular el tema declarando exequible el artículo 13 del Proyecto de Ley, “en el entendido que la caducidad del dato financiero en caso de mora inferior a dos años, no podrá exceder del 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”.

De todas maneras, con el propósito de reglamentar esta decisión de la Corte, el Gobierno expidió el Decreto 2952 de 2010, por el cual se reglamentan los artículos 12 y 13 de la Ley 1266 de 2008, indicando en la parte considerativa del mismo que se requiere hacer algunas precisiones en torno a los aspectos relacionados con la permanencia de la información, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, razón por la que en el artículo tercero del Decreto en comento se establecieron las siguientes **reglas en relación con la permanencia de la información negativa**:

**Tabla 1-1:** Término de caducidad del dato negativo. Elaboración propia.

Situación	Tiempo de la mora	Término de caducidad
Mora en el pago de la obligación	Inferior a dos años	Máximo el doble de la mora
	Superior a dos años	Cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que se cumpla la obligación.
Obligaciones insolutas	N/A	Cuatro (4) años contados a partir del momento en que se extinga la obligación por cualquier causa.
Incumplimiento de obligaciones en las que no se puedan computar tiempos de mora. Ej. Cancelación de Cuentas Corrientes.	N/A	Cuatro (4) años contados a partir del momento en que cese el incumplimiento o sea cancelado el producto.

Así las cosas, estas son las reglas que actualmente rigen el término de permanencia de la información financiera negativa ante los operadores de las bases de datos, las cuales al estudiarlas con detenimiento generan cierta incertidumbre, no sólo en cuanto al consenso para su aprobación sino además porque el resultado final no da razón de los planteamientos plasmados en la exposición de motivos, especialmente en lo relacionado con la caducidad del dato negativo, toda vez que en la misma se establecía que uno de sus propósitos era, precisamente acabar con lo que los proponentes denominaban como la “dictadura del reporte negativo”<sup>86</sup>.

En relación con la caducidad de las obligaciones insolutas, resulta preciso mencionar que nuevamente viene haciendo carrera una interpretación de la Corte Constitucional, según la cual, en aras de proteger el derecho al olvido y al habeas data del deudor, “De tal

<sup>86</sup> Cfr. Cifuentes Bolívar Julián. *De datos y dictaduras*. Escrito inédito. (Mayo 30 de 2008).



forma que el juez constitucional se encuentra facultado para contabilizar el término de diez años desde el momento en el que la obligación se hace exigible sin necesidad de la declaración judicial, para luego aplicar los cuatro años adicionales, a manera de sanción consagrada en la ley, con lo cual se cumple la caducidad del dato<sup>87</sup>. Sin embargo, la interpretación de la Corte no se ha quedado en este punto sino que ha establecido una subregla adicional para establecer el término de permanencia del dato negativo en tratándose de obligaciones insolutas, según la cual *“si con ocasión de la prescripción de la acción cambiaria, dependiendo del título valor de que se trate, se extingue la obligación originaria, es a partir de dicho momento en que deberán contabilizarse los cuatros años a que alude el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008 para eliminar definitivamente el dato negativo”*<sup>88</sup>. Así las cosas, para determinar la caducidad del dato negativo, el juez constitucional ya no sólo tendrá en cuenta los 10 años de la prescripción ordinaria sino incluso el término de prescripción de la acción cambiaria del título valor que contenga la obligación.

Después de este breve recorrido y teniendo en cuenta que el principio de finalidad que gobierna la regulación de habeas data en general y del financiero, en particular, señala que la administración y tratamiento de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima según la Constitución y la Ley, resulta oportuno preguntarnos ahora no sólo sobre la finalidad que persigue el tratamiento de la información negativa cuyo acopio ha dado lugar a las denominadas “listas negras” sino además sobre la finalidad de establecer un término de caducidad a dicha información dando lugar al denominado “derecho al olvido”.

Es de anotar que si bien las dos preguntas están íntimamente ligadas cada una tiene sus propias particularidades y, en consecuencia, las posibles respuestas también conservarán esta peculiaridad.

En líneas generales y de acuerdo con lo expuesto hasta el momento en relación con el habeas data financiero, consideramos que el tratamiento de la información negativa cumple en esencia una doble finalidad: de un lado, permite realizar un adecuado estudio de crédito del titular de los datos y, en consecuencia, tomar decisiones informadas, esto es, teniendo en cuenta el comportamiento o moralidad crediticia en un lapso de tiempo (hábito de pago, reputación) y, de otro lado, como lo indica el artículo 10º de la Ley 1266 de 2008, favorecer *“una actividad de interés público, como lo es la actividad financiera propiamente, por cuanto ayuda a la democratización del crédito, promueve el desarrollo de la actividad de crédito, la protección de la confianza pública en el sistema financiero y la estabilidad del mismo”*; sin embargo, se observa que el enfoque de esta última justificación está dado desde la perspectiva de la actividad financiera como tal, frente a lo cual resulta de interés cuestionarse si dicha finalidad se predica de otras actividades comerciales y crediticias que se desarrollan dentro del entorno de una economía de mercado.

---

<sup>87</sup> Cfr. Sentencia T-964 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>88</sup> Cfr. Sentencia T-1061 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Reflexionando en torno a este último punto surge la posibilidad de explorar hasta qué punto el reporte negativo que se genera dentro del contexto del habeas data financiero y bajo la perspectiva de las características comunes de las principales garantías clásicas del crédito, puede concebirse además como una garantía adicional o complementaria del crédito en la medida que, de alguna manera, contribuye a disminuir el riesgo de crédito, así como a generar una seguridad adicional para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, especialmente si se tiene en cuenta que dentro de las consecuencias adversas que conlleva un reporte negativo se encuentra la de poner una lupa en dicha información con el propósito de establecer hasta qué punto y bajo qué circunstancias específicas se generó dicha información, lo cual no obsta para que llegado el caso se *excluya* al titular de la información no sólo del sector financiero o de algunos productos que éste ofrece, sino de otros sectores de la economía (piénsese, por ejemplo, en telefonía celular y la actividad inmobiliaria).

Por lo anterior, tanto la Corte Constitucional como el legislador colombiano, consideraron que en cumplimiento de los principios de temporalidad, utilidad y finalidad de la información personal, la información negativa debe tener un término de permanencia, pasado el cual dicha información caduca y, en consecuencia, se debe retirar de las bases de datos, ya que de lo contrario podría verse vulnerado el derecho fundamental al habeas data, así como el derecho a la imagen y al buen nombre, entre otros.

Tampoco puede perderse de vista que si bien el tema de citados reportes negativos se fundamenta en el interés general que representa para la economía en su conjunto la protección especial de la actividad financiera, a nivel individual también propugna por el buen comportamiento o moralidad crediticia de los deudores, ya que de esta manera hacen méritos para crear y mantener un buen nombre. No obstante, resulta oportuno advertir que en el plano concreto y humano: i) El reporte de información negativa ha sido concebido como una sanción<sup>89</sup> por el incumplimiento de una obligación, sobre la cual resulta legítimo informar a los distintos agentes económicos que intervienen en una economía de mercado para que tomen las medidas necesarias y suficientes que permitan mitigar posibles riesgos que llegaren a generarse por dicha situación y, ii) Dicho reproche, sanción o castigo ocasionado por el incumplimiento de una obligación dineraria lleva implícita una especie de determinismo crediticio y aflicción en el titular de la información que, de alguna manera, lo lleva a sentir vergüenza<sup>90</sup> en la medida que su buen nombre, fama, reputación o moralidad crediticia está quedando en entre dicho frente a los agentes económicos del mercado, los cuales cada vez más tienen puestos sus ojos de Argos sobre los consumidores para seguirles el paso en sus negocios generando alertas tempranas que permitan mitigar posibles riesgos.

---

<sup>89</sup> “Las sanciones o informaciones negativas de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo tales personas son titulares de una verdadero derecho al olvido”. Cfr. Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>90</sup> “La vergüenza es una emoción universal en la vida social. (...) La mayoría de las personas, la mayor parte del tiempo, intenta parecer ‘normal’, noción cuya extrañeza abordaré más adelante, pero cuyo atractivo es innegablemente fuerte en todas las sociedades democráticas modernas. Sin embargo. A veces nuestras debilidades ‘anormales’ quedan de todos modos al descubierto y entonces nos sonrojamos, nos escondemos o desviamos la mirada. La vergüenza es la dolorosa emoción que responde a esa exposición. Ella marca el rostro con sus signos inconfundibles”. Nussbaum, Martha C. El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley. 1ª. ed. Buenos Aires: Katz, 2006. p. 206.

## 1.3 Del habeas data al derecho a la información

Desde el punto de vista jurídico la Constitución y la ley garantizan el derecho que tienen todas las personas de recibir y dar información, razón por la que bajo esta perspectiva podemos pasar la mirada sobre este derecho; sin embargo, también resulta de interés tender un puente entre el derecho a la información y el derecho al habeas data, especialmente si tenemos en cuenta que a través de este último derecho lo que se persigue es que las personas puedan tener el control de su información personal y, en esa medida, establecer de manera autónoma, entre otros aspectos, a quién, cuándo, porqué y para qué le suministran algunos de sus datos. Adicionalmente, se busca darle otra mirada a la información para concebirla como un insumo útil y necesario al momento de evaluar la toma de decisiones, pues en medio de esta sociedad de la información que nos envuelve la información crediticia de las personas recobra un valor fundamental, especialmente si se piensa, por ejemplo, en el otorgamiento de créditos, financiaciones, fianzas inmobiliarias o administración de negocios.

### 1.3.1 Del derecho a la información en general

A lo largo de la historia de la humanidad la información ha venido recobrando una inusitada importancia para el hombre, lo que de alguna manera justifica su constante afán de estar informado respecto de los diferentes acontecimientos que a diario suceden. Es de anotar que, con el tiempo, este hecho ha revestido una mayor trascendencia en la vida del ser humano hasta el punto de llegar a sostenerse que *quien tiene la información tiene el poder*, y si tenemos en cuenta la insaciable sed de poder con que vive el hombre, pues qué otra cosa podría preocuparle más que estar informado.

Sin embargo, es bien sabido que en la actualidad ya no es tan importante tener la información como saberla utilizar en el momento oportuno, pero eso sí respetando en todo caso, a nivel interno, las garantías constitucionales y las consagradas en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y que, en virtud del artículo 93 Superior, conforman el denominado bloque de constitucionalidad.

De manera que si bien la información juega un papel preponderante dentro de un conglomerado social esto no es óbice para que en desarrollo de la misma se vean afectados otros derechos fundamentales, pues como lo ha sostenido la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos, ningún derecho puede ejercerse de manera absoluta<sup>91</sup>, sino que por el contrario, de conformidad con el artículo 95 de la Constitución Política, es un deber de las personas y de los ciudadanos respetar los

---

<sup>91</sup> “Parece evidente que en un Estado de Derecho y más aún, en un Estado Social de Derecho, no puede haber derechos absolutos; el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juridicidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello a los derechos de los otros y a los de la misma sociedad. (Sentencia C-512/92).

derechos ajenos y no abusar de los propios. En este sentido la Corte Constitucional ha afirmado que como “ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación la importancia de la información en el funcionamiento de la sociedad actual. Sus abusos han sido el motivo del surgimiento del nuevo derecho denominado ‘habeas data’”<sup>92</sup>.

El derecho a la información se encuentra consagrado de manera genérica lo mismo en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el artículo 20 de nuestra Constitución Política, la cual establece que:

“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

Donde se evidencia que la Constitución de 1991 amplió de manera significativa esta garantía, pues la Constitución anterior únicamente hacía alusión a la libertad de prensa, hoy consagrada en el artículo 73 C.P. como un derecho específico.

Así las cosas, hoy puede afirmarse que en Colombia, en virtud del artículo 20 de la Constitución Política, toda persona tiene el derecho fundamental de “*informar y recibir información veraz e imparcial*”, razón por la que la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que este no es un derecho en un solo y exclusivo sentido, sino que, por el contrario, es un derecho de doble vía en el que la confluencia de dos vertientes complementarias, de un lado quien emite la información y del otro quien la recibe, constituyen su verdadero concepto.

“El derecho a la información ha sido considerado como un derecho de doble vía, dentro del cual se proyectan dos ámbitos de protección: (i) el del sujeto activo de la información, conformado a su vez por cuatro garantías: la libertad de informar, así como de fundar medios masivos de comunicación, la protección de la actividad periodística y la prohibición de la censura. (ii) en cuanto al sujeto pasivo, éste tiene derecho a exigir que la información entregada sea oportuna, veraz e imparcial, o como lo ha dicho la Corte, “*que corresponda objetivamente a los acontecimientos que son materia noticiosa y que no se manipule hacia determinados fines e intereses*”.<sup>93</sup>

De otra parte, resulta oportuno hacer alusión a la enorme cantidad de información que hoy, gracias al vertiginoso y dinámico avance de las tecnologías de la información y la comunicación, pulula a través de la internet, razón por la que como tuvo oportunidad de manifestarlo la Corte Constitucional “...hoy por hoy ningún Estado es inmune a la revolución tecnológica en materia de telecomunicaciones, y no podría serlo sino a costa de retardar el necesario salto evolutivo hacia la denominada ‘sociedad de la información’”<sup>94</sup>. Una sociedad de la información que irrumpe en la cotidianidad de las personas y de las organizaciones generando nuevas formas de ver y entender las relaciones que se entretienen en esta aldea global que nos envuelve, dentro de las cuales

---

<sup>92</sup> Cfr. Sentencia C-114 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>93</sup> Cfr. Sentencia T-259 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández G.

<sup>94</sup> Cfr. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

subyacen las relaciones sociales (mediante las denominadas redes sociales) y contractuales (contratación online) entre las personas, pues bajo esta perspectiva ya casi nada resulta ajeno ni lejano basta con dar un clic para ponerse en contacto con otra persona, obtener información o celebrar un contrato.

Lo anterior, nos invita a reflexionar en torno a lo que Peter Drucker denomina como la nueva sociedad del conocimiento, en la que “Las actividades centrales de creación de riqueza no serán la asignación del capital a usos productivos ni el trabajo –los dos polos de la teoría económica de los siglos XIX y XX, bien fuera clásica, marxista, keynesiana o neoclásica. El valor se crea hoy por la productividad y por la innovación, ambas aplicaciones del conocimiento al trabajo. Los grupos sociales dominantes de la sociedad de conocimiento serán los ‘trabajadores de conocimiento’”<sup>95</sup>.

Bajo esta nueva perspectiva y con el propósito de facilitar la adquisición de productos o servicios, la dinámica propia de la denominada contratación clásica en la que las partes de común acuerdo y con fundamento en la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada, se sentaban a discutir los términos y condiciones de los contratos que pretendían celebrar, también se ha trastocado al punto que hoy por hoy lo que se vislumbra es una contratación masiva<sup>96</sup> a través de los denominados contratos predispuestos en los que la persona interesada en adquirir un producto o servicio, sencillamente se ve compelido a aceptar o rechazar estos contratos de adhesión<sup>97</sup> sin contar con la posibilidad de entrar a discutirlos. “El eje central de esta forma de contratar es que las partes ya no negocian el contenido del contrato, por lo tanto, la etapa previa del contrato –negociación o tratativas- no existen en sentido lato, (...) razón por la que resulta ineludible encarar esta realidad y traducirla al lenguaje jurídico, ya que esta nueva forma de contratar está generando una alteración a las estructuras jurídicas vigentes”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Drucker, Peter F. La sociedad postcapitalista. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2004. Pág. 10.

<sup>96</sup> “Desde hace varias décadas asistimos pues, a un nuevo sistema de contratación: la contratación masiva. En este sistema de contratación, los contratantes ya no elaboran el contenido del contrato, éste es predispuesto unilateralmente por una de ellas con anticipación a la concertación del contrato. Por tanto, el contrato tradicional, que crea relaciones jurídicas contractuales, producto de un consentimiento libre entre dos o más partes perfectamente identificadas y donde existe la participación de ambos en la elaboración del contenido contractual es una forma de contratación excepcional, pues la regla es la contratación en masa; y con el auge del comercio electrónico, estaremos ante la presencia, siguiendo a ALVIN TOFFLER, de una cuarta ola, donde la contratación electrónica será la base del intercambio de bienes y servicios”. Cfr. Soto C., Carlos Alberto. La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Revista Universitas, pp. 528-529. Consultada en: [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/16Soto.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/16Soto.pdf).

<sup>97</sup> “... las siguientes siete características definen un ‘contrato de adhesión’ modelo: (1) El documento cuya validez jurídica está en cuestión es una ‘forma’ impresa que establece condiciones y claramente pretende ser un contrato. (2) El formulario, o forma, ha sido redactado por, o en beneficio de, una de las partes presentes en la transacción. (3) La parte redactora participa en muchas transacciones, como la ejemplificada en la forma en cuestión, y lleva a cabo dichas transacciones de manera rutinaria. (4) La forma es presentada a la parte adherente teniendo en cuenta que, salvo por algunos ítems muy bien identificados (como el precio), la parte oferente llevará a cabo la transacción sólo en los términos determinados en dicho documento. Esta consideración puede hacerse explícita o implícita en la situación particular, pero siempre es entendida de esa manera por el adherente. (5) Una vez las partes han discutido sobre aquellos términos del contrato que son negociables, el documento es firmado por el adherente. (6) La parte adherente lleva a cabo pocas transacciones como las ejemplificadas en la forma –pocas si se compara con la parte oferente-. (7) La principal obligación de la parte adherente en la transacción, considerada como un conjunto, es el pago del dinero”. Cfr. Rakoff, Todd D. Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Diciembre de 2006. Pp. 60-61.

<sup>98</sup> Soto, C. Carlos Alberto y Mosset, I. Jorge. El contrato en una economía de mercado. 2ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Pp. 164-165.

Así las cosas y en medio de esta galopante realidad contractual que se ha venido incrustando en la actualidad a nivel global, el derecho a la información ha adquirido una vigencia inusitada en este tipo de relaciones precontractuales y contractuales con el propósito de brindar transparencia y seguridad a los consumidores, tal como se observa, por ejemplo, en las normas incorporadas en las Leyes 1328 de 2009 (Reforma financiera) y 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), las cuales bajo una perspectiva *pro-consumidor* procuran proteger y hacer efectivos los derechos de los consumidores en Colombia, tal como se destaca en las siguientes líneas:

- Reforma Financiera:
  - Tener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado. (Lit. b, art. 5)
  - Recibir una adecuada educación respecto de las diferentes formas de instrumentar los productos y servicios ofrecidos, sus derechos y obligaciones, así como los costos que se generan sobre los mismos, los mercados y tipo de actividad que desarrollan las entidades vigiladas así como sobre los diversos mecanismos de protección establecidos para la defensa de sus derechos. (Lit. d, art. 5)
  - Las entidades vigiladas deberán publicar en su página de Internet el texto de los modelos de los contratos estandarizados que estén empleando con su clientela por los distintos productos que ofrecen. (Pár. 2º, art. 9).
  - Cualquier modificación a las condiciones del contrato deberá ser notificada previamente a los consumidores financieros en los términos que deben establecerse en el contrato. (Art. 10).
  - Se prohíben las cláusulas o estipulaciones contractuales que se llegaren a incorporar en los contratos de adhesión con el propósito de establecer limitaciones o renunciaciones al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros, invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero, etc., razón por la que cualquier estipulación de este tipo de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero. (Art. 11).
  
- Estatuto del Consumidor:
  - Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano. (Art. 23)
  - El proveedor está obligado a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de

los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado. (Art. 26).

- Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad. (Art. 29). Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad y obligan a quien las realice. (Art. 33)
- Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean. (Art. 34)
- Las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión deben ser concretas, claras, completas, en idioma castellano e informarse de manera suficiente, anticipada y expresa al adherente. (Art. 37)
- En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones. Adicionalmente, en el evento de incluir cláusulas abusivas en dichos contratos, las mismas serán ineficaces de pleno derecho. (Art. 42)

Así las cosas, se logra observar cómo bajo esta nueva realidad comercial en la que impera la contratación masiva a través de contratos de adhesión que se suscriben no sólo a nivel local sino incluso global y online, los ojos del legislador se han enfocado a vislumbrar y regular esta realidad que nos envuelve poniendo un gran énfasis en la adecuada protección de los consumidores con el propósito de garantizar sus derechos no sólo con la prohibición de incluir cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de adhesión, sino además creando procedimientos expeditos para hacer efectivos sus derechos e incluyendo el deber de información clara, completa y oportuna por parte de los prestadores de bienes y servicios como una bastión fundamental en el tráfico mercantil para brindar transparencia, confianza y seguridad a los consumidores en el mercado.

De otra parte, resulta oportuno concebir la información como un elemento fundamental en el plano precontractual para la adecuada evaluación y toma de decisiones informadas al interior de las organizaciones, lo cual ha llevado a que, por ejemplo, dentro de la dinámica propia del mercado público de valores y con el propósito de proteger a los inversionistas, los emisores en cumplimiento de un mandato legal deben divulgar toda la información relevante relacionada con él o con su emisión. En este mismo sentido, dentro del marco de la Ley 1266 de 2008, los agentes del mercado, en su calidad de usuarios de la información que administran los operadores de las bases de datos y para efectos de realizar los estudios de riesgo de crédito pueden “...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”<sup>99</sup>, pueden, garantizando en todo caso la protección de los derechos del titular de los datos en los términos y condiciones establecidos en la precitada ley. De manera que en este mundo de los negocios que hoy se teje al interior de una economía de mercado cada vez más globalizada y apremiante,

---

<sup>99</sup> Cfr. Literal d) del Artículo 3º de la Ley 1266 de 2008. No obstante, resulta oportuno resaltar que según lo establecido en el Artículo 15 de esta misma ley, una de las finalidades por la que el usuario puede acceder a dicha información es la de tenerla “Como elemento de análisis para establecer y mantener una relación contractual, cualquiera que sea su naturaleza, así como para la evaluación de los riesgos derivados de una relación contractual vigente”.

la información útil<sup>100</sup>, relevante y oportuna contribuye de una manera eficiente en la toma de decisiones informadas.

### 1.3.2 Habeas data y derecho a la información

Como quedó expresado al abordar el estudio general del habeas data, su contenido se contrae de manera específica a garantizar que los titulares de los datos puedan ejercer de manera libre y voluntaria la facultad de determinar a quién autorizan el tratamiento de sus datos, siempre que el mismo se realice de conformidad con los principios mínimos establecidos en la ley. Adicionalmente, el titular de los datos cuenta con la facultad y los instrumentos legales para hacerla efectiva, de conocer, actualizar y rectificar la información que sobre él se haya recogido en las bases o bancos de datos públicos o privados, así como de verificar que efectivamente se esté utilizando para la finalidad que fue autorizada.

Así las cosas, se observa que, en líneas generales, el habeas data está orientado a garantizar el adecuado y necesario control de la información concerniente a las personas por parte de sus titulares, especialmente en un entorno globalizado en el que con el vertiginoso avance de las tecnologías de la información y la comunicación se almacena y circula una enorme cantidad de información a través de la gran red de redes como lo es la intranet, lo cual genera incertidumbre no sólo en relación con la información que transita por las redes sino además por la seguridad y veracidad de la misma, lo cual ha llevado a que, por ejemplo, Edward Snowden, extécnico de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) de Estados Unidos, a través de una carta titulada *Un manifiesto por la verdad* inste a la sociedad para que avance y profundice en el debate sobre el espionaje a los ciudadanos y políticos del mundo, sin perder de vista que "...el espionaje masivo es un problema global y requiere una solución global", orientada a proteger los derechos humanos, teniendo en cuenta que dicho espionaje amenaza la esfera privada de las personas y la libertad de expresión<sup>101</sup>.

Frente a este avasallador poder informático que hoy nos circunda, resulta de interés tener en cuenta que el habeas data propende porque las personas puedan tener en buena medida el control de sus datos personales<sup>102</sup>, razón por la que se hace necesario pasar la mirada por la jurisprudencia constitucional y la legislación nacional con el fin de precisar, en primer lugar, que tanto el derecho de acceder a la información como el habeas data son dos derechos fundamentales independientes y autónomos consagrados

---

<sup>100</sup> El paradigma económico de la información útil "tiene por objetivo producir información económica que resulte útil para la toma de decisiones que resuelva necesidades específicas de los individuos (Pereda, 2004). Desde esta perspectiva la utilidad de la información debe responder a dos interrogantes básicos: ¿para quién? Y ¿para qué?, de modo que ésta pueda acomodarse a las necesidades reales de las audiencias de interés". Cfr. Díaz Perdomo, Jairo Alberto. *Los portales en internet y su influencia en la reputación de las organizaciones de educación superior: un análisis a las universidades establecidas en la ciudad de Bogotá*. Tesis doctoral. Universidad de Nebrija (España). Madrid: mayo de 2013. p. 90.

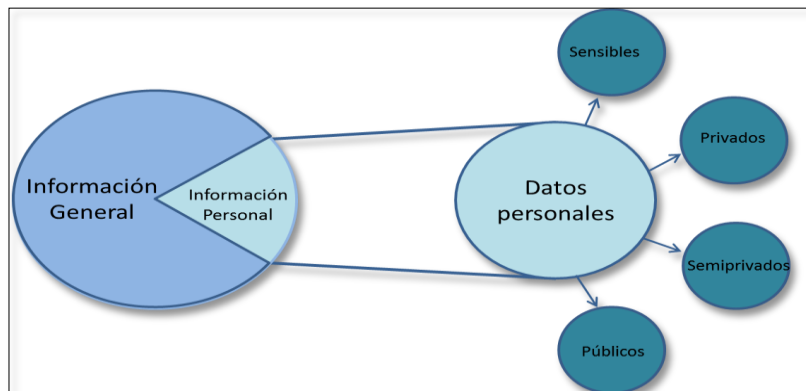
<sup>101</sup> La carta fue publicada por la Revista alemana Der Spiegel No. 45 de 2013. Consultado el 3 de nov. de 2013 en [http://www.eltiempo.com/mundo/europa/espionaje-de-estados-unidos-edward-snowden-publica-carta\\_13158255-4?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+eltiempo%2Fmundo+\(eltiempo.com+--+Mundo\)](http://www.eltiempo.com/mundo/europa/espionaje-de-estados-unidos-edward-snowden-publica-carta_13158255-4?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+eltiempo%2Fmundo+(eltiempo.com+--+Mundo))

<sup>102</sup> "...el reconocimiento del derecho al habeas data –identificado como un derecho fundamental autónomo tanto en el plano nacional como internacional– persigue la protección de los datos personales en un mundo globalizado en el que el poder informático es creciente". Cfr. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge I. Pretelt Chaljub.



en la Constitución Política y, en segundo término, que no toda la información en general está concernida o tiene incidencia con el habeas data sino sólo aquella relacionada con una persona determinada o determinable, por lo que se considera válido desarrollar estas ideas de maneras esquematizada a través del siguiente esquema general sobre el derecho a la información y su relación con el habeas data, en donde además se da cuenta de los diferentes tipos de datos que hoy se encuentran regulados en la legislación nacional:<sup>103</sup>

**Figura 1-1:** De la información personal a los datos personales. Elaboración propia.



De acuerdo con la definición consagrada en el literal a) del Artículo 6º del Proyecto de Ley No. 156 de 2011 –Senado-, 226 de 2011 –Cámara-, mediante el cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional<sup>104</sup>, la información hace referencia a un conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento. En esta misma línea, resulta pertinente mencionar que cuando se habla de habeas data se hace alusión a la autodeterminación informática y a la libertad (en especial la económica), lo cual se traduce en la facultad que tienen las personas de controlar sus datos personales, entendidos éstos últimos como cualquier información que pueda vincularse o asociarse a una o varias personas determinadas o determinables<sup>105</sup>,

<sup>103</sup> Para la realización de estas gráficas y de la explicación de las mismas se tienen en cuenta las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-729 de 2002, C-1011 de 2008, T-511 de 2010 y C-748 de 2011, así como las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012.

<sup>104</sup> Si bien en la actualidad no se ha promulgado dicha ley, es importante precisar que según el análisis de constitucionalidad realizado a través de la Sentencia C-274 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa y, de conformidad con lo establecido en el Comunicado de Prensa No. 18 del 8 y 9 de mayo de 2013, la Corte Constitucional “constató que veintidós de los artículos que integran el proyecto de ley estatutaria de transparencia y acceso a la información pública, resultan acordes con la Constitución y se ajustan a las reglas jurisprudenciales anteriores. En esencia, el Tribunal encontró que esta ley constituye un mecanismo importante para hacer efectivos los principios de publicidad, transparencia y participación democrática y en salvaguarda contra la arbitrariedad estatal. Así mismo, se inscribe en la ‘Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión’, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000. Por otra parte, de la confrontación del articulado con los preceptos constitucionales, la Corte llegó a la conclusión de que algunas de las disposiciones estatutarias son inconstitucionales, razón por la cual en algunos casos declaró su inexecutable total o parcial y, en otros, procedió a excluir los significados contrarios al ordenamiento superior mediante la declaración de exequibilidad condicionada”.

<sup>105</sup> Sobre la definición de dato personal pueden consultarse el literal e) del artículo 3º de la Ley 1266 de 2008 y el literal c) del artículo 3º de la Ley 1581 de 2012, así como las sentencias C-1011 de 2008 y C-748 de 2011, siendo del caso precisar que en esta última sentencia se advierte que si bien la Ley 1581 de 2012 hace alusión a la información relacionada con

razón por la que tanto la jurisprudencia como la ley se han encargado de realizar algunas clasificaciones o tipologías de la información como de los diferentes datos personales, tal como se evidencia en las anteriores gráficas generales. No obstante, para nuestro estudio resulta pertinente resaltar que el habeas data financiero se encuentra dentro de los denominados datos semiprivados y que, según quedó indicado atrás, la información que atañe al habeas data financiero es la “referida al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente de la naturaleza del contrato que les dé origen”<sup>106</sup>.

**Figura 1-2:** Clasificación de la información en Colombia. Elaboración propia.

Clasificación General de la Información				
Tipologías		Descripción	Ejemplos	
Impersonal		La que no hace referencia una persona como tal, razón por la que su tratamiento no afecta derechos como la intimidad, el buen nombre o el habeas data de las personas. En general hace referencia a un conjunto organizado de datos que no refieren a una persona en particular.	Las estadísticas del DANE, el estado de las vías en Bogotá, el precio de la gasolina y el tratamiento de la información en las redes sociales.	
		La que pertenece a la esfera íntima de las personas y cuyo uso indebido puede generar su discriminación o marginación. Está asociada a la dignidad, intimidad y libertad de las personas.	Genética, ideológica, orientación sexual, credo religioso y datos biométricos.	
Personal		La que por su naturaleza reservada sólo es relevante para su titular, razón por la que únicamente puede ser obtenida u ofrecida por orden de autoridad judicial competente.	La historia clínica, documentos privados	
		Aquella cuyo conocimiento puede interesar no solo a su titular sino a un sector o grupo de personas e incluso a la sociedad en general.	Datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social, al <i>comportamiento financiero de las personas</i> y a la tenencia de perros peligrosos.	
	Pública o de dominio público	General	La que se encuentre calificada como tal según la Constitución y la Ley. Además, se entiende como tal aquella que no sea semiprivada, privada o sensible. Son de libre acceso los documentos públicos que contengan información personal pública.	Los documentos públicos, los datos sobre el estado civil de las personas, a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante o de servidor público.
		Clasificada	Aquella que pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica, por lo que su acceso podrá ser negado o rechazado de manera motivada.	Las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que estén sometidas a reserva en relación con el asunto tratado en la misma. La relacionada con los secretos comerciales, industriales y profesionales.
		Reservada	Aquella cuyo acceso puede ser rechazado o denegado de manera motivada por causar daño a intereses públicos. Su acceso está expresamente prohibido por la ley.	La defensa y seguridad nacional, las relaciones internacionales, la estabilidad macroeconómica y financiera del país.

personas naturales, nada obsta “... para que, eventualmente, la protección se extienda a las personas jurídicas cuando se afecten los derechos de las personas que la conforman”. No puede perderse de vista que “...las **personas jurídicas** también pueden ser titulares del derecho al habeas data, como la sentencia T-462 de 1997 y C-1011 de 2008”. Cfr. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge I. Pretelt Chaljub.

<sup>106</sup> Cfr. Literal j) del Artículo 3º de la Ley 1266 de 2008.

De otra parte, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha establecido que las características propias de los datos personales, en oposición a los impersonales, son las siguientes: *“i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación”*<sup>107</sup>.

### 1.3.3 La información: insumo necesario en las garantías clásicas

Uno de los presupuestos fundamentales para establecer si se hace necesario o no solicitar una garantía adicional a un deudor lo constituye el hecho de contar con la información veraz, clara, completa, comprensible, actualizada, suficiente y adecuada sobre sus ingresos, patrimonio y demás aspectos sociodemográficos que permitan calcular de una manera razonable el riesgo de crédito que asume el deudor al momento de otorgar un crédito, situación ésta que se vislumbra con mayor nitidez en un par de sectores formalizados de la economía como lo son el real y financiero, siendo del caso precisar que en este caso en particular al mencionar el sector real estamos haciendo referencia especialmente a las compañías inmobiliarias, los concesionarios que otorgan crédito directamente y las sociedades dedicadas al negocio del factoring y la libranza, teniendo en cuenta que todas ellas antes de otorgar un crédito solicitan una serie de información necesaria no sólo para conocer al deudor (adecuado conocimiento del cliente), sino además para establecer su capacidad de endeudamiento y moralidad crediticia (hábito de pago).

Analizada la información suministrada a través de un estudio general de crédito las empresas pueden llegar a la conclusión si es posible otorgar un crédito basados únicamente en el patrimonio del deudor o se requiere alguna seguridad adicional, la cual se satisface generalmente mediante la solicitud de una garantía personal y/o real. Es de anotar que si bien en la práctica este análisis resulta más complejo de lo descrito en estas líneas, también es cierto que en no pocas oportunidades la dinámica de la vida diaria no permite profundizar en los estudios de crédito sino que de entrada se busca asegurar el crédito mediante el otorgamiento de garantías adicionales.

No obstante, lo que se busca es poner de relieve que definitivamente para la solicitud de una garantía adicional del crédito, así como para su aceptación y formalización se requiere contar con flujos de información que permitan tomar este tipo de decisiones

---

<sup>107</sup> Cfr. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge I. Pretelt Chaljub.

orientadas a minimizar el riesgo de crédito. Adicionalmente, resulta oportuno mencionar que con la entrada en vigencia de la Ley 1581 de 2012 o Ley General de Habeas Data, revisada en el acápite primero del presente capítulo, toda la información que el titular de la misma suministre al acreedor sólo podrá ser utilizada para los fines específicos en que fue otorgada, lo cual conlleva a que los responsables o encargados de administrar la información suministrada deberán adoptar sistemas de gestión documental que les permita garantizar el cumplimiento de los principios rectores que rigen la administración de los datos, según lo establecido en las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012.

De otra parte, se considera importante destacar que los flujos y tráficos de información no agotan en las actividades señaladas anteriormente sino que después de constituida una garantía real la misma debe ser registrada ante las oficinas correspondientes según el bien de que se trate, no sólo para su perfeccionamiento en algunos casos sino además para efectos de publicidad y oponibilidad frente a terceros. Adicional a ello, una vez otorgado un crédito y siempre que se cuente con la autorización necesaria puede reportarse ante los Operadores de las bases de datos toda la información relacionada no sólo con el crédito sino además con su cumplimiento, la cual se convierte a su vez en insumo para que un nuevo acreedor la tenga en cuenta al momento de estudiar un nuevo crédito.

Lo anterior, sin desconocer otras fuentes de información relacionadas con la constitución de garantías a través de las cuales se busca no sólo garantizar la transparencia y el derecho a la información que tienen los agentes económicos del mercado con el propósito de poder tomar decisiones informadas sino además para efectos de publicidad, oponibilidad y preferencia, tales como:

- La inscripción de los gravámenes hipotecarios en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria que se lleva en la oficina de registro de instrumentos públicos, la cual deberá realizarse dentro de los 90 días hábiles siguientes al otorgamiento de la hipoteca, siendo del caso señalar que en ejercicio del derecho a la información cualquier persona puede solicitar el certificado de tradición y libertad, el cual deberá contener la reproducción fiel y total de la respectivas inscripciones, todo ello de acuerdo con lo consagrado en los artículos 2435 del Código Civil y 28 de la Ley 1579 de 2012;
- De acuerdo con lo establecido en los artículos 1208 y 1210 del Código de Comercio, la prenda sin tenencia sólo produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción en la oficina de registro mercantil de las Cámaras de Comercio. Los contratos de prenda de automotores se registran ante la correspondiente oficina de control y tránsito del lugar en que se encuentra matriculado el vehículo. No obstante, con la entrada en vigencia de la ley de garantías inmobiliarias, el registro del contrato deberá realizarse en la base de datos que para tal efecto llevará la Confederación Colombiana de Cámara de Comercio –Confecámaras-, de conformidad con lo establecido en los artículos 38 a 47 de la Ley 1676 de 2013;
- Los gravámenes sobre los derechos de naturaleza negociable que hacen parte de una emisión (valores) y que llevan los depósitos centralizados de valores, se

constituyen mediante la respectiva anotación en cuenta (registro), en los términos del artículo 12 de la Ley 964 de 2005;

- De conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 1116 de 2006, modificado por el artículo 41 de la Ley 1429 de 2010, los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía que consten en documento privado se deben inscribir en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio del fiduciante.
- Las pignoraciones constituidas por las entidades públicas para garantizar y servir como fuente de pago de las obligaciones adquiridas con ocasión de los contratos de empréstito se deben registrar junto con el respectivo contrato en la base única de datos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección General de Crédito Público.

## 1.4 Conclusiones

Resulta oportuno advertir que el derecho fundamental al habeas data se encuentra hoy plenamente regulado en Colombia, razón por la que en buena medida las reglas jurisprudenciales que había venido decantando la Corte Constitucional a lo largo de 17 años se han positivizado a través de las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012, así como sus diferentes decretos reglamentarios, estableciendo que tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como la Superintendencia Financiera de Colombia, cada una dentro del ámbito de sus competencias, garanticen el adecuado cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales.

De otra parte, queda claro que en virtud del derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política, todas las personas se encuentran facultadas para informar y recibir información veraz e imparcial; no obstante, tratándose de información personal, se deberá tener en cuenta que este tipo de información tiene una garantía reforzada a través del derecho fundamental al habeas data y, de manera particular, a los datos sensibles, privados y semiprivados, ya que para su tratamiento se requiere contar con la autorización del titular de los mismos, la cual debe ser otorgada en los términos y condiciones establecidos en las normas enunciadas anteriormente.

Consideramos pertinente destacar que en medio de esta sociedad de la información a la que asistimos en la actualidad, los acreedores requieren que los deudores suministren información cierta y completa que les permita realizar sus estudios de crédito, así como determinar si se hace necesario el otorgamiento de alguna de las garantías clásicas, que se estudiarán en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, de tal manera

que permita asegurar el cumplimiento de las obligaciones y, por ende, mitigar el riesgo de crédito. De suerte que la información siempre será fundamental no sólo durante las tratativas previas a la celebración de un contrato de crédito o la prestación de un servicio, por ejemplo, sino además durante la ejecución del mismo y hasta su terminación.

El habeas data financiero puede ser concebido como una moneda, en una de cuyas caras se propende de manera especial por la protección de la información personal en los términos del artículo 15 de la Constitución Política y de la Ley 1266 de 2008, y en la otra se propugna por una finalidad legítima de información para los agentes económicos que participan en el mercado y, de manera especial, como garantía suprema de la actividad financiera, razón por la que la consulta de la información financiera de los consumidores se constituye en un elemento relevante dentro del análisis de riesgo de crédito.

Bajo esta última perspectiva pueden destacarse como principales características del habeas data financiero las siguientes:

- El titular de la información puede ejercer control sobre su información financiera a través de los mecanismos establecidos en la Ley 1266 de 2008 y, en última instancia, mediante la acción de Tutela.
- El habeas data financiero hace referencia a la información relacionada con el nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente del contrato que les dé origen.
- Una de las finalidades legítimas del habeas data financiero es servir como elemento de análisis para establecer y mantener una relación contractual, independientemente de su naturaleza, así como para evaluar riesgos derivados de relaciones contractuales vigentes.
- El habeas data financiero brinda elementos de juicio que contribuyen en el estudio de riesgo y el análisis crediticio.
- Los usuarios (agentes económicos que participan en una economía de mercado) pueden acceder a la 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, en los términos y condiciones establecidos en la ley 1266 de 2008, lo cual les permite tomar decisiones informadas.
- El habeas data financiero no sólo está relacionado sino que además favorece una actividad de interés público, como lo es la actividad financiera.

- La información negativa cuenta con un término máximo de caducidad, de conformidad con lo establecido en la ley 1266 de 2008, el Decreto 2952 de 2010 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>108</sup>.
- La información negativa es concebida como un castigo o sanción, razón por la que genera consecuencias adversas para su titular dentro de un sociedad de mercado en la que el comportamiento o moralidad crediticia se ha constituido en factor relevante para establecer o mantener una relación contractual.
- Los anteriores factores nos llevan a plantear que bajo determinadas circunstancias el habeas data financiero también permite minimizar el riesgo de crédito y, de alguna manera, otorgar una seguridad adicional sobre el cumplimiento de las obligaciones de crédito contraídas por el titular de la información.

---

<sup>108</sup> Cfr. Sentencia T-964 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

## 2. APROXIMACIÓN A LAS PRINCIPALES GARANTÍAS CLÁSICAS

*“Las garantías clásicas o más tradicionales se han ido paulatina pero progresivamente fragmentando, diluyendo su núcleo de homogeneidad y adaptándose en definitiva a las permeabilidades que el tráfico y el rigor del crédito ha ido demandando”.*

Las garantías reales –Nuevas figuras-<sup>109</sup>  
Abel B. Veiga Copo

Mediante el otorgamiento de una garantía se pretende asegurar o reforzar el cumplimiento de una obligación principal<sup>110</sup>, siendo del caso resaltar que la garantía puede ser personal o real, dependiendo si con la misma se está afectando el patrimonio general de un tercero deudor o un bien en particular. En relación con las garantías

---

<sup>109</sup> Veiga Copo, Abel B. Las garantías reales –nuevas figuras-. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Grupo Editorial Ibáñez, 2010. (Colección internacional No. 24). p. 20.

<sup>110</sup> Al respecto el Art. 65 del Código Civil establece que “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”, siendo del caso mencionar que con la expedición de la Ley 1676 de 2013 la prenda como tal es sustituida por la denominada garantía mobiliaria, tal como se verá más adelante al abordar el tema de las garantías mobiliarias en Colombia. Respecto de las obligaciones principales puede decirse que, al igual que en los contratos, son aquellas que subsisten por sí mismas y no dependen de otra obligación para existir.



personales resulta preciso advertir que si bien los deudores responden por las obligaciones contraídas con todo su patrimonio, entendido como la prenda general de garantía de sus acreedores, no pocas veces esta afirmación puede tornarse precaria en razón a que si con el paso del tiempo el deudor se convierte "... en una persona insolvente, la tal 'prenda', que no lo es en el sentido técnico de la palabra, desaparecerá y el acreedor se encontrará ante el hecho cierto de que su crédito carece de respaldo"<sup>111</sup>, razón por la que se acude a otras garantías, ya sean personales o reales. En esta misma línea se pronuncia Rodríguez Azuero para sostener que previendo dicha situación los acreedores pueden exigir seguridades adicionales que les permitan "cubrirse, además, del incumplimiento debido a la mala fe, la impericia u otras razones que afecten la capacidad de pago de sus deudores"<sup>112</sup>.

Antes de seguir adelante y a manera de paréntesis, resulta oportuno mencionar que las denominadas garantías clásicas (personales y reales), sobre las cuales se volverá la mirada más adelante, están concebidas en buena medida como una forma de minimizar el riesgo de crédito o incumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores principales, razón por la que algunos autores<sup>113</sup> consideran que se debe propender por la integración y consolidación de un régimen general de garantías en Colombia que propugne por disminuir los costos de transacción que conlleva la constitución de las garantías reales, así como en incrementar la efectividad, oportunidad y seguridad de las garantías en general al momento de su ejecución, pues como se desprende de la última edición del informe realizado por el Banco Mundial y la Corporación Internacional de Finanzas (Doing Business 2013)<sup>114</sup>, el índice de protección de los derechos de los acreedores en Colombia es de 5 en una escala de 0 a 10, adicionalmente, el tiempo establecido para resolver una disputa judicial es de 1.346 días, contados desde el momento en que el acreedor presenta la demanda en el juzgado hasta el momento del pago, razón por la que pese a que los acreedores cuentan con garantías que permitan aumentar la expectativa de cumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores su ejecución no resulta segura, oportuna y, por ende, eficiente.

Realizado el anterior comentario general sobre la importancia de repensar y actualizar el régimen general de las garantías en Colombia con el propósito de hacerlo más eficiente, dinámico y que, por ende, disminuya tanto los costos de transacción como los del crédito,

---

<sup>111</sup>Tamayo Lombana, Alberto. Las principales garantías del crédito. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004. p. 75.

<sup>112</sup>Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. 5ª ed. Bogotá: Legis, 2002. p. 497.

<sup>113</sup>"En efecto la Ley Colombiana debe despojarse de todos esos obstáculos que actualmente existen para el otorgamiento de estas garantías, y así ofrecer un régimen mucho más flexible y accesible, propio de las necesidades comerciales del mundo de hoy, las garantías brinden a los acreedores plena seguridad respecto del cumplimiento de sus deudas, sin que para tal efecto deban surtirse trámites inocuos ni realizarse esfuerzos desgastantes; es decir, la ley debe encontrarse a tono con la realidad económica..". Barragán Arango, Luis Alfredo. *El régimen de garantías en el ordenamiento jurídico colombiano y el análisis económico del derecho*. P. 90. En Estudios de derecho privado. Tomo I. 1ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009. Pp. 64-91. En este mismo sentido se indica que "La alternativa de introducir en Colombia un régimen integral de garantías, completamente nuevo, en reemplazo de las normas vigentes, exigiría la derogación de numerosas instituciones y normas del Código Civil y del Código de Comercio, de acendrada tradición y largo arraigo en la cultura jurídica y en las prácticas comerciales del país", razón por la que resulta más plausible y apremiante realizar algunas reformas que permitan mejorar la prelación del crédito con garantías, los mecanismos de ejecución y los procesos concursales. Rouillon, Adolfo. *Colombia: Derechos de crédito y derechos concursales*. Banco Mundial, Grupo de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura. Región de América Latina y el Caribe. Mayo, 2006.

<sup>114</sup><http://espanol.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2013> (Consultado el 27 de marzo de 2013).

se debe volver la mirada nuevamente sobre las denominadas garantías clásicas o tradicionales, entendidas en su sentido originario como aquellas seguridades adicionales del crédito que hacen parte de la acendrada cultura jurídica del país en tanto en cuanto forman parte de la tradición jurídica incorporada por don Andrés Bello inicialmente en el Código Civil y que tiempo después fuera matizada, actualizada y puesta en sintonía con las necesidades del tráfico jurídico mercantil en el Código de Comercio de 1971, tal como se evidencia en el aval, concebido en líneas generales y para efectos de los títulos valores como una especie de solidaridad pasiva, así como en la regulación de la hipoteca sobre naves y aeronaves, la inclusión de la prenda sin tenencia y la anticresis sobre el establecimiento de comercio.

Así las cosas y en las siguientes líneas se mostrará una panorama general sobre las principales garantías clásicas en Colombia, procurando en primera línea extraer las características generales más sobresalientes de las garantías personales (obligaciones solidarias pasivas, la fianza y el aval), así como de las garantías reales (hipoteca, prenda y anticresis) hasta culminar este breve recorrido con una aproximación a la nueva regulación expedida respecto de las denominadas garantías mobiliarias a través de las cuales se unifica y actualiza el derecho prendario en Colombia y, en buena medida, se pretende promover el acceso al Crédito. Posteriormente, centraremos la miradas en dichas características o reglas generales de las garantías clásicas con el propósito de identificar las reglas comunes a su funcionamiento, esto es, aquellas características comunes y constantes que atraviesan a todas las garantías clásicas y que, por ende, permiten identificarlas como tal, de suerte que podamos luego transpolar dichos rasgos comunes a otros instrumentos jurídicos con el fin de validar hasta qué punto éstos pueden o no ser considerados también como una garantía, seguridad o reforzamiento adicional o complementario del crédito<sup>115</sup>.

## 2.1 Garantías Personales

Mediante las garantías personales se grava el patrimonio general del deudor<sup>116</sup> o de un tercero con el propósito de asegurar el cumplimiento de un crédito<sup>117</sup>, siendo del caso

---

<sup>115</sup> Para efectos del presente trabajo, se entiende por **garantía** toda seguridad adicional que permita minimizar el riesgo de crédito o reforzar el cumplimiento de una obligación. Siguiendo a Luis Díez Picazzo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, p. 581, citado por Javier Arce Gargollo en *Introducción al estudio de los medios de garantía modernos* (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/18/dtr/dtr2.pdf>), "En sentido general se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar un crédito". En este mismo sentido se pronuncia Leonardo F. Fernández, al expresar que "La garantía en sentido estricto o específico viene entonces a añadir al crédito algo de lo que, de por sí, carece, de manera tal que dicha adición refuerza al acreedor su expectativa de que el crédito será satisfecho". P. 77. Fernández, Leonardo F. *La causa-fin en las garantías personales*. En: Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undarraga. Bogotá: Universidad del Rosario y Universidad de Chile, 2009. Pp. 67-101.

<sup>116</sup> De conformidad con lo establecido en el Artículo 2488 del Código Civil, el patrimonio del deudor se constituye en la prenda general de garantía del acreedor, de donde se desprende que como consecuencia inexorable del vínculo

mencionar que entre las principales garantías personales clásicas se encuentran las obligaciones solidarias pasivas, la fianza y el aval, sobre las cuales se resaltarán las principales notas características en las siguientes líneas.

### 2.1.1 Obligaciones solidarias pasivas.

Si bien el Código Civil no se ocupó de establecer un concepto de obligación, éste se puede extraer de la definición de contrato que proporciona dicho estatuto civil<sup>118</sup>, de donde se infiere que, en líneas generales, una obligación es un vínculo, nexo o relación jurídica que vinculada a dos o más personas y en virtud del cual, una persona (llamada acreedor) espera legítima y fundadamente que otra persona (llamada deudor) cumpla una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer, siendo del caso resaltar que si el deudor no cumple a cabalidad con la prestación en la forma convenida o acordada, queda "...expuesto a ejecución forzada, o sea verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a la prestación original, o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento"<sup>119</sup>. Es, precisamente, la coacción o derecho de ejecución legítimo y protegido por el ordenamiento jurídico, uno de los elementos característicos y definitorios de las obligaciones<sup>120</sup> que se tejen entre las personas al interior de la denominada aldea global que nos envuelve.

Las obligaciones solidarias son aquellas que surgen a cargo o a favor de dos o más sujetos sobre un objeto o cosa divisible pero que, en virtud del fenómeno de la solidaridad la prestación se hace indivisible, razón por la que cada uno de los deudores deberá pagar o cumplir la totalidad de la prestación o, por el contrario, cada uno de los acreedores podrá exigir el pago o cumplimiento de la totalidad del crédito<sup>121</sup>.

---

obligacional, el acreedor cuenta con una garantía personal conformada por el patrimonio del deudor y, en consecuencia, puede adelantar las acciones personales pertinentes en cada caso para exigir el pago de la obligación. En líneas generales el patrimonio de una persona es concebido como una universalidad de contenido jurídico económico, constituida por sus bienes, derechos y acciones presentes o futuros, susceptibles de ser evaluados económicamente. "... el patrimonio tiene un contenido económico o pecuniario, y hacen parte de él los derechos reales y personales, también los derechos sobre objetos inmateriales (propiedad intelectual) y aún la posesión como derecho real provisional, (...) Las cosas no susceptibles de evaluación pecuniaria, como el derecho de asociación, la libertad de expresión, la locomoción, el derecho a la vida y la integridad personal, la patria potestad, elegir y ser elegido, etc., no hacen parte del patrimonio de una persona". Cfr. Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes 7ª ed. Bogotá: Temis, 1998. P. 66.

<sup>117</sup> Al respecto, resulta oportuno traer a colación la definición que de derecho personal establece el Art. 666 del Código Civil "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales."

<sup>118</sup> Artículo 1495 Código Civil. "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

<sup>119</sup> Hinestroza, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, viscosidades. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 55.

<sup>120</sup> Es de anotar que esta característica no se predica de las obligaciones meramente naturales, en razón a que siguiendo lo establecido en el Artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones naturales "...no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas".

<sup>121</sup> "El rasgo característico, distintivo, de la solidaridad es que en la relación obligatoria, o sea en las relaciones externa (entre acreedor y deudores, o deudor y acreedores), no cabe la división de los créditos o de las deudas, según sea del

Para Ospina Fernández, tres son las características de esta modalidad de obligaciones: 1º. La pluralidad de sujetos activos o pasivos; 2º. La pluralidad de vínculos entre el acreedor o acreedores y el deudor o deudores y, 3º. La unidad de objeto, o sea, de la prestación<sup>122</sup>. No obstante, resulta oportuno precisar que, tal como advierte, Valencia Zea, “La sola pluralidad de deudores en los negocios civiles no determina la existencia de la solidaridad; antes por el contrario, cuando la obligación es debida por varios, la prestación es divisible y cada deudor debe pagar la cuota que le corresponde, es decir, por regla general se trata de obligaciones conjuntas (C.C., art. 1568, inc. 1º)”<sup>123</sup>, mientras que en materia comercial dicha regla general se ha modificado al establecer que en tratándose de celebración de negocios mercantiles cuando son varios los deudores se presume que se han obligado solidariamente<sup>124</sup> y que, por ende, el o los acreedores podrán exigir la totalidad de la prestación a todos los deudores solidarios (codeudores) conjuntamente, a varios de ellos o a uno cualquiera según su arbitrio, sin que este para defenderse pueda alegar o solicitar la aplicación del beneficio de división<sup>125</sup>.

De tal manera, queda claro que mientras en materia civil la solidaridad pasiva no se presume sino que, *a contrario sensu*, “...debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”<sup>126</sup>, en materia comercial el estatuto mercantil adoptó la regla inversa al establecer que los codeudores se obligan de manera solidaria, lo cual para efectos de la garantía del crédito trae unas consecuencias patrimoniales de enorme relevancia en la medida que el acreedor o acreedores, según el caso, no sólo van a contar con dos o más personas obligadas a cumplir una determinada prestación, sino especialmente con el respaldo que significa contar con el patrimonio, en cuanto prenda general de garantía<sup>127</sup>, de cada uno de los obligados solidarios o codeudores como se les denomina comúnmente, sin que la insolvencia de uno cualquiera de los deudores afecte al acreedor respecto de los demás codeudores, razón por la que en el evento que uno de los deudores solidarios se acoja a la ley de insolvencia<sup>128</sup>, el acreedor puede solicitar válidamente el cumplimiento de la prestación frente a los demás codeudores<sup>129</sup>.

---

caso, sin perjuicio de que internamente la situación de cada miembro del respectivo grupo sea autónoma, y en principio tenga una parte de la deuda y sólo esa parte”. Hinestrosa, Fernando. *Ob. Cit.* p. 332.

<sup>122</sup> Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 6ª ed. Bogotá: Temis, 1998. p. 234.

<sup>123</sup> Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones. 10ª ed. Bogotá: Temis S.A., 2010. p. 20.

<sup>124</sup> Cfr. Art. 825 Código de Comercio.

<sup>125</sup> Cfr. Art. 1571 Código Civil.

<sup>126</sup> Cfr. Art. 1568, Inc. 3. Código Civil.

<sup>127</sup> De acuerdo con el Artículo 2488 del Código Civil, el patrimonio del deudor se constituye en la prenda general de garantía del acreedor. “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677”.

<sup>128</sup> En Colombia el Régimen de Insolvencia Empresarial se encuentra regulado en la Ley 1116 de 2006 y la Insolvencia de Persona Natural no Comerciante en los Artículos 531 a 576 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

<sup>129</sup> “Este tipo de garantía personal se hace eficaz exigiendo la obligación a cualquiera de los codeudores o a todos, hasta el punto de que –y distinto de la obligación conjunta- la insolvencia o mora en cumplimiento de la prestación de parte de cualquier codeudor grava a los demás”. Rueda Fonseca, María del Socorro. Algunas Clasificaciones de las obligaciones y régimen particular. p. 55. En: *Derecho de las obligaciones. Tomo I. Coord. Marcela Castro de Cifuentes. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.* pp. 35-68.

Así las cosas, tal vez la función económica por excelencia que cumple la solidaridad pasiva es la de multiplicar por el número de codeudores los patrimonios de éstos para garantizar el cumplimiento de la obligación a favor del acreedor, minimizando de esta manera el riesgo de crédito, razón por la que mientras para Tamayo Lombana, "...la solidaridad pasiva es una garantía muy importante en favor del acreedor, puesto que dos o más patrimonios responden completamente por una misma deuda"<sup>130</sup>, para Cuadra Folle, "...la solidaridad pasiva constituye, por así decirlo, una garantía en sí misma. El motivo, es fácil de apreciar: el único acreedor puede dirigir su acción contra uno cualquiera de los deudores, esto es, el acreedor tendrá varios patrimonios respecto de los cuales obtener el cumplimiento de su acreencia, en ejercicio del derecho de prenda general de los acreedores..."<sup>131</sup>, y para Ospina Fernández, la importancia de la solidaridad pasiva dentro del "...comercio jurídico se explica suficientemente por las ventajas que proporciona al acreedor, siendo la principal de ellas la garantía que constituye para este la circunstancia de que el sujeto pasivo de la obligación se multiplique, así como también los patrimonios que directamente responden del cumplimiento total de la obligación"<sup>132</sup>.

De acuerdo con lo brevemente expuesto y según lo planteado por la doctrina<sup>133</sup>, dentro de las características generales de la solidaridad pasiva, se destacan los siguientes:

- La solidaridad pasiva es una garantía con naturaleza principal y no accesoria o subsidiaria como sucede con otros institutos de garantía, tales como la hipoteca o la fianza, respectivamente;
- Cualquiera de los deudores solidarios (codeudores) puede pagar al acreedor o, en su defecto, éste puede exigir libremente la totalidad del pago a todos los codeudores, a algunos de ellos o únicamente a uno de los deudores obligados de manera solidaria, sin que éste pueda proponer válidamente los beneficios de división o de excusión, propios de la fianza;
- El hecho de que el acreedor exija cobrarle incluso judicialmente a uno o algunos de los codeudores, no implica que pierda el derecho de poder cobrarle luego a los demás hasta completar el cumplimiento total de la prestación y sin que ello conlleve de todas maneras a un enriquecimiento sin justa causa por parte del acreedor;
- El pago que realice cualquiera de los codeudores extingue la obligación solidaria hasta por el monto o porcentaje pagado;

---

<sup>130</sup> Tamayo Lombana, Alberto. Ob. Cit. p. 40.

<sup>131</sup> Cuadra Folle, Reinaldo. La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria y la codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites. p. 147. En: Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undarraga. Bogotá: Universidad del Rosario y Universidad de Chile, 2009. Pp. 144-158.

<sup>132</sup> Ospina, Fernández. Ob. Cit. p. 237.

<sup>133</sup> Ospina, Fernández. Ob. Cit. pp. 238-240; Valencia Zea y Ortiz Monsalve. Ob. Cit. pp. 24-25: y, Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones. 7ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2012. pp. 73 y ss.

- Los medios de extinguir las obligaciones que se apliquen sobre la cosa u objeto de las prestación extinguen la relación obligatoria, total o parcialmente según el caso, para todos los deudores solidarios;
- Por regla general la solidaridad pasiva es irrenunciable, salvo que el acreedor de manera unilateral consienta en ello respecto de uno o más codeudores, bien sea de manera expresa o tácita, siendo del caso precisar que si el acreedor renuncia a la solidaridad de todos los codeudores, la obligación se transforma en conjunta y cada deudor estará forzado a responder solamente hasta por su cuota parte;
- Está orientada a reducir el riesgo de crédito;
- Aumenta las probabilidades de recuperación de la obligación al multiplicar por el número de codeudores o deudores solidarios los patrimonios que sirven como prenda general de garantía.

## 2.1.2 La fianza

Si bien el Código Civil al definir la fianza establece que la misma es una obligación accesorio<sup>134</sup>, debemos precisar que en realidad la fianza es un contrato de garantía en virtud del cual una persona denominada fiador se obliga frente al acreedor a responder, total o parcialmente, por las obligaciones contraídas por un tercero<sup>135</sup>, de donde se infiere que a partir del momento en que se pacta la fianza, el fiador garantiza con su patrimonio la obligación adquirida por un tercero, razón por la que frente a un eventual incumplimiento de éste último, el acreedor puede adelantar las acciones de cobro a que haya lugar ante el deudor o ante el fiador, según su determinación, lo cual no obsta para que sin lugar a reconvención alguna por parte del acreedor, el fiador realice el pago por anticipado<sup>136</sup>. Sin embargo, siguiendo a Ospina Fernández, resulta oportuno precisar que "... el fiador no pasa de ser un deudor subsidiario, de segundo plano, que, debido a esta condición, goza de beneficios legales en detrimento del interés que tiene el acreedor en que su crédito sea pronta y fácilmente atendido"<sup>137</sup>, por cuanto el fiador puede interponer como mecanismos de defensa las excepciones reales inherentes a la obligación

---

<sup>134</sup> "La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple". Cfr. Art. 2361 Código Civil.

<sup>135</sup> De acuerdo con el artículo 2362 del Código Civil la fianza puede ser convencional, legal o judicial. "El hecho de que el artículo 2362 hable de las clases de fianza, en cuanto puede ser **convencional**, cuando 'es constituida por contrato', **legal**, cuando 'es ordenada por la ley', o **judicial**, 'cuando es por decreto del juez' no quiere significar que sólo una de ellas es la contractual, y las otras no. La trclasificación de la fianza guarda relación con el origen de la obligación de rendir la fianza". Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo II. 5ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000. P. 2.

<sup>136</sup> Cfr. Art. 2379 del Código Civil.

<sup>137</sup> Ospina, Fernández. Ob. Cit. p. 237.

principal<sup>138</sup>, la excepción de subrogación o de imposibilidad de subrogación<sup>139</sup>, el *beneficio de excusión*<sup>140</sup> o, si fueren dos o más los fiadores, con el *beneficio de división*<sup>141</sup>.

En relación con el contrato de fianza resulta oportuno resaltar que el mismo se encuentra regulado en sus diversos aspectos, que van desde sus requisitos, condiciones, clases, constitución, efectos y extinción, en el Código Civil (Arts. 2361 a 2408), siendo del caso mencionar que el Código de Comercio no se ocupa de esta figura, por lo que, de conformidad con la remisión contenida en el artículo 822 de dicho estatuto comercial, los contratos de fianza mercantiles se regirán por las citadas normas del Código Civil.

Entre las características más sobresalientes de este contrato se destacan las siguientes: *consensual*, en cuanto se perfecciona con el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador, resaltando en todo caso que el consentimiento del fiador debe ser expreso, ya que de acuerdo con el artículo 2373 del Código Civil la fianza no se presume; *unilateral*, dado que la única persona que se obliga es el fiador, razón por la que si el deudor no paga, el acreedor puede hacer exigible la obligación contra el fiador, siendo del caso precisar que si la fianza es remunerada se tornaría en un negocio jurídico bilateral; *accesorio*, por cuanto pende de una obligación principal contraída entre el deudor y el acreedor, en esencia esa es su naturaleza servir de garantía accesoria a una obligación principal, por lo que Bonivento Fernández manifiesta de manera diáfana que “Si no hay una obligación a que acceda, civil o natural (artículo 2364), pura o simple, o condicional y a plazo (artículo 2365-1) no se puede hablar de fianza, por cuanto no puede subsistir. Con todo, el artículo 2365-2 permite afianzar una obligación futura. (...) La fianza puede otorgarse hasta o desde cierto día o bajo condición suspensiva o resolutoria (artículo 2366)”<sup>142</sup>; *transmisible*, en razón a que, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 2370 del Código Civil, los derechos y obligaciones del fiador pasan a sus herederos. Si bien se predica que el contrato de fianza es *gratuito*, nada obsta para que en virtud de un acuerdo entre el fiador y el deudor, éste último reconozca una remuneración por el servicio prestado (artículo 2367 Código Civil)<sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr. Art. 2380 del Código Civil.

<sup>139</sup> Cfr. Num. 2º, Art. 2406 del Código Civil.

<sup>140</sup> Cfr. Art. 2383 Código Civil. “La palabra excusión viene del verbo latino *excutir*, que significa esculcar. El fiador reconvenido para el pago puede proponer el beneficio de excusión, para que se persigan primero los bienes del deudor principal y las prendas e hipotecas que este haya prestado para seguridad de la misma deuda”. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *El contrato de fianza*. P. 55. En Estudios de derecho privado. Tomo I. 1ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

<sup>141</sup> Cfr. Art. 2392 Código Civil.

<sup>142</sup> Bonivento Fernández, José Alejandro. Ob. Cit. p. 5.

<sup>143</sup> “La fianza es en principio una garantía civil que puede ser otorgada, según se explicó con precedencia, por toda persona natural o jurídica que tenga capacidad para ejercer sus derechos. Por ello se dice que es un contrato gratuito, sin perjuicio de que sea pactada una remuneración a favor del fiador por la prestación de su servicio, evento en el cual deviene en oneroso. Ahora bien, lo anterior no impide que un sujeto capaz para actuar como fiador se dedique de manera profesional a ello y, en consecuencia, de forma habitual y con ánimo de lucro afiance obligaciones ajenas a cambio de una remuneración”. Cfr. Concepto No. 2006004784-002 del 23 de febrero de 2006. Superintendencia Financiera de Colombia.

No obstante, para los efectos del presente escrito, resulta pertinente resaltar la accesoriadad<sup>144</sup> que caracteriza a este contrato en la medida que su función económica en el tráfico mercantil se circunscribe principalmente a servir de garantía o seguridad adicional a una obligación principal contraída por un tercero ajeno al fiador, razón por la que este último se compromete de manera accesoria y subsidiaria para con el acreedor a cumplir la obligación frente al impago o insolvencia del deudor. Por lo anterior, “supone la fianza una garantía personal, porque el acreedor dispone, para hacer efectivo su crédito, además de la prenda general consistente en el patrimonio de su deudor, de otra prenda general adicional, consistente en el patrimonio del fiador y de varias otras si se presentan cofiadores”<sup>145</sup>.

Finalmente y como quiera que la fianza va coligada a una obligación principal, las causales de terminación son básicamente dos: i) *Por vía indirecta o consecuenencial*, lo cual implica que extinguida la obligación principal por cualquiera de los modos establecidos en el artículo 1625 del Código Civil, se extingue también la obligación accesoria adquirida a través de la fianza, “Ha dicho la doctrina que estos modos generales o causas normales de extinción de las obligaciones constituyen la vía principal de extinción de la fianza. Se presenta esta extinción de la fianza como una consecuencia de la extinción de la obligación principal (C.C., artículo 2406, 3º)<sup>146</sup>; ii) *Por vía directa o especial*, lo cual implica la ocurrencia de alguna situación particular en relación con el contrato de fianza, como por ejemplo la declaración de nulidad del mismo, así como las causales especiales que trae Código Civil, entre los cuales están el relevo de la fianza (Art. 2394), la pérdida de la subrogación para el fiador por un hecho o culpa del acreedor (2406, num. 2º), la dación en pago (Art. 2407) y la confusión (Art. 2408).

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento en relación con la fianza, la cual si bien ha sido desplazada por la solidaridad pasiva dentro del tráfico mercantil, continúa vigente dentro del ámbito jurídico y es concebida como una de las principales garantías clásicas del crédito, caracterizada en líneas generales por los siguientes aspectos:

- La fianza es eminentemente una garantía accesoria y subsidiaria, razón por la que pende de una obligación principal y puede el fiador solicitar que en primera instancia se le cobre el deudor y agotado este trámite si no se satisface la obligación podrá exigirse el pago al fiador;
- El fiador cuenta con una serie de mecanismos de defensa o prerrogativas propias de este instituto de garantía, como lo son las excepciones reales inherentes a la obligación principal, la excepción de subrogación o de imposibilidad de subrogación y los *beneficios de excusión* o *de división*, este último si fueren dos o más los fiadores;

---

<sup>144</sup>“La fianza es un contrato típico que cuenta con una disciplina propia expresamente reconocida por el legislador, cuya función económica radica en garantizar el cumplimiento de una obligación ajena. Se trata de una obligación accesoria que el fiador contrae con el acreedor, por virtud de la cual responde de la obligación a cargo del deudor principal, en todo o en parte si éste no cumple. Es un contrato de garantía que el artículo 65 del Código Civil reconoce como una especie de caución”. Cfr. Concepto No. 2006004784-002 del 23 de febrero de 2006. Superintendencia Financiera de Colombia.

<sup>145</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Ob. Cit. p. 45.

<sup>146</sup> Tamayo Lombana, Alberto. Ob. Cit. p. 132.



- La fianza, en cuanto contrato accesorio de garantía, corre la suerte de la obligación principal, razón por la que extinguida la obligación principal por cualquiera de los modos establecidos para ello<sup>147</sup>, se extingue también la fianza;
- La fianza no sólo puede otorgarse desde o hasta un período de tiempo determinado sino además bajo condición suspensiva o resolutoria<sup>148</sup>;
- De conformidad con lo establecido en el artículo 2370 del Código Civil, la fianza es una garantía transmisible, razón por la que los derechos y obligaciones del fiador pasan a sus herederos;
- Reduce el riesgo crediticio;
- Otorga una seguridad adicional al crédito, incrementando las probabilidades de recuperación de la obligación al multiplicar por el número de cofiadores los patrimonios que sirven como prenda general de garantía.

### 2.1.3 El aval

En primera instancia, se considera procedente advertir que el aval<sup>149</sup> es considerado para efectos del presente estudio como una garantía clásica en razón a que, guardadas las

---

<sup>147</sup> Cfr. Artículo 1625 del Código Civil “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: 1o.) Por la solución o pago efectivo. 2o.) Por la novación. 3o.) Por la transacción. 4o.) Por la remisión. 5o.) Por la compensación. 6o.) Por la confusión. 7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe. 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión. 9o.) Por el evento de la condición resolutoria. 10.) Por la prescripción”

<sup>148</sup> Cfr. Artículo 236 del Código Civil.

<sup>149</sup> En relación con el origen histórico de esta figura existen diversas y hasta encontradas argumentaciones; sin embargo, según indica Pedro A. Labariega, hay quienes “... sostienen que el aval surgió en las ferias del medioevo (s. XIV) como una forma de liquidar, transferir y garantizar; sólo en una etapa posterior se realizó la distinción entre endoso y aval, concentrándose en este último la función de garantía; ciertamente en los estatutos de Bolonia (1550) y de Génova (1589) estaban contenidas disposiciones específicas en torno a la garantía cambiaria, y de la que la antigua doctrina italiana (Scaccia en 1919 y De Turri en 1621) ya resaltaba la solidaridad de la obligación del avalista, y su carácter peculiar frente a la obligación ordinaria de garantía personal. En Francia, la obligación del aval asume su fisonomía precisa en la Ordenanza del Comercio de Luis XIV (1673) (edicto *donné au mois de mars 1673 servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands, tant en gros qu'en détail*); en efecto, al utilizar expresamente la palabra aval, dispuso que los avalistas estarían obligados solidariamente con los libradores, promitentes, endosantes y aceptantes, aunque no se hiciera mención de ello en el aval (título V, artículo 33)”. Posteriormente esta figura es adoptada en las legislaciones de Europa continental y de América, así como en el Reglamento Uniforme de La Haya de 1912 (Arts. 29 al 31), las Convenciones Uniformes de Ginebra de 1930 sobre letra de cambio y pagaré a la orden (Arts. 30 al 32) y de 1931 sobre el Cheque bancario (Arts. 25 al 27), y la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y sobre Pagarés Internacionales de 1988 (Arts. 46 a 48). Labariega Villanueva, Pedro Alfonso. *El aval ¿Fianza sui generis o garantía cambiaria típica?* pp. 616-617. En: Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, pp. 611-661.

proporciones y particularidades propias de esta figura propia del derecho mercantil, puede concebirse como una especie de solidaridad pasiva no sólo por las características comunes que las identifican y definen en cuanto garantía sino además porque si el avalista no limita el valor y el deudor al que está avalando se entiende que se está avalando el 100% de la obligación y a todos los deudores, comprometiendo para ello su patrimonio en cuanto prenda general de garantía a favor del acreedor (tenedor legítimo del título valor).

Realizada la anterior claridad, puede considerarse que el aval, en cuanto figura jurídica propia del derecho mercantil, es concebido como un acto jurídico unilateral en virtud del cual una o más personas garantizan “en todo o en parte, el pago de un título-valor”<sup>150</sup>, siendo del caso resaltar que, como se desprende del Artículo 635 del C. Co., si el avalista no precisa de manera clara y expresa la cantidad o el monto por el cual se obliga como tal, se entiende que está garantizando con su patrimonio el monto total del importe del título-valor. Esto, claro está, sin perder de vista, que el avalista se obliga en los mismos términos del avalado y, adicionalmente, su obligación será válida pese a que la del avalado no llegare a serlo<sup>151</sup>, lo cual representa una mayor garantía para el tenedor del título-valor en la medida que su derecho o expectativa de pago no se encuentra supeditada ni siquiera a la suerte que corra el título-valor legalmente considerado. De ahí que “si la obligación del avalado se invalida por cualquier causa, la del avalista conserva plenamente su eficacia, como cuando la obligación de aquel ha sido adquirida por alguien declarado interdicto por demencia o disipación”<sup>152</sup>.

Esta última es, precisamente, la función económica que desempeña el aval<sup>153</sup>, dado que lo que se busca con dicha figura es garantizar o asegurar en mayor medida el pago de un título-valor frente a cualquier tenedor, facilitando de esta manera su circulación en el tráfico comercial, razón por la se afirma que “con el aval se pretende, única y exclusivamente, asegurar el pago de la obligación cambiaria, vinculando al título-valor, por lo general, a una persona de reconocida solvencia económica para que brinde confianza a los adquirentes en la circulación del título. Se asegura el pago frente a cualquier tenedor del título-valor”<sup>154</sup>.

Bajo esta misma perspectiva y teniendo presente que el aval es concebido como una garantía personal, “su efectividad en la práctica depende en últimas de la solvencia moral y económica del avalista”<sup>155</sup>, lo cual no obsta para reafirmar la relevancia jurídico económica del aval en cuanto garantía dentro del tráfico mercantil y el mundo de los negocios, razón por la cual no puede perderse de vista que “... mediante el aval se

---

<sup>150</sup> Cfr. Art. 633 C. Co.

<sup>151</sup> Cfr. Art. 636 C. Co.

<sup>152</sup> Andrade Otaiza, José Vicente. Manual de Títulos Valores. Régimen General y Especial. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011. Pág. 91.

<sup>153</sup> La firma “... del avalista simplemente garantiza el pago. Así de simple, porque esa es su función y nada más”. Trujillo Calle, Bernardo. De los Títulos Valores. Tomo I. Parte General. 11ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2000. Pág. 171.

<sup>154</sup> Peña Nossa, Lisando. Curso de Títulos Valores. 4ª ed. Santa Fe de Bogotá: 1992. Pág. 58.

<sup>155</sup> Barrera Tapias, Carlos Darío. Las obligaciones en el derecho moderno. Libro I. Concepto y Clasificaciones. Colección Profesores No. 18. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1995. Pág. 106.

garantiza en todo o en parte el pago de un título valor, es una manera de caucionar, de amparar, de respaldar el pago de un título valor”<sup>156</sup>.

De otra parte, resulta oportuno mencionar que, cuando quiera que sean varios los obligados, por ejemplo, un pagaré otorgado por tres personas en calidad de codeudores, si el avalista no indica o señala el nombre de la persona individual que está avalando y el monto que está garantizando, se entiende que garantiza las obligaciones de las tres personas obligadas<sup>157</sup> hasta por el monto total del importe del título-valor. De donde se desprende que el garantista en esencia es una garante y que, en consecuencia, “cualquier tenedor posterior al documento puede dirigirse a él para que pague el título, pero además puede dirigirse directamente a él sin haber requerido previamente al avalado”<sup>158</sup>.

Siguiendo con la metodología propuesta en relación con las características generales del aval, podemos destacar las siguientes:

- De un acto de voluntad unilateral, incondicional e irrevocable por parte del avalista, quien se obliga de manera directa y personal a pagar el título valor ante cualquier tenedor, razón por la que, en líneas generales, el avalista es concebido como un deudor solidario y no subsidiario como sucede con el fiador;
- Al igual que sucede con la solidaridad pasiva, la naturaleza de la obligación que adquiere el avalista es directa y principal, no accesoria o subsidiaria como sucede con otros institutos de garantía;
- El avalista cuenta con la posibilidad de limitar de manera expresa su responsabilidad no sólo en relación con la cuantía sino además con la(s) persona(s) que avala;
- A diferencia del fiador, el avalista no puede condicionar la obligación que está avalando, de donde se desprende que su obligación es pura y simple;
- Reduce el riesgo crediticio;
- Otorga una seguridad adicional al crédito, en la medida que el avalista se responsabiliza de manera directa y personal a pagar el importe del título valor hasta por el monto avalado.

---

<sup>156</sup> Cfr. Leal Pérez, Hidelbrando. Títulos valores. Partes general. Especial, procedimental y práctica. 14ª ed. Bogotá: Leyes, 2013. p. 142.

<sup>157</sup> Cfr. Art. 637 C. Co.

<sup>158</sup> Cfr. Leal Pérez, Hidelbrando. Ob. Cit. p. 147.

## 2.2 Garantías Reales

En líneas generales, mediante las garantías reales se grava o afecta un determinado bien con el propósito de asegurar el pago de una obligación crediticia propia o de un tercero<sup>159</sup>, procurando con ello minimizar el riesgo de crédito. Dentro de las garantías reales clásicas en Colombia se encuentran la hipoteca, la prenda y la anticresis, sobre las cuales a continuación se presentarán sus notas más distintivas, siendo del caso resaltar que en relación con la prenda la Ley 1676 de 2013, mediante la cual se establecen las garantías mobiliarias en Colombia, ha introducido una serie de cambios bien interesantes, tal como se verá más adelante cuando se realice una revisión de dicha Ley.

### 2.2.1 La hipoteca.

Pese a los elevados costos de transacción<sup>160</sup> que conlleva la constitución de una hipoteca en Colombia, la garantía hipotecaria continúa siendo “una de las principales garantías del Crédito”<sup>161</sup>.

En líneas generales y siguiendo las disposiciones civiles y comerciales que regulan la hipoteca en Colombia, podemos afirmar que la hipoteca en cuanto derecho real de prenda constituido sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo<sup>162</sup>, así como sobre naves<sup>163</sup> o aeronaves<sup>164</sup>, constituye una garantía o caución<sup>165</sup> establecida

<sup>159</sup> En relación con las garantías reales, resulta preciso volver la mirada sobre la definición que de derecho real trae el Art. 665 del Código Civil “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda\* y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

<sup>160</sup> Entre los principales gastos en que se incurre, se encuentran los relacionados con el estudio de títulos, avalúo, gastos notariales, beneficencia y registro, a lo cual deberá sumársele no sólo el tiempo que implica adelantar todo este trámite sino además los costos asociados a la posterior cancelación de la hipoteca una vez extinguidas en su totalidad las obligaciones principales garantizadas. En relación con la constitución y cancelación de la hipoteca resulta oportuno tener en cuenta que la constitución se comienza a contar a partir de la fecha de su inscripción en el registro de instrumentos públicos, siendo del caso resaltar que, según lo establecido en el artículo 32 del Decreto 1250 de 1970, dicho registro deberá realizarse dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento mediante escritura pública. Respecto a la cancelación se debe tener en cuenta que “... de acuerdo con el artículo 2457 del Código Civil, para que se produzca la extinción integral de un gravamen hipotecario es necesario no solamente la extinción de la obligación principal, que al tenor de dicho precepto produce por vía indirecta a la extinción del derecho real de garantía del que es titular el acreedor, sino también la cancelación del registro de la escritura constitutiva del gravamen”. (Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 24 de octubre de 1994. M.P. Esteban Jaramillo Schloss).

<sup>161</sup> Tamayo Lombana, Alberto. Ob. Cit. p. 146.

<sup>162</sup> Cfr. Art. 2443 del Código Civil.

<sup>163</sup> Cfr. Art. 1570 C.Co.

<sup>164</sup> Cfr. Art. 1904 C. Co.

<sup>165</sup> De acuerdo con lo establecido en el Artículo 65 del Código Civil, “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

con el propósito fundamental de garantizar o asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el titular del bien hipotecado (constituyente) o de un tercero<sup>166</sup>, siendo del caso resaltar que por el hecho de la constitución de la hipoteca el bien gravado con esta caución no deja de permanecer en poder del constituyente, quien cuenta con la facultad de disposición y, en ese sentido, con la posibilidad de enajenarlo o hipotecarlo.

De otra parte, resulta oportuno mencionar que el contrato de hipoteca no sólo debe reunir los elementos comunes de todo contrato<sup>167</sup> (capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos) para que surja a la vida jurídica y tenga plena validez, sino además requiere un par de solemnidades<sup>168</sup> o formalidades *ad substantiam actus*, como lo son el otorgamiento a través de escritura pública<sup>169</sup> y la suscripción en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria que se lleva en la oficina de registro de instrumentos públicos<sup>170</sup>, dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a su otorgamiento<sup>171</sup>, razón por la que en estricto sentido jurídico la hipoteca sólo se tiene como tal, esto es, sólo existe desde la fecha de su registro siempre que se haga dentro del término legal<sup>172</sup>.

Además de las mencionadas solemnidades que reviste el contrato de hipoteca, existen otras notas distintivas que lo caracterizan como lo es el hecho de la accesoriedad e indivisibilidad, en virtud de las cuales la hipoteca se constituye como un derecho real accesorio que cuenta con una finalidad claramente definida como lo es garantizar el pago de una obligación principal y, por ende, minimizar el riesgo de crédito frente a un eventual incumplimiento, al punto que si la obligación principal se extingue la misma suerte corre la hipoteca, razón por la que el artículo 2457 del Código Civil establece que “La hipoteca se extingue junto con la obligación principal”; sin embargo, no puede perderse de vista

---

<sup>166</sup> Sobre este asunto resulta pertinente resaltar que, como establece el Artículo 2439 del Código Civil, cuando un tercero hipoteca un bien inmueble de su propiedad para garantizar una obligación ajena, el acreedor hipotecario no podrá interponer una acción personal contra el dueño del inmueble a menos que éste se haya sometido expresamente a dicha acción, razón por la que lo procedente será una acción real hipotecaria contra el constituyente de la hipoteca para perseguir el bien gravado y una acción personal contra el titular de la obligación, derivada del derecho de crédito que le pertenece y que se encuentra respaldado con todo el patrimonio del deudor. Respecto a la acción real hipotecaria, “...la Corte sostuvo recientemente que la *acción real inherente a la hipoteca se dirige contra el propietario poseedor actual del bien, quien no siendo deudor de la obligación principal, sea porque adquirió la cosa con posterioridad, ora porque amparó una deuda ajena, contrae frente al acreedor una responsabilidad sin débito propio limitada a la cosa gravada, el valor del crédito y sus accesorios...*” Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 2 de diciembre de 2009. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

<sup>167</sup> Cfr. Art. 1502 del Código Civil.

<sup>168</sup> De conformidad con lo establecido en el Art. 1500 del Código Civil, un contrato “...es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”.

<sup>169</sup> Cfr. Art. 2434 del Código Civil.

<sup>170</sup> Cfr. Art. 2435 del Código Civil.

<sup>171</sup> Cfr. Art. 28 de la Ley 1579 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos y se dictan otras disposiciones.

<sup>172</sup> “Infiérese, por consiguiente, que el aludido registro, a la vez que concurre a perfeccionar, según se ha dicho, el gravamen hipotecario, fija su fecha y el orden de prelación que le corresponde, dándole de paso, significativa publicidad al mismo, directriz que, por lo demás, reiteran los artículos 2437 y 2438 ejusdem, al establecer que en los eventos allí descritos, es la fecha de la inscripción la que se tiene en cuenta y no la del otorgamiento de la escritura en que se hace constar el gravamen”. Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 29 de abril de 2002. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. En esta misma línea, Luis Augusto Cangrejo, afirma que “... el Código considera dicha inscripción como una especie de tradición (art. 756), y, en nuestro sentir, la inscripción cumple una función constitutiva respecto del derecho real de hipoteca, además de la función propia de publicidad que se traduce en la oponibilidad erga omnes, nota fundamental del derecho real”.

que la extinción del gravamen hipotecario se perfecciona con la respectiva anotación de cancelación en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble hipotecado<sup>173</sup>.

En relación con la indivisibilidad, el artículo 2433 del Código Civil establece que la hipoteca es indivisible, de donde se sigue que un bien raíz gravado garantiza en todo su conjunto el pago de toda la deuda y de cada una de las partes de ésta, razón por la que el profesor Bonivento Fernández manifiesta que “La indivisibilidad hay que enfocarla alrededor de la obligación accesoria, que no se puede partir salvo que expresamente se convenga en ello. La obligación principal, o mejor, el crédito, en cambio, si se puede dividir. Si sobre un predio se constituye una hipoteca, y luego se fracciona o lotea, segregándolo en el registro, todo el inmueble queda garantizando la totalidad o la parte del crédito; no podrá alegarse, por tanto, la división del predio para desconocer la hipoteca, salvo que el acreedor consienta en el fraccionamiento”<sup>174</sup>.

Respecto a las diferentes modalidades de las hipotecas, se establece que pueden ser: i) *Cerradas o abiertas*<sup>175</sup>, según se determinen o no dentro del contrato de hipoteca las obligaciones que se están garantizando y, ii) *De primer, segundo o tercer grado*, en razón a que sobre un mismo bien inmueble pueden garantizarse obligaciones de diferentes acreedores. De ahí que se hable de grados según el orden de preferencia con el que se pagará la obligación principal, el cual está determinado por la fecha de la inscripción del gravamen, pues según lo establece el artículo 2499 del Código Civil “Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras en el orden de su inscripción”.

Finalmente, resulta de interés traer a colación un par de privilegios<sup>176</sup> con que cuenta el acreedor hipotecario para efectos de hacer exigible el pago de la obligación garantizada

<sup>173</sup> “... para que se produzca la extinción integral de un gravamen hipotecario es necesario, no solamente la extinción de la obligación principal (...) sino también la cancelación del registro de la escritura constitutiva del gravamen. Es decir, aunque se haya pagado la obligación principal, la hipoteca no desaparece del todo hasta tanto no se agoten las formalidades impuestas por ley para que ese resultado se produzca”. Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 24 de octubre de 1994. M.P. Esteban Jaramillo Schloss

<sup>174</sup> Bonivento, Fernández. Ob. Cit. pp. 59-60. Sobre este mismo aspecto Tamayo Lombana sostiene que “La indivisibilidad de la hipoteca debe analizarse desde el punto de vista de la hipoteca misma y desde el punto de vista del crédito”, pues aunque el bien hipotecado se divida, el gravamen sobre la totalidad del mismo se mantiene y aun cuando el crédito o la deuda se fraccione continúa amparada con el bien inmueble hipotecado para garantizar su pago. Cfr. Tamayo Lombana, Alberto. Ob. Cit. p. 161.

<sup>175</sup> “Con la locución ‘hipoteca abierta’, se denota la garantía constituida para amparar de manera general obligaciones que de ordinario no existen ni están determinadas en su cuantía al momento del gravamen. (...) En nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no es menester ni la preexistencia ni la determinación de las obligaciones principales a la constitución de la garantía, desde luego que la prestación futura es indeterminada en su existencia y cuantía, aunque determinable al instante de su cumplimiento y ejecución según corresponde a su función práctica o económica social. En todo caso, la hipoteca cualquiera sea su modalidad, ‘abierta’ o ‘cerrada’ al tenor del artículo 2455 del Código Civil, no va más allá del duplo de la obligación garantizada, ni aún conocido con exactitud el *quantum* y de acordarse una suma mayor, pues, en esta hipótesis el contrato no es ilícito ni nulo sino que la garantía está circunscrita al monto máximo tarifado en la ley, siendo ineficaz el exceso”. Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 1 de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas. En relación con las hipotecas cerradas constituidas para garantizar un crédito de vivienda individual, el artículo 23 de la Ley 546 de 1999, estableció unas prerrogativas económicas especiales sobre los derechos notariales y gastos de registro que se causen con ocasión de la constitución, modificación y cancelación de dicho gravamen.

<sup>176</sup> “Como derecho real que es, la hipoteca concede al titular los atributos que atañen a los demás de su tipo, es decir, la persecución y la preferencia (...) la hipoteca permite al acreedor promover las acciones judiciales tendientes a la satisfacción de las obligaciones garantizadas, con abstracción de quién sea el dueño o poseedor actual del bien gravado y asistido aquel acreedor del derecho de preferencia respecto de los demás acreedores de menor derecho.”. Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 2 de diciembre de 2009. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

en el evento de incumplimiento de la misma por parte del deudor, como lo son: i) *El derecho de persecución* de bien inmueble hipotecado sin importar en poder de quién se encuentre, ya que como bien lo indica el artículo 2452 del Código Civil, “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”, de donde se desprende que, mientras no se extinga, la hipoteca permanecerá adherida al bien inmueble así como la mancha acompaña siempre al perro dalmata, razón por la que el deudor puede perseguir el bien raíz sin perjuicio de quien acredite ser el dueño del mismo, salvo que éste último lo haya adquirido a través de pública subasta ordenada por el juez en los términos del citado artículo 2452 del Código Civil<sup>177</sup> y, ii) *El derecho de preferencia* concedido en favor del acreedor hipotecario con el fin de poder satisfacer el pago de la obligación garantizada en el evento de verse abocado a hacer efectiva la garantía con ocasión del incumplimiento por parte del deudor, siendo del caso resaltar que dicha preferencia salta a la vista al menos en los siguientes eventos enunciados por Tamayo Lombana<sup>178</sup>: Por pertenecer a la tercera clase dentro de la prelación de créditos, al acreedor hipotecario se le paga de manera preferente que a los acreedores comunes o quirografarios; en caso de existir dos o más acreedores hipotecarios se preferirá a quien primero se encuentre inscrito en el folio de matrícula del inmueble hipotecado y luego se le pagará a los demás acreedores según el orden cronológico de inscripción, y finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 558 del Código de Procedimiento Civil, existe prelación en el registro del embargo hipotecario sobre el embargo decretado dentro de un proceso ejecutivo impetrado para el pago de un crédito común o quirografario.

Después de esta presentación general del contrato de hipoteca vamos a rescatar las principales características generales de esta garantía clásica, con el propósito de continuar con el mismo hilo conductor que se traía con el estudio de las garantías personales. Así las cosas, entre los rasgos generales se encuentran los siguientes:

- La hipoteca recae sobre un bien inmueble que puede ser del deudor o de un tercero con el propósito de garantizar una obligación;
- El contrato de hipoteca es accesorio, razón por la que corre con la misma suerte del contrato principal, siendo del caso mencionar que si la obligación garantizada se extingue por cualquier modo, queda extinguida también la hipoteca constituida para garantizarla;
- El bien inmueble hipotecado permanece en poder del constituyente, quien cuenta con la facultad de disposición sobre dicho bien, lo cual implica que este tipo de gravamen no saca el bien del comercio;

---

<sup>177</sup> Al respecto resulta pertinente mencionar que incluso la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “... la declaratoria de dominio por prescripción adquisitiva de un bien inmueble hecha en favor del poseedor material no está prevista en la ley como causa de extinción de la hipoteca que el poseedor inscrito del predio hubiese otorgado en favor de un tercero”. Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 1º de septiembre de 1995. Exp. 4219.

<sup>178</sup> Tamayo Lombana, Alberto. Ob. Cit. p. 214.

- La hipoteca puede garantizar una obligación en particular (hipoteca cerrada) o varias obligaciones vigentes o futuras (hipoteca abierta);
- Si la hipoteca es constituida por el deudor, el acreedor hipotecario podrá iniciar las acciones personales contra éste, así como la acción real hipotecaria para perseguir el bien hipotecado; no obstante, si la hipoteca es constituida por el tercero, las acciones personales deberán orientarse hacia el deudor y la real sobre el bien gravado con la hipoteca;
- Para efectos de hacer exigible la obligación garantizada, el acreedor hipotecario cuenta con los derechos de persecución y preferencia;
- Mediante la constitución de la garantía hipotecaria se busca minimizar el riesgo de crédito frente a un eventual incumplimiento del deudor;
- Aumenta las probabilidades de recuperación de la obligación al gravar con la hipoteca un inmueble para el pago de la misma en caso de que el deudor incumpla la obligación garantizada.

## 2.2.2 La Prenda

Con la expedición de la Ley 1676 de 2013, mediante la cual se regulan las garantías mobiliarias, se hace un alto en el camino para dejar en el pasado las disposiciones civiles y comerciales que regulan el contrato de prenda en general, tal como se indica en el inciso tercero del artículo tercero de la ley en comento; sin embargo, se considera pertinente presentar un panorama general sobre el contrato de prenda no sólo para resaltar sus principales características en cuanto garantía adicional del crédito sino además porque las garantías prendarias que en la actualidad se encuentran constituidas permanecen incólumes<sup>179</sup> y, adicionalmente, con el propósito de lograr evidenciar más adelante algunos de los cambios más relevantes que sobre el particular introdujo esta novedosa ley de garantías mobiliarias.

En líneas generales, puede sostenerse que mediante un contrato de prenda, el cual debe contar con los requisitos propios de todo contrato (capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos), una persona entrega, grava o limita un bien mueble a favor de un acreedor con el propósito de garantizar un crédito propio o el de un tercero<sup>180</sup>, siendo del caso resaltar que, en materia mercantil, dicha prenda puede constituirse con o sin tenencia del

---

<sup>179</sup> Es de anotar que, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del artículo 91 de la Ley 1676 de 2013, "Las garantías mobiliarias constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, conservarán su validez hasta cuando los créditos amparados por las mismas sean extinguidos por cualquier medio legal".

<sup>180</sup> Este concepto se encuentra regulado tanto en el Art. 2409 del Código Civil como en el Art. 1200 del Código de Comercio.



bien mueble<sup>181</sup>. Así las cosas y de conformidad con lo establecido en el artículo 2410 del Código Civil, dicho contrato de prenda supone siempre una obligación principal a la que accede, teniendo en cuenta que la función fundamental de la constitución de la prenda es, precisamente, asegurar o garantizar el cumplimiento de la mencionada obligación a la que accede, razón por la que en el evento que el deudor incumpla la obligación, el acreedor garantizado se encuentra facultado para pedir que el bien mueble dado en prenda se venda en pública subasta y con el producto de la misma se le pague o para que, a falta de postura admisible, se le adjudique en pago hasta la concurrencia de su crédito<sup>182</sup>.

En relación con este último aspecto, resulta oportuno resaltar que los Códigos Civil y Comercial<sup>183</sup> establecen de manera clara y sin lugar a equívocos la prohibición de establecer en los contratos de prenda el denominado *pacto comisorio o pignoraticio* con el propósito de evitar que el acreedor prendario pueda apropiarse directamente de la prenda por medios diferentes a los enunciados anteriormente y establecidos en la ley. No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que si dicho pacto se celebra, de manera libre, reflexiva y equilibrada, con posterioridad a la celebración del contrato de prenda resultan válidos y, por ende, eficaces<sup>184</sup>. No obstante, resulta oportuno resaltar que, precisamente, uno de los cambios sustanciales que introdujo la Ley de garantías mobiliarias fue el suprimir dicha prohibición, como se verá más adelante, cuando se aborde el estudio de la ley en comento.

Dentro de las características propias del contrato de prenda, resulta oportuno resaltar dos por su relevancia dentro del estudio y comprensión de este contrato, como lo son el tipo y clase de contrato, ya que en el primer aspecto se indica que el contrato de prenda civil es real por cuanto implica el desplazamiento del bien dado en prenda (entrega)<sup>185</sup>, mientras que en materia mercantil en la actualidad y mientras entra en vigencia la Ley de garantías mobiliarias dicho contrato es consensual en la medida que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre las partes<sup>186</sup>, siendo del caso resaltar que el contrato de prenda sin tenencia<sup>187</sup> es solemne dado que deberá constar por escrito y, respecto al

---

<sup>181</sup> “Existen en consecuencia dos clases de prenda, a saber: La ordinaria o normal denominada por la codificación recién citada ‘...con tenencia’, en la que es esencial el desplazamiento real y efectivo de la tenencia al acreedor para que se perfeccione en toda su amplitud la garantía correspondiente (C.C., art. 2411 y C. de Co., art. 1204), y una prenda especial en que este elemento no juega papel y mediante la cual ‘...podrá gravarse toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella que sean resultado de la misma explotación...’, modalidad esta última que en todo caso se rige por la legislación mercantil”. Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 22 de noviembre de 1993. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>182</sup> Cfr. Artículo 2422 del Código Civil. En relación con el proceso de adjudicación el acreedor prendario o hipotecario debe tener en cuenta el procedimiento y los requisitos establecidos en los artículos 467 y 168 de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso-, relacionados con la adjudicación o realización especial de la garantía real, así como con las disposiciones especiales para la efectividad de la misma, los cuales entran en vigencia a partir del 1º de enero de 2014.

<sup>183</sup> Cfr. Artículos 2422 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio.

<sup>184</sup> Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 26 de julio de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

<sup>185</sup> “Pero es incontestable que una vez efectuada tal entrega, brotan para el acreedor pignoratario los deberes y obligaciones que de tal carácter se desprenden, particularmente, las de *guardar, conservar y restituir* la prenda (artículos 2419 y 2426 del Código Civil)...”. Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 11 de octubre de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

<sup>186</sup> Cfr. Artículo 1204 del Código de Comercio.

<sup>187</sup> El contrato de prenda sin tenencia aplicable única y exclusivamente en materia mercantil, según se desprende del Artículo 1207 del Código de Comercio, el cual adicionalmente prescribe que sólo puede constituirse sobre aquellos bienes

segundo aspecto se establece que, como se mencionó anteriormente, es un contrato accesorio por cuanto requiere de una obligación principal a la que accede<sup>188</sup>; no obstante, en tratándose de la prenda sin tenencia del acreedor<sup>189</sup>, regulada en el estatuto mercantil, se contempla la posibilidad de que la misma pueda “constituirse para garantizar obligaciones futuras hasta por una cuantía y por un plazo claramente determinados en el contrato”<sup>190</sup>, de donde se infiere que en este sentido *la prenda sin tenencia puede ser cerrada o abierta* pero en cualquiera de los dos eventos *con límite de cuantía*, el cual deberá establecerse en el respectivo contrato de prenda. Adicionalmente, resulta oportuno mencionar que mientras en la prenda con tenencia no es dable hablar de grados de la prenda, respecto de la prenda sin tenencia o desapoderamiento es posible establecer diferentes grados dependiente del orden de prelación del correspondiente registro del bien dado en prenda, teniendo en cuenta que según el estatuto mercantil dicho grado “se determinará su orden de prelación por la fecha del registro”<sup>191</sup>.

De otra parte, resulta pertinente mencionar que dentro de los principales derechos que se desprende del contrato de prenda a favor del acreedor prendario, se encuentran: el derecho de retención hasta por el pago total de la deuda, el derecho de persecución de la prenda contra toda persona, el derecho de venta de la prenda y preferencia en el pago. A su vez, el deudor cuenta, entre otros, con los siguientes derechos: obtener la restitución del bien gravado con prenda una vez realizado el pago de la totalidad de la obligación garantizada, solicitar el cambio de la garantía, demandar al acreedor por los perjuicios ocasionados por los deterioros o pérdida del bien dado en prenda cuandoquiera que los mismos fueren ocasionados por hecho o culpa del acreedor y vender el bien gravado con prenda o constituir a favor de terceros los derechos al goce o tenencia del citado bien<sup>192</sup>.

En relación con las características generales de la garantía prendaria se pueden resaltar las siguientes:

- La prenda recae sobre un bien mueble que puede ser del deudor o de un tercero;

“muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación está sólo aplica en materia”, razón por la que “estos bienes se gravan quedando sujetos a los efectos de la prenda, pero el deudor conserva su tenencia, con el ánimo de hacerlos más productivos, por su destinación, en un sector importante de la economía. (...) Por tanto, esta modalidad de prenda tiene un campo específico de aplicación, en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de este contrato”. Cfr. Bonivento, Fernández. Ob. Cit. p. 39.

<sup>188</sup> Cfr. Artículo 2410 del Código Civil. “Por cuanto la prenda es la *garantía o seguridad* de una obligación principal, es un *derecho accesorio*. Por lo tanto, queda sometida a todas las consecuencias que son propias a lo accesorio y al imperio de la regla según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principale*)”. Cfr. Tamayo Lombana, Alberto. Ob. Cit. p. 259.

<sup>189</sup> Resulta oportuno advertir que con la nueva ley de garantías mobiliarias se suprime la distinción entre prenda con y sin tenencia del acreedor, teniendo en cuenta que como se indica en el inciso tercero del artículo 3º de la ley 1676 de 2013, cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a la prenda en sus diferentes modalidades, se entenderán como garantías mobiliarias y se regularán por esta misma ley.

<sup>190</sup> Cfr. Artículo 1219 del Código de Comercio.

<sup>191</sup> Cfr. Artículo 1211 del Código de Comercio.

<sup>192</sup> Es de anotar que el Artículo 2426 del Código Civil regula la denominada prenda implícita, la cual también se convierte en una garantía de obligaciones diferentes a la que dieron origen a la constitución de la garantía prendaria, siempre que se den los siguientes presupuestos establecido en la norma: “...podrá el acreedor retenerla (la prenda) si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1. Que sean ciertos y líquidos. 2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda. 3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.”

- Por naturaleza el contrato de prenda es accesorio, por lo que la constitución de la garantía prendaria supone una obligación principal; sin embargo, resulta oportuno precisar que con la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, los contratos de garantías mobiliarias tienen el carácter de principales;
- El bien mueble sobre el que se constituye la prenda puede permanecer en poder del constituyente de la misma o del acreedor (prenda sin y con tenencia), siendo del caso resaltar que con la Ley de garantías mobiliarias se suprime dicha distinción;
- La prenda civil y comercial prohíben de manera expresa el denominado pacto pignoraticio o comisorio, evitando de esta manera que el acreedor prendario se apropie de la prenda por medio diferentes a los consagrados por la ley; no obstante, es necesario recordar que la ley de garantías mobiliarias que entra a regir a partir del 20 de febrero de 2014 abolió dicha prohibición;
- La prenda puede constituirse para garantizar obligaciones presentes y/o futuras hasta por la cuantía y monto determinados en el contrato de prenda, siendo del caso mencionar que una vez constituida la prenda entra en órbita la denominada garantía sobre otras obligaciones a cargo del mismo acreedor a través de la denominada prenda implícita, en los términos del artículo 2426 del Código Civil;
- Si la prenda es constituida por el deudor, el acreedor prendario podrá iniciar las acciones personales contra éste, así como la acción real prendaria para perseguir el bien dado en prenda; no obstante, si la prenda es constituida por un tercero, las acciones personales deberán orientarse hacia el deudor y la real sobre la prenda;
- Si bien en la prenda con tenencia no es posible hablar de grado de la prenda, tratándose de la prenda sin tenencia se pueden establecer diferentes grados según el orden de prelación del registro de la prenda, frente a lo cual resulta pertinente indicar que con la ley de garantías mobiliarias se suprime la distinción entre prenda con o sin tenencia y, adicionalmente, el registro del contrato no sólo cumple funciones de publicidad y oponibilidad sino además establece la prelación de la garantía según el orden de inscripción de la misma;
- Para efectos de hacer exigible la obligación garantizada, el acreedor hipotecario cuenta con los derechos de persecución y preferencia;
- A través de la garantía prendaria se pretende minimizar en buena medida el riesgo de crédito, razón por la que el artículo 2409 del Código Civil establece que la prenda se constituye “para la seguridad de su crédito”;
- Incrementa la probabilidad de recuperación de la obligación garantizada.

### 2.2.3 La anticresis

En primera instancia resulta oportuno advertir que, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del Artículo 3º de la Ley 1676 de 2013, ley de garantías mobiliarias que se ha venido comentando al margen y sobre la cual se volverá más adelante, cuando en otras disposiciones legales se haga referencia, entre otras expresiones, a la anticresis, se entenderá como garantía mobiliaria y se regulará por esta ley, de donde se desprende que a partir del 20 de febrero de 2014, fecha en la que comienza a regir la ley de garantías mobiliarias, la anticresis tanto civil como comercial se deberá entender como una garantía mobiliaria y, por ende, se regirá por dicha ley.

No obstante lo anterior, para efectos del presente trabajo a continuación se aborda el estudio de la anticresis en cuanto garantía clásica del crédito entendida como “un modo indirecto de pago y como un medio para reforzar la obligación”, según calificación de Messineo.<sup>193</sup>

En líneas generales y desde una perspectiva civilista, la anticresis<sup>194</sup> es concebida como un contrato real en virtud del cual se le entrega al acreedor un bien inmueble para que se pague el crédito con sus frutos<sup>195</sup>, siendo del caso precisar que la entrega del bien puede ser realizada por el deudor o un tercero que consienta en ello con el propósito fundamental de garantizar de esta manera el pago de una obligación principal<sup>196</sup>. Adicionalmente, resulta pertinente mencionar que en materia mercantil, el artículo 1200 del Código de Comercio amplía los bienes sobre los cuales puede recaer la anticresis al indicar que será sobre “toda clase de bienes” y, adicionalmente, establece que la anticresis sobre “un establecimiento de comercio obliga al deudor a ejercer permanentemente actividades de control y no le hace perder, por sí sola, el carácter de comerciante”<sup>197</sup>.

Es de anotar que si bien el Código Civil establece que el contrato de anticresis se perfecciona “por la tradición del inmueble”, resulta pertinente precisar que en estricto sentido jurídico aquí no hay tradición o transferencia del dominio sino que se trata de una entrega pura y simple para que el acreedor use el bien dado en anticresis y con sus

---

<sup>193</sup> Citado por Marco Lovera en El contrato de anticresis. Una garantía adicional que permite la amortización de la deuda. 3ª ed. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1993. P. 26. Consultado en <http://books.google.com.co>

<sup>194</sup> “La etimología de la palabra *anticresis* se encuentra en el idioma griego y significa *contra goce o contra uso*. De lo cual se deduce que una de las partes concede a la otra el uso de un *capital*, y esta última procura a su contraparte el uso de un *inmueble*” Cfr. Tamayo Lombana, Alberto. Ob. Cit. p. 323. Es de anotar que en materia mercantil la anticresis se amplía a todos los bienes, incluidos los establecimientos de comercio, y no sólo a los inmuebles como lo hace el Código Civil.

<sup>195</sup> Cfr. Artículo 2458 del Código Civil.

<sup>196</sup> “La anticresis surge como consecuencia de la existencia de un crédito presente, es decir, sirve de garantía, porque tiene que estar de por medio un derecho personal para que alcance su plena existencia”. Cfr. Bonivento, Fernández. Ob. Cit. p. 99

<sup>197</sup> Cfr. Artículo 1224 del Código de Comercio.

frutos se pague la obligación<sup>198</sup>. De manera que lo que aquí se entrega es la tenencia del bien y no su propiedad, razón por la que resulta más adecuada a la realidad jurídica la redacción que trae el Código de Comercio, cuando establece que “El contrato se perfecciona con la entrega de la cosa”<sup>199</sup>.

Hechas esas breves anotaciones en relación con el contrato de anticresis, el cual naturalmente debe cumplir con todos los requisitos propios de los contratos (capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos), a continuación se destacan las principales características de la anticresis entendida como una garantía tradicional del crédito:

- El contrato de anticresis es accesorio, orientada a garantizar el pago de una obligación a través de los frutos del bien dado en anticresis, siendo oportuno resaltar que, al igual que en el contrato de prenda, está prohibido establecer el denominado pacto comisorio; no obstante, como quiera que a partir del 20 de febrero de 2014 el contrato de anticresis comenzará a regirse por las disposiciones de la ley de garantías mobiliarias, se debe entender que ya el contrato será principal y que queda abolida la prohibición de establecer dentro del mismo el pacto comisorio;
- Si bien el acreedor anticrético tiene el derecho de usar el bien dado en anticresis con el fin de pagarse con sus frutos, también tiene la obligación de administrar y cuidar el bien, así como de devolverlo (restituirlo) al propietario tan pronto se haya cancelado la obligación garantizada;
- Siguiendo lo consagrado en el artículo 2464 del Código Civil, la anticresis en sí misma no le otorga al acreedor ningún derecho real sobre la cosa entregada. De ahí que el acreedor sea titular de un derecho personal o de crédito, pero no de un derecho real como sucede en el caso de la hipoteca y de la prenda, razón por la que no cuenta con los derechos de persecución y preferencia;
- De acuerdo con lo indicado por el profesor José Alejandro Bonivento, en el tráfico mercantil es poca la utilización de este contrato de manera separada, razón por la que “se pacta, acompañado con el contrato de hipoteca, en cuanto éste sirve de garantía del crédito y aquél de aprovechamiento de los frutos”<sup>200</sup>.
- De conformidad con lo establecido en el artículo 2467 del Código Civil y tal como sucede con las garantías clásicas del crédito estudiadas, salvo la fianza, la

---

<sup>198</sup> Es de anotar que, de acuerdo con el Artículo 2465 del Código Civil, si el crédito genera intereses, el acreedor anticrético tiene derecho a que los frutos percibidos se imputen en primer lugar al pago de los intereses y luego a capital. En este mismo sentido se indica que del “concepto del contrato de anticresis se destaca, como elemento característico, el hecho de que el acreedor se va cobrando, durante la existencia del contrato, bien los intereses o el capital o de la deuda...”. Lovera, Marco. Ob. Cit. p. 25.

<sup>199</sup> Cfr. Artículo 1221 del Código de Comercio.

<sup>200</sup> Cfr. Bonivento, Fernández. Ob. Cit. p. 99

anticresis es indivisible, lo cual significa que se mantiene íntegra y vigente para todos los efectos mientras se paga la totalidad de la deuda garantizada;

- El contrato de anticresis está orientado fundamentalmente a minimizar el riesgo de crédito, razón por la que frente a un eventual incumplimiento se le entrega al acreedor el bien dado en anticresis para que con los frutos del mismo se pague la obligación;
- Incrementa la probabilidad de recuperación de la obligación garantizada, por la circunstancia anotada anteriormente.

## 2.3 A propósito de las garantías mobiliarias en Colombia

Con la promulgación de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013, la cual entra en vigencia el 20 de febrero de 2014, se buscan dos propósitos principales, los cuales están íntimamente correlacionados: de una parte, se propende por un incremento en el acceso al crédito y, por la otra, se amplían los bienes, derechos o acciones susceptibles de ser dados en prenda facilitando además la constitución, registro y efectos de lo que ahora se conoce como garantía mobiliaria, entendida como “toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante”<sup>201</sup>, esto es, de la persona o del patrimonio autónomo que constituye una garantía mobiliaria con el propósito de garantizar una obligación propia o la de un tercero.

Es de anotar que, de conformidad con lo establecido en la exposición de motivos del Proyecto de ley 200 de 2012 –Senado-, que a la postre se convirtió en la mencionada Ley 1676 de 2013, lo que se busca es fundamentalmente:

i) *Actualizar y unificar el derecho prendario colombiano*, con el fin de ajustarlo a los estándares internacionales, dejando de lado el anacronismo y la rigidez que lo caracteriza para hacerlo más ágil y flexible, lo cual implica no sólo modernizar el concepto de prenda sino además ampliar los bienes sobre los que se puede constituir y establecer mecanismos eficientes para la ejecución de las garantías, eliminando de paso el denominado pacto pignoraticio;

ii) *Facilitar a las pequeñas y medianas empresas el acceso al crédito*, con unas tasas de interés más bajas en razón a facilidad de garantizar los créditos con las garantías mobiliarias, permitiendo de esta manera que dichas empresas puedan competir en los mercados internacionales y,

---

<sup>201</sup> Cfr. Artículo 3º de la Ley 1676 de 2013.

iii) *Propender por una protección adecuada de la información*, mediante el establecimiento de un registro nacional de prenda que si bien no es constitutivo, tiene efectos de oponibilidad y busca asegurar la publicidad efectiva de las garantías, así como generar un sistema de prelación, pues no puede perderse de vista que los prestamistas deben contar con información precisa y suficiente que les permita mitigar los riesgos de crédito.

Así las cosas, esperamos que tal como auguraba Luis Guillermo Vélez, Superintendente de Sociedades, al comentar el mencionado Proyecto de ley 200 de 2012, “De aprobarse el proyecto en trámite, nuestro país contaría en el 2013 con uno de los más modernos e innovadores sistemas para acceder al crédito, generando como en otros países, una verdadera revolución en el financiamiento empresarial, particularmente para las pequeñas y medianas empresas, que son, en últimas, aquellas que generan la mayor parte del empleo y, por lo tanto, del bienestar social”<sup>202</sup>; no obstante, estaremos atentos a que esta Ley sea reglamentada y comience a regir con todo su esplendor en el ámbito de los negocios a partir del 20 de febrero de 2014.

De otra parte y teniendo en cuenta la estructura general de la Ley 1676 de 2013 en lo concerniente a las garantías mobiliarias, podemos considerar que las principales novedades de esta nueva legislación están relacionados especialmente con los siguientes aspectos:

- Los bienes muebles sujetos a prenda (Arts. 3-6), dentro de los cuales se encuentran: Derechos sobre bienes muebles existentes y futuros, Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual, Derecho al pago de depósito de dinero, frente a lo cual es importante resaltar que se exceptúa la aplicación de la ley en lo concerniente al depósito de dinero en garantía cuando el depositario sea el acreedor, acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales, siempre que no estén representadas por anotaciones en cuenta.
- Los mecanismos de ejecución de las garantías mobiliarias: Pago directo (Art. 60), Ejecución judicial mediante proceso de adjudicación especial (Art. 61) y Ejecución especial de la garantía que podrá adelantarse ante notarios y cámaras de comercio (Art. 62), con lo cual desaparece el denominado pacto pignoraticio o comisorio, comentado anteriormente al abordar el contrato de prenda.
- La necesidad, importancia y alcance del Registro Electrónico Único Nacional de las garantías mobiliarias que será administrado por Confecámaras (Arts. 38 y 39), el cual no sólo recobra relevancia en relación con la publicidad y oponibilidad frente a terceros sino que además la prelación de la garantía mobiliaria estará

---

<sup>202</sup> Vélez Cabrera, Luis Guillermo. La revolución de las garantías mobiliarias. Portafolio, 30 de julio de 2012. Consultado en <http://www.portafolio.co/opinion/la-revolucion-las-garantias-mobiliarias>.

dada por la inscripción en dicho registro (Arts. 48 y 49) y, para efectos de la ejecución judicial de la garantía mobiliaria, el formulario registral de ejecución de la garantía o de restitución, tendrán el carácter de título ejecutivo (Art. 12).

- Se establecen algunas reglas especiales en materia de garantías en procesos de insolvencia (Arts. 50 al 52), en donde se brinda una especial protección a los bienes muebles e inmuebles necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor.
- Se establece que las garantías mobiliarias se deben constituir a través de contratos que tienen el carácter de principales, esto es, que subsisten por sí mismos (Art. 1499 del Código Civil), razón por la que independiente de la suerte que corran los actos o contratos que contengan o den lugar a las obligaciones que se están garantizando con los bienes muebles del garante, el contrato de garantía mobiliaria permanecerá incólume.

En relación con el contrato de garantía mobiliaria resulta oportuno resaltar que, de conformidad con lo establecido en la Ley en comento, el mismo debe otorgarse por escrito (Art. 14) y contener cuando menos los siguientes elementos: 1) Nombres e identificación de las partes (Art. 14); 2) monto máximo que cubre la garantía; 3) Descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía (Art. 14); 4) Descripción de las obligaciones garantizadas (Art. 14); 5) Derechos y obligaciones de las partes (Arts. 18 y 19); 6) La autorización al acreedor garantizado para realizar la inscripción de la garantía en el registro, así como para agregar o sustituir bienes atribuibles o derivados, o para agregar personas que actúen como garantes (Art. 40); 7) El plazo de vigencia de la inscripción de la garantía en el registro, si se omite dicho plazo, será de cinco años (Art. 12); 8) Establecer que el costo de la garantía estará a cargo del deudor o garante, (Art. 44); 9) Los mecanismos de ejecución de la garantía (Art. 58) y, 10) Los requisitos y condiciones especiales para la venta de bienes dados en garantía.

## **2.4 Algunas características generales de las garantías clásicas**

A medida que se avanzaba en la exposición de las principales garantías clásicas del crédito en Colombia, se procuró establecer que la principal función de las mismas es, como su nombre lo indica, garantizar, asegurar, reforzar el cumplimiento del pago de la obligación garantizada, razón por la que en líneas generales y desde la perspectiva del sector financiero, por ejemplo, dependiendo del análisis crediticio efectuado por el acreedor con base en la información (sociodemográfica y económica) suministrada tanto por el deudor como la obtenida a través de otros medios, tales como las denominadas centrales de riesgo, se puede establecer tanto la capacidad de endeudamiento del deudor como su hábito de pago, lo cual permite al acreedor inferir el riesgo crediticio que puede asumir, así como establecer la manera de mitigarlo, bien sea a través de una garantía personal (deudor solidario –codeudor-, fiador o avalista), esto es, afectando o comprometiendo el patrimonio terceras personas ajenas al deudor, o una garantía real



(hipoteca, prenda o anticresis), lo cual implica afectar o gravar un bien en particular o los frutos del mismo con el propósito de asegurar el pago de la obligación.

Así las cosas y con el propósito de evidenciar las principales características que se derivan de esta pluralidad de garantías estudiadas se ha elaborado el cuadro que se presenta más adelante, lo cual no obsta para destacar los siguientes rasgos generales que, de alguna manera, las identifican y a su vez diferencian entre sí:

i) *Permiten robustecer las seguridades del acreedor respecto al pago de la obligación*, dado que si el deudor no paga, el acreedor puede cobrarle incluso coactivamente a las otras personas que afectaron su patrimonio en general al pago de la obligación o, en su defecto, en el caso de la hipoteca y la prenda, solicitar la venta del bien en pública subasta y con el producto de la misma solicitar el pago de la obligación. Sobre este último aspecto, es importante recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013 de garantías mobiliarias, que aplica tanto para la prenda como para la anticresis, se deja de lado el denominado pacto pignoraticio o comisorio, razón por la que a través del pago directo “El acreedor puede satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía...”<sup>203</sup>, siguiendo para ello el procedimiento establecido en la citada ley;

ii) Como consecuencia de lo anterior, se reduce el riesgo de crédito para el acreedor, teniendo en cuenta que otros patrimonios diferentes a los del deudor y algunos bienes en particular, del deudor o de un tercero, permiten asegurar en buena medida el pago de la obligación. En relación con este tema, resulta oportuno resaltar que una de las características que identifica y define las garantías clásicas revisadas es que las mismas no provienen del mismo deudor, son ajenas a éste, pues con el hecho de contraer un crédito el deudor ya está comprometiendo de entrada su patrimonio en los términos del artículo 2488 del Código Civil, mientras que con el otorgamiento de una garantía se está comprometiendo de manera directa o subsidiaria el patrimonio de un tercero o, de otra parte, se está afectando o gravando un bien específico, propio o ajeno, para asegurar el pago del crédito.

iii) Frente al incumplimiento en el pago de la obligación, *el acreedor cuenta con las acciones personal y real* para solicitar ejecutivamente el pago de la obligación. En el caso de las garantías personales y de la anticresis cuenta con la acción personal y en relación con las garantías reales (hipoteca y prenda) cuenta con las acciones reales<sup>204</sup>. “El acreedor anticrético es titular únicamente de un derecho personal o de crédito, a diferencia de lo que ocurre en la hipoteca y la prenda, contratos en los cuales los acreedores tienen los respectivos derechos y acciones reales”<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Cfr. Artículo 60 de la Ley 1676 de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.

<sup>204</sup> En relación con este cúmulo de acciones, resulta oportuno precisar que como las mismas se derivan de la garantía del crédito y nos del vínculo obligacional directo establecido entre el acreedor y el deudor, dichas acciones son adiciones a las que emergen de la obligación principal y la ejecución del deudor que, en últimas, se entiende que es quien tiene un interés directo en el citado vínculo obligacional. Esto para advertir que, como sucede con la solidaridad pasiva, pueden existir deudores que no tienen interés en la obligación, pero que en realidad resultan comprometiendo su patrimonio al servir de codeudores.

<sup>205</sup> Cfr. Tamayo Lombana, Alberto. Ob. Cit. p. 326.

iv) Las garantías personales y reales otorgan algunos privilegios al acreedor. En relación con las primeras, podemos afirmar que el principal privilegio es que para garantizar el pago, el acreedor no sólo cuenta con el patrimonio del deudor entendido como prenda general de garantía sino además con los patrimonios de las personas que garantizan la obligación. En relación con este último aspecto, resulta oportuno recordar que tanto en la solidaridad pasiva como en el aval, la obligación adquirida por los codeudores o avalistas es indivisible y principal, mientras que en la fianza el fiador obligado además de contar con los beneficios de división y excusión, es considerado como un deudor subsidiario. Respecto de las garantías reales (hipoteca y prenda) dichos privilegios recobran toda su importancia y se ven reflejados en los derechos de persecución y preferencia a que se hará referencia al abordar el estudio de dichas garantías reales.

No obstante lo anterior, en la siguiente gráfica se han procurado recoger las principales características distintivas de cada una de las garantías clásicas del crédito estudiadas con el propósito de identificar aquellas características que son comunes a todas las garantías y que, por ende, se convierten en rasgos distintivos de las garantías clásicas estudiadas y, a su vez, en puntos de fuga que nos permitan detectar otros instrumentos o instituciones jurídicas que respondiendo a dichos rasgos comunes puedan ser consideradas como garantías adicionales o complementarias del crédito.

**Figura 2-1: Principales Garantías Clásicas**

Principales características de las garantías Clásicas						
Garantías/ Principales Características	Personales			Reales		
	Solidaridad pasiva	Fianza	Aval	Hipoteca	Prenda	Anticresis
Reduce el riesgo de crédito	Si	Si	Si	Si	Si	Si
Otorga una seguridad adicional del crédito	Si	Si	Si	Si	Si	Si
Naturaleza del acto o contrato	Principal	Accesorio	Principal	Accesorio	Accesorio*	Accesorio*
Objeto sobre el que recae	Patrimonio de un tercero	Patrimonio de un tercero	Patrimonio de un tercero	Inmueble del deudor o de un tercero**	Mueble del deudor o de un tercero	Inmueble en materia civil y toda clase de bienes en materia mercantil (del deudor o de un tercero)
Recae sobre un bien ajeno al deudor	Si	Si	Si	No necesariamente, ya que el bien puede ser del deudor	No necesariamente, ya que el bien puede ser del deudor	No necesariamente, ya que el bien puede ser del deudor
Beneficios y/o privilegios especiales	Indivisible	Excusión y división	Indivisible	Indivisible/ Persecución y preferencia	Indivisible/ Persecución y preferencia	Indivisible
Acciones que confiere	Personal	Personal	Personal	Real	Real	Personal
La acción está limitada por el tiempo	Si	Si	Si	Si	Si	Si
Tipo de derechos que confiere	Personal	Personal	Personal	Real	Real	Personal

\* Con la Ley de garantías mobiliarias el contrato de prenda es principal.

\*\* Muebles que por su precio y características se consideran inmuebles, v. gr. Naves y aeronaves.

## 2.4.1 Conclusiones

Realizado este esbozo de las principales garantías clásicas o tradicionales del crédito en Colombia, incluyendo las novedades que trae la Ley 1676 de 2013, aplicable tanto a la prenda como a la anticresis, se evidencia claramente que la finalidad de las mismas está orientada en sumo grado a brindar un respaldo, seguridad o garantía adicional al

acreedor respecto del cumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor. Esa es en esencia la finalidad económica de las garantías<sup>206</sup>, respaldar el cumplimiento de una obligación, brindando un mayor grado de certidumbre al acreedor respecto de la satisfacción del pago a su favor por parte del deudor o de un tercero, bien sea con su propio patrimonio y de manera voluntaria o coactivamente a través de una acción personal (deudor solidario, fiador o avalista), o también con la afectación o limitación de un bien inmueble o mueble (hipoteca, prenda y anticresis).

Así las cosas, se puede considerar que, como se evidencia en la gráfica a través de la cual se recogen las principales características de las garantías clásicas estudiadas, la primera conclusión parcial del presente escrito que nos va a permitir avanzar por los senderos del *habeas data* financiero, consiste en lograr establecer que los principales rasgos comunes que caracterizan e identifican a las principales garantías clásicas del crédito, son los siguientes: i) Permiten minimizar el riesgo de crédito y, ii) Incrementa la probabilidad de recuperación de la obligación garantizada, por la circunstancia anotada anteriormente y, iii) Las acciones que el acreedor puede ejercer para hacerlas efectivas están limitadas en el tiempo, es decir, que si no se ejercen dentro del término fijado en la ley se extinguen. No obstante, se considera procedente resaltar que para que el acreedor logre establecer formalmente el tipo de garantía que va a solicitar en cada caso en particular, requiere adelantar un juicioso estudio de crédito mediante el análisis de la información sociodemográfica y económica del deudor que le permita establecer el riesgo de crédito y su posible mitigación a través de la solicitud de una garantía.

---

<sup>206</sup>El marcado interés en proteger el patrimonio del acreedor, ha sido una constante en el desarrollo de las instituciones de Derecho Privado. Es tan relevante esa preocupación para el sistema jurídico, que no sólo grava de manera general el patrimonio del deudor como prenda general de garantía (art. 2448 del Código Civil), sino que, además, se han implementado otras formas de hacer efectivo el pago de las acreencias, ya sea persiguiendo de manera preferente algunos de los bienes del *solvens*, ora otorgando la posibilidad de acudir al patrimonio de terceros para que ellos honren la obligación en caso de incumplimiento.

De la prenda, la hipoteca y la fianza, que tuvieron su génesis en el derecho romano y que se trasladaron a los ordenamientos modernos, se ha evolucionado hacia instrumentos más sofisticados, fruto de la necesidad y de la creciente movilidad de algunos sectores de la economía, como sucede con la fiducia de garantía, por ejemplo, o con diversas formas de seguro que hoy son de usanza en la actividad financiera." Cfr. CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 30 de junio de 2011. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

### 3. EL HABEAS DATA FINANCIERO: ¿UNA GARANTÍA COMPLEMENTARIA DEL CRÉDITO?

*“La reputación es una base para inducir a otros a realizar transacciones contigo dentro o fuera del mercado”. (...), la reputación puede ser considerada como un sustituto privado para el cumplimiento y protección de los derechos de propiedad y de los contratos, en la medida que “permite las represalias, incluidas por ejemplo la anotación en listas negras de quienes incumplen sus contratos”.*

*Análisis Económico del Derecho*  
Richard A. Posner

Teniendo en cuenta las finalidades que de manera expresa la legislación y la jurisprudencia constitucional le han otorgado al habeas data financiero en cuanto elemento de estudio de riesgo y análisis crediticio que permite no sólo tomar decisiones informadas sino además y, principalmente, favorecer una actividad de interés público, en este último capítulo se validará hasta qué punto el habeas data financiero comparte las características comunes de las principales garantías clásicas del crédito estudiadas en el segundo capítulo y, si aun compartiéndolas, se puede afirmar que *mutatis mutandis* el habeas data financiero puede ser considerado como una garantía adicional o complementaria del crédito.

Todo ello sin perder de vista que en esencia se está procurando encuadrar en un instituto de rango constitucional de protección inmediata y preferente una finalidad de aseguramiento del crédito concebida desde la perspectiva del derecho privado como lo son las garantías clásicas del crédito en Colombia, todo ello sin desconocer que en el mundo de la vida de verdad, en el marco cotidiano de los negocios financieros y crediticios, resulta evidente el marcado poder interno que subyace tanto de la información consultada en las centrales de riesgo (etapa precontractual) como de la consecuencia adversa de los reportes negativos ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones dinerarias (etapa contractual).

Para tal efecto, se traen un par de conceptos que resultan fundamentales dentro del análisis del habeas data financiero, como lo son el derecho al buen nombre y la reputación de las personas, especialmente si se tiene en cuenta que en materia comercial y crediticia dichos conceptos están asociados a un adecuado comportamiento o moralidad crediticia y que, de otra parte, el hecho que los usuarios puedan acceder a la información financiera para realizar sus estudios de riesgo de crédito, genera una seguridad adicional en sus decisiones.

### **3.1 Entre los derechos al buen nombre y la reputación**

En este primer punto se busca alcanzar una aproximación al denominado derecho al buen nombre, el cual se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, teniendo en cuenta para ello la jurisprudencia de la Corte Constitucional y sin perder de vista que, en buena medida, dicho derecho ha sido concebido como la reputación de una persona y además se encuentra estrechamente relacionado con el habeas data financiero, al punto que el reporte de información financiera que no cumpla con el principio de veracidad o calidad de la información atenta de manera directa contra el derecho al buen nombre del titular de la información.

En relación con el buen nombre y la reputación, resulta oportuno resaltar la relevancia que cobran en el estudio del habeas data y de manera especial del habeas data financiero, entre otras cosas porque con un buen hábito de pago (moralidad crediticia) se comienza a construir el buen nombre, la fama, la reputación ante los agentes del mercado, quien al momento de realizar un estudio de crédito van a poner especial atención en esta variable, la cual a la postre índice de manera directa tanto en la calificación individual de cada operación de crédito y financiera como en la calificación global del historial crediticio en la que se tiene en cuenta el cumplimiento de las obligaciones financieras y no financieras.

De ahí la importancia que recobra construir, mantener y proteger el buen nombre y la reputación en todos los ámbitos de la vida y, especialmente y para efectos del habeas data financiero, en punto del cumplimiento de las obligaciones crediticias y financieras, razón por la que cuando se genera algún reporte indebido, erróneo, desactualizado, incompleto o ilegal se atenta de manera directa contra el buen nombre y la reputación; sin embargo, como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional a partir de la Sentencia SU-082 de 1995, un reporte negativo verídico y en condiciones normales por sí mismo no vulnera el derecho al buen nombre en la medida en que se está informando a los agentes económicos sobre una situación real, la cual será superada una vez transcurra el término de caducidad de los datos negativos, mediante la que se busca darle aplicación efectiva al denominado derecho al olvido, permitiendo de esta manera que transcurrido un lapso de tiempo, esos datos negativos desaparezcan y la persona reportada rehaga su buen nombre a través de su hábito, comportamiento o moralidad crediticia.

#### **3.1.1 El Derecho al buen nombre**

El Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas establece que el nombre<sup>207</sup> es uno de los atributos de la personalidad, el cual es concebido como un derecho subjetivo, inmaterial y extrapatrimonial, razón por la que toda persona tenga derecho a llevar un nombre que la identifique frente a los demás. Sin embargo, resulta necesario precisar que, de acuerdo con el artículo 15 de la Constitución Política, en Colombia no sólo se garantiza que las personas sean designadas por su nombre<sup>208</sup>, sino que además, se les tutela el buen nombre cuando quiera que este se haya cultivado, es decir, cuando existan méritos suficientes y notorios dentro de la sociedad para que se le reconozca como tal.

De esta manera, se ha establecido que el buen nombre no es gratuito ni subjetivo sino que hay que hacer méritos para lograrlo y mantenerlo dentro de una colectividad. Así pues, mientras el nombre propio de cada persona se protege en todo tiempo y lugar por el solo hecho de tenerlo, el buen nombre únicamente se protege si se ha adquirido, pues de lo contrario, mal podría invocarse el amparo o reconocimiento de una conducta social que no corresponde con las acciones y calidades propias de quien la solicita, siendo del caso mencionar que en lo concerniente al manejo de la información personal, la protección al buen nombre se circunscribe a que la información cumpla con el principio de veracidad o calidad de la información<sup>209</sup>, según el cual la información contenida en los bancos de datos debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible, razón por la que, en líneas generales, puede sostenerse que se vulnera el buen nombre cuando quiera que dicha información sea falsa, errónea, incompleta o que induzca a error<sup>210</sup>.

Álvaro Ortíz Monsalve sostiene que el buen nombre “se refiere a la fama o reputación, que no es más que la opinión que la gente tiene de una persona”<sup>211</sup>, sin embargo, debe advertirse que se trata de cualquier opinión sino más bien se hace referencia a un concepto objetivo, respaldado en un cúmulo de acciones y omisiones, es decir, de conductas desplegadas por una persona bajo unas circunstancias tempo-espaciales determinadas. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que “*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*”<sup>212</sup>.

Es de anotar que a partir de la Sentencia SU-082 de 1995, la Corte Constitucional ha venido enriqueciendo el concepto del buen nombre sentado en aquella oportunidad,

---

<sup>207</sup> De conformidad con el artículo 3º del Decreto 1260/70, “Toda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo”.

<sup>208</sup> Respecto de la tutela del nombre, el artículo 4º del Decreto 1260/70, consagra que “La persona a quien se discuta el derecho al uso de su propio nombre, o quien pueda sufrir quebranto por el uso que otro haga de él, puede demandar judicialmente que cese la perturbación y se le dé seguridad contra un temor fundado, así como la indemnización de los daños a los bienes de su personalidad y del daño moral que haya sufrido (...)”. Esto, sin perjuicio de la acción penal que se puede ejercer cuando quiera que se incurra en el delito de injuria.

<sup>209</sup> Cfr. Literal a) del Artículo 4º de la Ley 1266 de 2008.

<sup>210</sup> “La vulneración del derecho al buen nombre se concreta cuando se difunde información falsa o errónea sobre las personas, de tal suerte que se distorsione la imagen que éstas tienen ante la sociedad en sus diferentes esferas generando perjuicios de orden moral o patrimonial”. Cfr. Sentencia T-129 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>211</sup> Valencia Zea, A. y Ortíz Monsalve, A. Derecho Civil. Parte general y personas. 14ª ed. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997.

<sup>212</sup> Cfr. Sentencia T-228 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández G.

precisando en todo caso que el buen nombre, la reputación o el crédito de una persona es el resultado de su comportamiento en la sociedad<sup>213</sup>. En otros términos, el buen nombre hace alusión al concepto objetivo que el conglomerado social tiene de una persona, según el juicio de valor formado a partir de su conducta social<sup>214</sup>.

De otro lado, se hace necesario aclarar que, de conformidad con el artículo 15 Superior, todas las personas tienen derecho a su buen nombre, de donde se infiere que se hace alusión tanto a las personas naturales como jurídicas, lo cual ha llevado a la Corte Constitucional a sostener que:

“...el núcleo esencial del artículo 15 permite también proteger a las personas jurídicas, ante la difamación que le produzcan expresiones ofensivas e injuriosas. Es la protección del denominado "Good Will" en el derecho anglosajón, que es el derecho al buen nombre de una persona jurídica y que puede ser estimado pecuniariamente.

Esta ha sido la interpretación que la doctrina constitucional contemporánea le ha dado al término "buen nombre" y que fue recogida por el Tribunal Constitucional Español en Sentencia 137 de 1.985, en el caso Derivados de Hojalata S.A.<sup>215»216</sup>

Así las cosas y en torno al habeas data financiero, se puede afirmar que el derecho al buen nombre resulta amenazado o vulnerado cuando quiera que la información que se reporte a los operadores de los bancos de datos sea falsa, inexacta o errónea, esto es, que no cumpla con el principio de veracidad, o cuando siendo verdadera, continua apareciendo en el banco de datos sin tener en cuenta el término de caducidad establecido para tal efecto. No obstante, “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...”<sup>217</sup>

### 3.1.2 El derecho a la reputación

En Colombia la reputación ha sido concebida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional como el derecho al buen nombre, a la fama o a la honra de una persona<sup>218</sup>, haciendo alusión al concepto que los demás tienen de una persona en

<sup>213</sup> Cfr. Sentencia SU-082 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>214</sup> “El buen nombre se erige en derecho fundamental de las personas y constituye uno de los elementos más valiosos dentro del patrimonio moral y social, a la vez que en un factor intrínseco de la dignidad humana”. Cfr. Sentencia T-129 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>215</sup> LOPEZ GUERRA, Luis. ESPIN, Eduardo. GARCIA MORILLO, Joaquín. PEREZ TREMPES, Pablo. SATUSTREGUI, Miguel. Derecho Constitucional. Volumen I. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1.991. Pág. 182.

<sup>216</sup> Cfr. Sentencia T-412 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>217</sup> Cfr. Sentencia T-067 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>218</sup> La buena reputación, la fama o la credibilidad de una persona se construye a la luz del día y de cara a la sociedad hasta convertirse en el punto de referencia obligado por el que pase cualquier opinión que se ofrezca sobre una persona. Una novela que nos permite desenvolver la madeja en que se convierte la reputación de una persona se logra apreciar, sentir y

particular según su forma de ser y actuar dentro de un conglomerado social<sup>219</sup>. No obstante, resulta oportuno advertir que mientras el buen nombre está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, el derecho a la honra se encuentra contemplado en el artículo 21, pero no se dice nada en relación con la reputación o la fama, lo cual no obsta para que en nuestro ordenamiento se proteja la fama de las personas y se reproche la difamación<sup>220</sup> que se comente de manera inescrupulosa a través de los medios de comunicación o de las redes sociales.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" consagran en los artículos 17 y 11, respectivamente, que nadie podrá ser objeto de ataques ilegales a su honra y reputación<sup>221</sup>, siendo del caso señalar que de acuerdo con lo establecido en la Sentencia T-412 de 1992, la honra y la reputación hacen referencia a una derecho personal que subyace de la dignidad humana y se concreta en la pretensión de respecto de las personas ante sí mismo y ante los demás, razón por la que "la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno"<sup>222</sup>.

Bajo esta perspectiva la reputación hace referencia al concepto que los demás tienen de una persona, cuyo fundamento objetivo se encuentra inserto en un cúmulo de acciones desplegadas dentro de un contexto social determinado, las cuales permiten identificar a una persona, razón por la que en materia de habeas data financiero la reputación se circunscribe al cumplimiento religioso de las obligaciones adquiridas ya que de esta manera al revisar el historial crediticio de una persona se puede emitir un juicio de valor que incide de manera directa en la reputación que se construye sobre el titular de dicha información.

Es así como la reputación de una persona puede verse afectada por un reporte negativo o, por el contrario, un agente económico del mercado puede llegar a abstenerse válidamente de realizar operaciones de crédito o celebrar un determinado contrato, luego de establecer que la información financiera de esa persona permite inferir el incremento en las posibilidades de incumplimiento de las obligaciones, dado que su moralidad crediticia, su reputación o su fama<sup>223</sup> se evidencia de manera palmaria a través de los historiales negativos de crédito reportados por las centrales de riesgo y sobre los que deberá profundizarse para esclarecer la realidad de dicha situación.

---

vivir en *Las reputaciones* de Juan Gabriel Vásquez, en donde la defensa y cuidado de la reputación, hecha a pulso o anhelada, se convierte en una razón de vida, en el faro que ilumina la existencia de algunos de sus personajes.

<sup>219</sup> Cfr. Sentencia T-017 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>220</sup> "La difamación es lo que en otros días se llamó detracción: el revelamiento injusto de las carencias o imperfecciones morales de una persona, que hasta entonces han permanecido ocultas –o, al menos, olvidadas– y cuyo conocimiento público apareja la pérdida del crédito social de quien es detractado". Cfr. Madrid-Malo Garizábal, Mario. *Derechos fundamentales*. 2ª ed. Santafé de Bogotá: 3R Editores, 1997. P. 223.

<sup>221</sup> En este mismo sentido se consagra en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques".

<sup>222</sup> Cfr. Sentencia T-412 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>223</sup> "En estricto sentido la auténtica y conservable fama es la buena: la que corresponde a una opinión positiva y benevolente. A la buena fama –o reputación– se refería Don Quijote al hablar del buen nombre. La buena fama es la estima social que un hombre ha conquistado ante sus semejantes". Cfr. Madrid-Malo, G. Ob. Cit. p. 221.



### 3.1.3 A propósito de la reputación en Posner

Dentro del Análisis Económico del Derecho la reputación de las personas, las organizaciones e incluso las naciones recobra un papel preponderante en la medida que, con cierto grado certeza, permite inferir o pronosticar su comportamiento frente a una situación dada, siendo del caso resaltar que frente al incumplimiento de una obligación los efectos de la mala reputación que se generan pueden llegar a excluir a la persona del mercado, mediante una especie de etiquetamiento negativo, razón por la que Richard Posner sostiene que “La mayoría de los contratos se cumplen no por temor a la acción legal sino por una preocupación por la reputación”<sup>224</sup>.

En términos de Posner, la buena reputación se constituye en un factor determinante para inducir a otros agentes económicos a realizar transacciones con una persona dentro o fuera del mercado<sup>225</sup>. Sin embargo, advierte que la reputación puede no ser unitaria, en razón a que una persona puede tener buena reputación en el cumplimiento de una clase de compromisos y una mala reputación en el cumplimiento de otros, lo cual no obsta para que, en este último caso, se impongan sanciones moderadas pero que resultan más eficientes y óptimas, tal como sucede, por ejemplo, la represalia consistente en anotar en “listas negras” a quien incumple sus contratos<sup>226</sup>, en donde a la postre el costo de esa mala reputación resulta siendo más alto que el cumplimiento de la misma.

Bajo esta perspectiva, la reputación se convierte en un factor muy importante para el cumplimiento de las obligaciones, especialmente si se tiene en cuenta que conservar la buena reputación se constituye en un factor determinante que impulsa a cumplir, dado que cualquier “sanción informal” no sólo puede llegar a resultar más costosa en términos económicos sino que además pueden perderse beneficios, todo lo cual en términos generales genera mayores costos de transacción<sup>227</sup>.

En materia de habeas data financiero, si el deudor se gana una mala reputación por no cumplir a cabalidad las obligaciones adquiridas, seguramente tendrá que asumir un costo mayor caracterizado no sólo por la vergüenza en términos de Nossbaum, sino además el reporte del dato negativo junto con las consecuencias adversas que ello implica dentro de las que se encuentra la denominada “muerte civil” del deudor, especialmente si se

---

<sup>224</sup> Posner, Richard A. Análisis Económico del Derecho. (Trad. Eduardo L. Suárez.). 2ª ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. P. 227.

<sup>225</sup> Cfr. Posner, Richard A. Op Cit. p. 336.

<sup>226</sup> Cfr. Posner, Richard A. Op Cit. p. 409.

<sup>227</sup> Un ejemplo de este tipo de casos se da cuando “... el vendedor sabe que si no entrega la cosa que está vendiendo obtiene un beneficio de corto plazo, pero arruina para siempre su reputación y pierde la posibilidad de seguir comerciando con un determinado cliente. Por su parte, el comprador sabe que, si no paga, gana en el corto plazo pero pierde en el largo plazo, por idénticos motivos”. Cfr. Coloma, Germán. Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino. Universidad CESA. Consultado en: <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>

tiene en cuenta que dentro del tráfico mercantil formal es altamente probable que los agentes del mercado no le abran las puertas tan fácil como sucede, por ejemplo, cuando se presente una persona con una buena reputación y siempre que cuente con la suficiente capacidad de pago, naturalmente.

### **3.2 El habeas data financiero como garantía complementaria del crédito**

En el presente acápite se procura realizar una gran síntesis que emerja de la confluencia de los dos capítulos anteriores, con el propósito de revisar hasta qué punto el habeas data financiero comparte algunas características comunes que identifican y definen a las garantías clásicas del crédito estudiadas en el segundo capítulo; sin embargo, se considera que ello no es suficiente, razón por la que pese a compartir rasgos comunes queda latente la pregunta de fondo sobre la posibilidad de concebir el habeas data financiero como una garantía adicional o complementaria del crédito y cuál es su eficacia en una economía de mercado en donde, por ejemplo, contar con un reporte negativo muchas veces representa a muerte civil .

Así las cosas, en primer lugar se pasa la mirada por los puntos comunes que unen el habeas data con las garantías clásicas del crédito para tender un puente entre este instituto constitucional y las garantías del crédito que permita identificar dos momentos cruciales para los acreedores, el primero, cuando consultan las centrales de riesgo (etapa precontractual) para realizar un estudio de crédito y tomar la decisión de celebrar un contrato de manera informada y, el segundo, durante la ejecución del contrato (etapa contractual) cuando quiera que se genere algún reporte negativo no sólo para que los demás agentes del sistema tomen decisiones informadas, sino además para persuadir al deudor para que honre sus obligaciones, todo ello sin desconocer el interés superior que represente la actividad financiera en una economía en su conjunto.

Dentro de las principales características de las garantías clásicas encontramos la de reducir en el riesgo de crédito y otorgar una seguridad adicional en el cumplimiento de las obligaciones, teniendo en cuenta que con el otorgamiento de garantías personales (solidaridad, fianza y aval) o reales (hipoteca, prenda y anticresis), se pretende reforzar el cumplimiento de la obligación bien sea comprometiendo el patrimonio de terceros o gravando un bien propio o ajeno, de tal manera que el acreedor sienta que su acreencia ha sido asegurada y que la probabilidad de impago se ha reducido.

Teniendo en cuenta las anteriores características, consideramos que de alguna manera y bajo otra perspectiva, el habeas data financiero está orientado, precisamente, para servir de elemento de análisis pertinente y necesario para el cálculo del riesgo de crédito en la medida que cuando el usuario de la información (potencial acreedor) consulta el historial crediticio de una persona a través de los administradores de las bases de datos (centrales de riesgo), lo que busca es de manera previa (etapa precontractual), contar

con elementos de juicio (variables) que le permitan inferir con un alto grado de probabilidad si otorga un crédito o celebra un negocio en particular, lo cual de entrada y de manera previa le permite tomar una decisión informada que, en últimas, contribuirá en la reducción del riesgo de crédito, ya no afectando patrimonios o bienes para asegurar el pago del crédito sino tomando decisiones informadas con base en hechos reales que permiten inferir dentro del marco estadístico de lo probable que el crédito será honrado.

Es de anotar que la información crediticia que suministran las centrales de riesgo contiene al menos tres variables básicas que contribuyen en el estudio de riesgo de crédito, como lo son la moralidad de pago o historial crediticio (reputación, hábito de pago) que permite establecer si en condiciones normales una persona es cumplida en el pago de las obligaciones adquiridas; el nivel de endeudamiento adquirido tanto con el sector financiero como real que van a permitir evaluar la capacidad de pago del titular de la información, esto con el fin de no sobre endeudarlo sino por el contrario con el fin de establecer si es posible otorgarle un crédito y hasta qué monto, según su capacidad de pago y las condiciones financieras del mismo; la calificación de riesgo de crédito consolidada por trimestres del último año, la cual se obtiene a través de un conjunto de variables financieras y no financieras que permiten establecer el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor frente al acreedor. Bajo esta mirada resulta pertinente resaltar la actividad principal que despliegan las centrales de riesgo dentro de la dinámica económica del país se centra en “suministrar a los participantes del mercado económico información acerca de las posibilidades que una persona natural o jurídica incumpla en el pago de una obligación futura”<sup>228</sup>.

De otra parte, resulta oportuno recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1266 de 2008, los usuarios<sup>229</sup> (potenciales acreedores) pueden acceder de manera legítima a la información financiera y crediticia contenida en las centrales de riesgo con el propósito de que dicha información relacionada con el nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias sirva como elemento de análisis para establecer y mantener una relación contractual, cualquiera que sea su naturaleza, así como para la evaluación de los riesgos derivados de una relación contractual vigente, lo cual nos permite resaltar nuevamente la importancia que recobran los principios rectores que rigen la administración y el tratamiento de datos personales en Colombia, especialmente y para este punto en concreto los principios de veracidad y calidad que propugnan porque toda la información administrada por los operadores de las bases de datos sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible.

Por lo anterior, dentro del ordenamiento jurídico se prohíbe de manera contundente el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error, ya que de esta forma podrían llegar a vulnerarse el derecho al habeas data, así como al buen nombre, la fama, la moralidad crediticia y la reputación de una persona, causando algún perjuicio al titular de los datos en la medida que un mal reporte que no

---

<sup>228</sup> Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>229</sup> “Los usuarios del dato personal están interesados en conocer la información de un cliente potencial específico, a fin de celebrar contratos también definidos. A su vez, ese cliente potencial también ha expresado su intención de acceder a determinado producto comercial o de crédito, lo que ha motivado que la entidad o empresa correspondiente realice una investigación sobre su historial de cumplimiento”. Cfr. Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

obedezca a la realidad, esto es, que no cumpla a cabalidad con los principios de veracidad y calidad, así como de temporalidad y finalidad de la información, puede estar cerrándole las puertas a las operaciones financieras y crediticias que subyacen en una economía de mercado, especialmente si se tiene en cuenta el *“efecto multiplicador que tiene el informe negativo en las instituciones receptoras de la información incorporada al banco de datos o archivo”*<sup>230</sup>,

Así las cosas, de primer momento se puede mencionar que el habeas data financiero no sólo contribuye en la reducción del riesgo de crédito sino que además otorga una seguridad adicional al crédito no sólo visto desde la perspectiva del acreedor sino de la economía en su conjunto, especialmente si se tiene en cuenta que de conformidad con los artículos 335 de la Constitución Política y 10º de la Ley 1266 de 2008, el habeas data financiero propende por el favorecimiento a una actividad de interés público como lo es la financiera, habida cuenta que la misma *“ayuda a la democratización del crédito, promueve el desarrollo de la actividad de crédito, la protección de la confianza pública en el sistema financiero y la estabilidad del mismo, y genera otros beneficios para la economía nacional”*, de donde se infiere que la información financiera administrada por los operadores de las bases de datos no sólo contribuyen de manera positiva en el estudio de riesgo y el análisis crediticio, constituyéndose en una garantía adicional del crédito, sino además de la estabilidad del sistema financiero y la economía en su conjunto.

De otra parte y como elemento de análisis adicional que nos permite concebir el habeas data financiero como una garantía complementaria del crédito, debemos tener en cuenta que establecida una relación contractual y siempre que se cumplan los términos y condiciones consagradas en la Ley 1266 de 2008, los acreedores que en la etapa precontractual eran usuarios de la información administrada por los operadores de las bases de datos, ahora se han convertido en fuentes de información, razón por la que para mantener el equilibrio o simetría de dicha información deben mantener actualizada la información que reporten en relación con el cumplimiento de las obligaciones por parte de los titulares de la misma, razón por la que frente a un eventual incumplimiento en el pago de una obligación se debe efectuar el reporte de la información negativa (obligación incumplida) ante el operador de la base de datos siempre que se le haya informado al titular de la información con veinte (20) días de anterioridad.

Teniendo en cuenta el principio de finalidad que gobierna la regulación de habeas data en general y del financiero, en particular, según el cual la administración y tratamiento de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima en los términos de la Constitución y la Ley, resulta oportuno preguntarnos ahora no sólo sobre la finalidad que persigue el tratamiento de la información negativa cuyo acopio ha dado lugar a las denominadas “listas negras” sino además sobre la finalidad de establecer un término de caducidad a dicha información dando lugar al denominado “derecho al olvido”. Es de anotar que si bien las dos preguntas están íntimamente ligadas cada una tiene sus propias particularidades y, en consecuencia, las posibles respuestas también conservarán esta peculiaridad.

---

<sup>230</sup> Cfr. Sentencia T-094 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En líneas generales y de acuerdo con lo expuesto hasta el momento en relación con el habeas data financiero, se considera que el tratamiento de la información negativa cumple en esencia una doble finalidad: de un lado, permite realizar un adecuado estudio de crédito del titular de los datos y, en consecuencia, tomar decisiones informadas (etapa precontractual), esto es, teniendo en cuenta el comportamiento o moralidad crediticia en un lapso de tiempo (hábito de pago, reputación, buen nombre) y, de otro lado, como se indicó anteriormente, favorece “*una actividad de interés público, como lo es la actividad financiera propiamente...*”; sin embargo, se observa que el enfoque de esta última justificación está dado desde la perspectiva de la actividad financiera como tal, frente a lo cual resulta de interés cuestionarse si dicha finalidad se predica de otras actividades comerciales y crediticias que se desarrollan dentro del entorno de una economía de mercado.

Reflexionando en torno a este último punto surge la posibilidad de explorar hasta dónde el reporte negativo que se genera dentro del contexto del habeas data financiero y bajo la perspectiva de las características comunes de las principales garantías clásicas del crédito, puede concebirse además como una garantía adicional o complementaria del crédito en la medida que, de alguna manera, contribuye a disminuir el riesgo de crédito, así como a generar una seguridad adicional para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, especialmente si se tiene en cuenta que dentro de las consecuencias adversas que conlleva un reporte negativo se encuentra la de poner una lupa en dicha información con el propósito de establecer hasta qué punto y bajo qué circunstancias específicas se generó dicha información, lo cual no obsta para que llegado el caso se *excluya* al titular de la información no sólo del sector financiero o de algunos productos que éste ofrece, sino de otros sectores de la economía (piénsese, por ejemplo, en telefonía celular y la actividad inmobiliaria).

Por lo anterior, tanto la Corte Constitucional como el legislador colombiano, consideraron que en cumplimiento de los principios de temporalidad, utilidad y finalidad de la información personal, la información negativa debe tener un término de permanencia, pasado el cual dicha información caduca y, en consecuencia, se debe retirar de las bases de datos, ya que de lo contrario podría verse vulnerado el derecho fundamental al habeas data, así como el derecho a la imagen y al buen nombre, entre otros.

Tampoco puede perderse de vista que si bien el tema de los citados reportes negativos se fundamenta en el interés general que representa para la economía en su conjunto la protección especial de la actividad financiera, a nivel individual también propugna por el buen comportamiento o moralidad crediticia de los deudores, ya que de esta manera hacen méritos para crear y mantener un buen nombre, una fama, una reputación ante los agentes del mercado.

No obstante lo anterior, resulta oportuno advertir que en el plano concreto y humano: i) El reporte de información negativa ha sido concebido como una sanción<sup>231</sup> por el incumplimiento de una obligación, sobre la cual resulta legítimo informar a los distintos agentes económicos que intervienen en una economía de mercado para que tomen las medidas necesarias y suficientes que permitan mitigar posibles riesgos que llegaren a generarse por dicha situación y, ii) Dicho reproche, sanción o castigo ocasionado por el incumplimiento de una obligación dineraria lleva implícita una especie de determinismo crediticio y aflicción en el titular de la información que, de alguna manera, lo lleva a sentir vergüenza<sup>232</sup> en la medida que su buen nombre, fama, reputación o moralidad crediticia que había venido construyendo está quedando en entre dicho, ha quedado entre paréntesis frente a los agentes económicos del mercado, los cuales cada vez más tienen puestos sus ojos de Argos sobre los consumidores para seguirles el paso en sus negocios generando alertas tempranas que permitan mitigar posibles riesgos.

Este último tema recobra una importancia fundamental en la medida que si bien un reporte negativo revela un hecho real como lo es el incumplimiento de una obligación y, adicionalmente, contribuye en la protección especial de la actividad financiera y mantiene el equilibrio de la información para que los agentes económicos pueda tomar decisiones informadas; sin embargo, a nivel individual dicho reporte tiene sus connotaciones bien particulares en la medida que si bien el temor al reporte hace que las personas procuren cumplir de manera religiosa sus obligaciones para no dañar su *hoja de vida o historial crediticio* (moralidad de pago, hábito de pago, reputación) o, por el contrario, para no sufrir el castigo, sanción, bloqueo comercial, muerte civil o reproche que representa estar reportado con información negativa<sup>233</sup>.

Así las cosas y bajo la perspectiva del titular de la información, estar reportado por el incumplimiento de una obligación crediticia o financiera se ha constituido en una especie de ostracismo crediticio que, de alguna manera, lleva a su titular a sentir algún tipo de vergüenza y, por ende, a ponerse al día en el pago de las obligaciones lo más pronto posible para que opere el menor término de caducidad del dato negativo o, por el

---

<sup>231</sup> “Las sanciones o informaciones negativas de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido”. Cfr. Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>232</sup> “La vergüenza es una emoción universal en la vida social. (...) La mayoría de las personas, la mayor parte del tiempo, intenta parecer ‘normal’, noción cuya extrañeza abordaré más adelante, pero cuyo atractivo es innegablemente fuerte en todas las sociedades democráticas modernas. Sin embargo, a veces nuestras debilidades ‘anormales’ quedan de todos modos al descubierto y entonces nos sonrojamos, nos escondemos o desviamos la mirada. La vergüenza es la dolorosa emoción que responde a esa exposición. Ella marca el rostro con sus signos inconfundibles”. Nussbaum, Martha C. El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley. 1ª. ed. Buenos Aires: Katz, 2006. p. 206.

<sup>233</sup> Si bien la Corte Constitucional afirmó en la Sentencia SU-082 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía, que revelar un dato verdadero en condiciones normales no constituye una sanción, sino que hace parte del derecho que toda persona tiene informar y recibir información veraz e imparcial, resulta oportuno ver cómo en la práctica, en la cotidianidad del mundo de los negocios crediticios y financieros, estar reportado negativamente implica una sanción, un castigo y hasta la muerte civil, tal como ha tenido oportunidad de manifestarlo también la Corte Constitucional. “...es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido” Cfr. Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. “Se debe anotar además que las sanciones e informaciones negativas no tienen el carácter de perpetuas o permanentes pues las personas incurso en estos hechos son titulares del derecho al olvido. Por esto es reprochable la renuencia de estas entidades a actualizar la información”. Cfr. Sentencia T-551 de 1994. M.P. José G. Hernández Galindo. Adicionalmente, como sostiene este mismo magistrado en el salvamento de voto a la Sentencia T-022 de 1993, la sanción a quien incumple una obligación no puede traducirse en un bloqueo comercial absoluto mediante el cual se condene de por vida y sin atenuantes a la muerte civil o a la “cárcel del alma”.

contrario, resignarse a quedar por fuera del mercado en razón a que su mala reputación opera como puerta de salida frente a los demás agentes formales del mercado<sup>234</sup>. Bajo esta mirada los deudores le temen más a un reporte negativo, por los efectos adversos que este conlleva, que a soportar un proceso judicial mediante el cual se pretende obtener el pago de una obligación incumplida, lo cual nos lleva a considerar que para lograr el pago de una obligación el reporte negativo resulta mucho más eficiente que un proceso judicial y en este sentido se constata su eficacia como garantía adicional o complementaria de crédito en una etapa contractual.

En relación con este tema del dato negativo, vale la pena mencionar que si bien otra de las características de las garantías clásicas del crédito es que cuentan con una acción limitada en el tiempo para hacerlas efectivas, el habeas data también cuenta con mecanismos que permiten garantizar este derecho fundamental entre los que sobresale la acción de tutela siempre que se agote el requisito de procedibilidad establecido para ello (solicitud previa ante la fuente de la información para que la actualice, corrija o suprima), siendo del caso mencionar que la caducidad del dato negativo puede ser concebida como una garantía reforzada del crédito en la medida que acogiendo la tesis actual de la Corte Constitucional<sup>235</sup> el término máximo de permanencia de la información negativa reportada ante los operadores de las bases de datos es de catorce (14) años.

Lo anterior implica que si una persona no cumple en ningún momento con el pago de una obligación debe permanecer reportado hasta por catorce (14) años, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2952 de 2010, mediante el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008 concerniente al término de permanencia de la información reportada ante los operadores de las bases de datos (centrales de riesgo), la caducidad de la información negativa será de 4 años contados a partir del momento en que se extinga la obligación por cualquier causa. Siendo del caso precisar que en aras de proteger el derecho al olvido y el habeas data financiero del deudor, "...el juez constitucional se encuentra facultado para contabilizar el término de diez años desde el momento en el que la obligación se hace exigible sin necesidad de la declaración judicial, para luego aplicar los cuatro años adicionales, a manera de sanción consagrada en la ley, con lo cual se cumple la caducidad del dato"<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> "Bien se sabe que estar 'reportado' equivale a la muerte civil: todas las puertas se cierran y el nombre circula con un inri a cuestras por millones de computadoras". Cfr. Samper Pizano, Daniel. REPORTADO POR DATACRÉDITO = MUERTE CIVIL. Errores y abusos de los bancos de datos. Artículo de opinión Publicado el 11 de enero de 2006 en el periódico El Tiempo. Consultado en: [http://eltiempo.terra.com.co/opinion/colopi\\_new/danielsamperpizano/ARTICULO-WEB-NOTA\\_INTERIOR-2688151.html](http://eltiempo.terra.com.co/opinion/colopi_new/danielsamperpizano/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR-2688151.html)

<sup>235</sup> Cfr. Sentencia T-1061 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>236</sup> Cfr. Sentencia T-964 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

### **3.3 Un caso real para terminar: *Lenddo* y la toma de decisiones financieras basadas en la reputación de las personas a través de los medios online.**

En medio de la sociedad de la información en la que nos encontramos inmersos y dado el vertiginoso y sorprendente avance de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, se hace más evidente el denominado síndrome del pez rojo, según el cual los modernos sistemas informáticos permiten vigilar y controlar incluso *online* el comportamiento de las personas al punto que éstas son vistas como un pez rojo que se mueve de un lado para otro en una pecera de cristal de la que no pueden salir ni escapar a la atenta mirada de los espectadores para proteger o resguardar siquiera ese ámbito irreductible de su vida privada, de su vida interior, como lo es la intimidad<sup>237</sup>, frente a lo cual recobra una vigencia inusitada la implacable sentencia de Foucault: “vivimos en una sociedad que se caracteriza por una vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder”<sup>238</sup>.

Lo anterior nos invita a reflexionar sobre el enorme poder que recobra la información<sup>239</sup> y la imperiosa necesidad de revestir al titular de los datos personales de garantías idóneas, prontas y eficaces para que pueda tener un eficiente control sobre sus datos. Ese es, tal vez el principal reto y la razón fundante y fundamental del habeas data, tal como se ha reiterado a lo largo del presente trabajo.

Esta asombrosa e inexorable realidad unida al nuevo mundo que se teje en torno a las redes sociales (tales como Facebook, LinkedIn, Yahoo, Twitter y Google, entre otras), ha despertado la creatividad e innovación de emprendedores, empresarios y académicos, quienes ven en los datos que subyacen de esta constante interconectividad una gran oportunidad de negocio, pues no puede perderse de vista que el cruce de datos permite perfilar el comportamiento, las preferencias y necesidades de las personas.

Bajo esta perspectiva, la reputación de las personas en las redes sociales se ha convertido en un factor determinante para tomar decisiones crediticias, razón por la que

---

<sup>237</sup> “El derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”. Cfr. Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>238</sup> Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1980. P. 99.

<sup>239</sup> “Desde Egipto hasta la Unión Soviética, el mundo ha padecido imperios de toda pelambre. Pero solo ahora empieza a saber lo que es el imperialismo informático del siglo XXI: aquel que recoge, archiva, clasifica y utiliza datos del planeta entero, lo cual le confiere poder de amenaza, tramposa ventaja comercial y capacidad de dominio político y económico sobre los demás países”. Cfr. *Eso que antes se llamaba imperialismo*. Daniel Samper Pizano. Columna de opinión, publicada el 28 de julio de 2013 en el diario *El Tiempo*.



compañías como Lenddo<sup>240</sup>, Kreditech y Kabbage realizan sus estudios de crédito basados no tanto en el tradicional *score*<sup>241</sup> utilizado en las fábricas de crédito sino especialmente en el uso de las redes sociales, las relaciones que se tejen entre las mismas, los gustos de los usuarios y en definitiva su comportamiento online; sin embargo, también consulta y reporta las operaciones de crédito ante los operadores de las bases de datos (centrales de riesgo), en los términos y condiciones de la Ley 1266 de 2008 y sus decretos reglamentarios.

Lenddo es una compañía creada en 2011, con oficinas en Bogotá, Manila y Nueva York, que ha venido incursionando en el otorgamiento de créditos en Colombia<sup>242</sup>, México y Filipinas, teniendo en cuenta para el estudio de los créditos la reputación de las personas en las redes sociales. De ahí que las personas interesadas en obtener un crédito en sus diferentes modalidades, deben inscribirse a Lenddo, construir su perfil y su puntaje (LenddoScore), siendo del caso mencionar que, según se indica en la página web de esta compañía, el puntaje se incrementa a partir de la reputación obtenida en las redes, los contactos con amigos cercanos y familiares y el cumplimiento puntual en el pago de los préstamos otorgados por Lenddo tanto al interesado como a su red de confianza.

El puntaje mínimo requerido para acceder a un crédito es de 300 puntos, el cual se puede obtener rápidamente si se incrementan las interacciones en las redes sociales, ya que de esta manera se pueden determinar los contactos, las actividades, los comportamientos y, por ende, la transparencia, honestidad, compromiso y cumplimiento de sus obligaciones, todo lo cual viene a construir la reputación de la persona. Entre más interacciones con personas cumplidas y honestas, más grande será la comunidad de confianza del interesado y más rápidamente se puede constatar su reputación.

Aquí recobra una vigencia inusitada la filosofía popular basada en refranes como: “Dime con quién andas y te diré quién eres” o “el que anda entre la miel algo se le ha de pegar”, teniendo en cuenta que si dentro del permanente monitoreo se observan conexiones o contactos permanentes a través de las redes sociales con personas de dudosa

---

<sup>240</sup> Resulta oportuno mencionar que, según se indica en la página web de Lenddo ([www.lenddo.com.co](http://www.lenddo.com.co)), esta compañía no capta recursos del público sino que únicamente se dedica a otorgar créditos, razón por la que el control y vigilancia de la misma no lo ejerce Superintendencia Financiera de Colombia sino la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>241</sup> Herramienta basada en modelos estadísticos que se utiliza para realizar el estudio de crédito de una persona, en la cual se tienen en cuenta tanto los datos sociodemográficos de las personas como su comportamiento crediticio reportado por los operadores de la información (centrales de riesgo).

<sup>242</sup> “Con más de un año de presencia en Colombia, Lenddo ha sido catalogada por los Premios Accenture como una de las ideas más innovadoras de los últimos tiempos. De hecho, la idea de prestar dinero según la reputación que tengan las personas en las redes sociales ha generado que en lo corrido del 2013 se han superado los 1.000 créditos desembolsados”. Cfr. Lenddo le puso el toque ‘Google’ a sus nuevas oficinas. Publicado el 14 de mayo de 2013 en Portafolio. Consultado en: <http://www.portafolio.co/negocios/lenddo-le-puso-el-toque-%C2%B4google%C2%B4-sus-nuevas-oficinas>. De acuerdo con la entrevista realizada por el diario económico y de negocios Portafolio a Daniel Gertsakov, Gerente General de Lenddo para América Latina, esta compañía puso primero su mirada en Colombia “porque es un país que ha duplicado la clase media en los últimos 15 años, y va a duplicarse en los 15 años que vienen. Además, el 80 por ciento de los adultos no tiene acceso a un crédito y más de la mitad de la gente que tiene una cuenta de ahorros solo la utiliza para retirar el dinero de su nómina. Colombia es el país 14 con más usuarios de Facebook, con 16 millones de personas, y en donde 21 millones tienen acceso a Internet. Por esas condiciones es que es buen momento para presentar un proyecto novedoso como este en el país”. Cfr. Lenddo hará préstamos por su reputación en Internet. Publicado el 25 de mayo de 2012 en Portafolio. Consultado en: <http://www.portafolio.co/economia/lenddo-hara-prestamos-su-reputacion-internet>.

reputación o que se encuentren incumpliendo el pago de los créditos otorgados por Lenddo, el puntaje y la reputación del interesado se ven afectados.

En conclusión, podemos afirmar que bajo esta perspectiva, si bien cada dato suelto que se deja al navegar por entre las redes de la internet muchas veces pasa inadvertido porque a primera vista no dice mucho, lo cierto es que al integrarlo, cruzarlo y correlacionarlo con otros datos, la información que se obtiene recobra una importancia fundamental para determinar el perfil de crédito y la reputación de una persona. Así las cosas, el acceso al crédito y la principal garantía del mismo para Lenddo es la reputación de las personas en las redes sociales, razón por la que retomando las palabras de Richard Posner, la buena reputación no sólo se convierte en un factor muy importante para el cumplimiento de los acuerdos sino que además se constituye en “una base para inducir a otros a realizar transacciones contigo dentro o fuera del mercado”<sup>243</sup>.

### 3.4 Conclusiones

El buen nombre y la reputación (moralidad crediticia, hábito de pago o de cumplimiento de las obligaciones adquiridas) se han convertido en la piedra angular sobre la cual se erigen las relaciones comerciales y financieras en una economía de mercado, siendo del caso resaltar que en buena medida dichos aspectos pueden ser fácilmente verificables a través de los reportes financieros que expiden los administradores de las bases de datos (centrales de riesgo), en relación con una persona en particular.

Adicionalmente, resulta oportuno tener en cuenta que en virtud del derecho a la información, así como a la relevancia y el valor que ésta última recobra en la actualidad, los usuarios cuentan con la posibilidad de acceder a las bases de datos, en los términos y condiciones de la Ley 1266 de 2008, para realizar los estudios de crédito que les permita analizar el hábito de pago de los posibles deudores, así como su capacidad de endeudamiento y las posibilidades de incumplimiento, todo ello dentro de una etapa precontractual que facilita tomar decisiones informadas, minimizando el riesgo de crédito.

Si bien de entrada, con la hipótesis del presente trabajo, parecía como si se procurara comparar lo incomparable, se considera que sin desconocer que el habeas data es un instituto constitucional que abarca aristas de diferente índole con el propósito de permitir el control de los datos personales y un adecuado tratamiento de los mismos, se puede constatar que el habeas data financiero cumple una finalidad primordial dentro del cálculo de riesgo de crédito, así como en el favorecimiento de una actividad de interés público como lo es la financiera, la cual permea y determina la economía nacional.

---

<sup>243</sup> Cfr. Posner, Richard. Ob. Cit. p. 336.

De otra parte, comparado el habeas data con las características comunes que identifican las garantías clásicas del crédito, estudiadas en el segundo capítulo del presente trabajo, se evidencia que si bien el habeas data financiero no afecta patrimonios o bienes de deudor o de terceros, contribuye en buena medida y de manera eficiente en la reducción del riesgo de crédito y el otorgamiento de una seguridad adicional al crédito, que permiten inferir que tanto en la etapa precontractual como en la contractual se constituye en una garantía adicional o complementaria del crédito.

Finalmente, se pone de presente que en efecto la reputación de una persona, su moralidad crediticia, su fama y buen nombre juegan un papel preponderante al momento de solicitar un crédito bien sea a través de los sistemas tradicionales basados en los reportes suministrados por los administradores de las bases de datos o mediante mecanismos alternativos fundamentados en la reputación de las redes sociales según las comunidades de confianza que se logren tejer a través de las interacciones y el comportamiento online.

## 4. Conclusiones y recomendaciones

### 4.1 Conclusiones

En la denominada sociedad de la información y teniendo en cuenta el vertiginoso avance de las tecnologías de la información y la comunicación a la que asistimos, el control y la protección de la información personal resulta fundamental, especialmente si se tiene en cuenta que, en cuestión de segundos, a través de la internet y las redes sociales la información de una persona no sólo atraviesa fronteras sino que además puede ser consultada online y compartida de manera indiscriminada y descontrolada, perdiendo el rastro sobre el tratamiento que se le está dando a la información personal, razón por la que el derecho al habeas data se convierte en el escudero principal para hacerle frente a esta situación, siendo del caso resaltar que hoy más que antes, estamos siendo vigilados constantemente y en todo lugar no sólo para captar imágenes sino hábitos, comportamientos, gustos, etc., y en el peor de los casos para atentar contra los bienes y la vida de las personas. *El panoptismo y la publicitación de lo privado se han convertido en la constante en medio de esta sociedad de información que nos envuelve.*

Valga advertir que este no es un discurso contra la información en sí misma sino sobre el fetichismo a través del cual se elogia el culto a la información por la información, pues resultan evidentes los enormes beneficios que en una economía de mercado reporta tener acceso a la información, especialmente si se piensa, por ejemplo y para efectos del presente trabajo, en los contratantes, en los consumidores y en los acreedores respecto al control de los bienes dados en garantía (el registro de las garantías mobiliarias y de la hipoteca, no sólo se realiza con fines de publicidad y oponibilidad frente a terceros sino además de prelación). Adicionalmente, no puede desconocerse que a nivel constitucional se garantiza a todas las personas el derecho a informar y recibir información veraz e imparcial y que en términos económicos las fallas y asimetrías de la información incrementan los costos de transacción y distorsionan el mercado, lo cual nos permite

entrevé la importancia y el valor que recobra la información y, de manera particular los datos personales<sup>244</sup>.

Teniendo en cuenta dicha realidad, el constituyente de 1991 introdujo en el artículo 15 de la Constitución Política el derecho fundamental al habeas data, el cual fue regulado por el Congreso de la República a través de las Leyes 1266 de 2008 (habeas data financiero) y 1581 de 2012 (habeas data general e integral) y después de casi dos décadas y más de un centenar de sentencias tanto de tutela como de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, en las que se fijaron los lineamientos que guiaron este derecho fundamental y a través de las cuales se constata que buena parte de los temas estudiados estaban relacionados con lo que a lo largo del presente trabajo se ha denominado como habeas data financiero, razón por la que el legislador se ocupó de regular, en primera instancia y de manera sectorial, el habeas data financiero con el fin de acabar con lo que en el proyecto de ley<sup>245</sup> se denominaba como “la dictadura del reporte negativo” y brindar además una oportunidad para que más de tres millones de personas que se encontraban con reportes negativos pudieran salir en un término razonable de las denominadas “listas negras” y se incorporaran tanto al sector financiero como real.

Así las cosas, el habeas data financiero regulado en la Ley 1266 de 2008 no sólo le permite a las personas conocer, actualizar y rectificar su información comercial, crediticia y financiera sino que además, en cuanto información financiera de una persona<sup>246</sup>, se constituye en un elemento fundamental para el estudio de riesgo y análisis crediticio en la

- 
1. <sup>244</sup> “Los datos personales son la moneda de oro de la economía digital y el motor de la economía del siglo XXI. Los datos son el negocio de los negocios!!!” Cfr. Remolina A., Nelson. [Big data, big problem?](#). Publicado el 8 de agosto de 2013 en la página digital del Observatorio Ciro Angarita Barón sobre la protección de datos personales en Colombia. (<http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=1101>). “La información es nuestro nuevo petróleo, nuestro recurso natural”. Así lo dijo un coniado directivo de IBM durante el más reciente congreso que esa empresa celebró en Las Vegas (Estados Unidos) y que contó con la asistencia de 12.000 personas, entre empresarios, periodistas, empleados y curiosos. Allí se presentaron los últimos avances en Big Data, tecnología que, palabras más, palabras menos, les permite a los empresarios saber qué quieren sus clientes, qué piensan, qué hacen, todo con base en los comentarios, publicaciones e interacciones que hacen en internet”. Cfr. *Big Data, ¿el nuevo petróleo?* Publicado en el diario El Espectador el 2 de noviembre de 2012. Consultado en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/articulo-385021-big-data-el-nuevo-petroleo>.

<sup>245</sup> Que más tarde se convirtió en la Ley 1266 de 2008.

<sup>246</sup> Relacionada con el nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente del contrato que les de origen.

medida que permite a los usuarios de dicha información (potenciales acreedores) tener el historial crediticio de los posibles deudores a través del cual se puede establecer, entre otros aspectos, su capacidad de endeudamiento y su hábito de pago (reputación, comportamiento o moralidad crediticia), lo cual junto con otra información adicional permite inferir la probabilidad de incumplimiento y la necesidad de solicitar algún otro tipo de garantía clásica convencional (personal o real, según lo estudiado en el capítulo segundo del presente trabajo) para reforzar el cumplimiento de la obligación.

Así las cosas, en esta etapa que se puede denominar como precontractual, observamos cómo el habeas data financiero cumple un papel fundamental para que el potencial acreedor pueda tomar una decisión informada según el historial crediticio suministrado por los operadores de las bases; sin embargo, resulta oportuno resaltar que la finalidad del habeas data financiero no se agota allí sino que está llamado a desempeñar un papel esencial no sólo en la actividad financiera sino por contera en la economía general en su conjunto, preservando de esta manera el ahorro del público y promoviendo el acceso al sistema financiero, razón por la que para cumplir con dicha finalidad se requiere que tanto las fuentes de información como los administradores de las bases de datos cumplan a pie juntillas y de manera armónica cada uno de los principios que gobiernan la administración de las bases de datos en los términos y condiciones establecidos en las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012.

En relación con el reporte de información que efectúan las fuentes de información una vez establecida la relación contractual con el titular de la información y siempre que se cumpla con los requisitos para ello, se hace necesario precisar que deben reportar toda la información, tanto positiva como negativa, en debida forma y cumplimiento con el principio de veracidad y calidad de la información, según el cual dicha información debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible, ya que de lo contrario puede atentar contra el buen nombre y la reputación del titular de la información generando además situaciones adversas en el mercado, habida cuenta del *“efecto multiplicador que tiene el informe negativo en las instituciones receptoras de la información incorporada al banco de datos o archivo”*<sup>247</sup>.

En esta misma línea, se hace necesario resaltar que la información negativa relacionada con el incumplimiento de una obligación desempeña al menos dos finalidades fundamentales: la primera, relacionada con el deber de información y dentro de ella como elemento de análisis de riesgo de crédito y el favorecimiento de una actividad de interés público, como lo es la financiera, en los términos expresados en los artículos 335 de la Constitución Política y 10º de la Ley 1266 de 2008 y, la segunda, servir como mecanismo de persuasión, y si se quiere, de “represión” para que el titular de la información se ponga al día, en el menor tiempo posible, se le aplique el menor término de caducidad de la

---

<sup>247</sup> Cfr. Sentencia T-094 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

información negativa, no sufra las consecuencias adversas que representa estar reportado ante las centrales de riesgo y pueda, de esta manera, rehacer su buen nombre y reputación (comportamiento, hábito de pago o moralidad crediticia).

En relación con el término de caducidad de los datos negativos, es importante resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional el mismo será máximo de catorce (14) años, lo cual significa que si una persona de veinte años adquiere una obligación dineraria y no realiza pago alguno desde la primera cuota, el reporte negativo de dicha obligación podrá permanecer hasta que esta persona cumpla 34 años de edad, cargando con las consecuencias adversas que dicho reporte conlleva no solo a nivel comercial, crediticio y financiero sino inclusive laboral, dado que como quedó dicho atrás algunas empresas consultan las centrales de riesgo como requisito previo para poder establecer una relación laboral con una persona.

Una vez efectuado el estudio de las principales garantías clásicas del crédito, así como de la ley 1676 de 2013 que comienza a regir a partir del 20 de febrero del 2014 y mediante la cual se regulan las garantías mobiliarias y se promueve el acceso al crédito, se observa que las mismas están orientadas fundamentalmente a brindar una seguridad adicional al acreedor con el propósito de proteger su patrimonio y que, adicionalmente, dentro de las características comunes que las identifican se destacan básicamente las siguientes:

**Figura 4-1:** Principales características comunes de las garantías clásicas

Principales características comunes de las garantías Clásicas						
Garantías/ Principales Características	Personales			Reales		
	Solidaridad pasiva	Fianza	Aval	Hipoteca	Prenda	Anticresis
Reduce el riesgo de crédito	Si	Si	Si	Si	Si	Si
Otorga una seguridad adicional del crédito	Si	Si	Si	Si	Si	Si
La acción está limitada por el tiempo	Si	Si	Si	Si	Si	Si

Así las cosas y revisadas las características y finalidades del habeas data financiero, expuestas a lo largo del presente trabajo de investigación, se puede considerar que sin perder de vista que estamos frente a un instituto constitucional de rango fundamental, en el que no se afectan el patrimonio o bien de una persona, como sucede con las garantías clásicas, conserva sus características comunes y, en esa medida, propende por garantizar no solamente el crédito individualmente considerado a favor del acreedor y en dos etapas contractuales bien definidas (tratativas previas y ejecución del contrato), sino además de la actividad financiera en general, todo lo cual permite inferir que, en efecto, y de cara a la realidad que subyace de una economía de mercado, el habeas data financiero puede ser considerado como una garantía adicional o complementaria del crédito y que la reputación, el comportamiento o moralidad crediticia de una persona se

constituye en un factor determinante para establecer o mantener una relación contractual con ella.

## **4.2 Recomendaciones**

Queda de esta manera, entonces, abonado el terreno para que a través de futuras investigaciones se profundice en este tema de relevante actualidad con el propósito de explorar a través de un trabajo de campo aplicado en algunos sectores específicos de la economía tanto en el ámbito nacional como internacional, que el habeas data financiero no solo se ha constituido en una garantía adicional del crédito por las circunstancias mencionadas a lo largo del presente trabajo sino que además y, guardadas proporciones, resulta ser mucho más eficiente que las mismas garantías clásicas del crédito.



## Bibliografía

- ☞ Andrade Otaiza, José Vicente. Manual de Títulos Valores. Régimen General y Especial. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- ☞ Arce Gargollo, Javier. *Introducción al estudio de los medios de garantía modernos* (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/18/dtr/dtr2.pdf>)
- ☞ Armagnague, Juan F. *et al.* Derecho a la información, habeas data e internet. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 2002.
- ☞ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *El contrato de fianza*. P. 55. En Estudios de derecho privado. Tomo I. 1ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- ☞ Barragán Arango, Luis Alfredo. *El régimen de garantías en el ordenamiento jurídico colombiano y el análisis económico del derecho*. P. 90. En Estudios de derecho privado. Tomo I. 1ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- ☞ Barrera Tapias, Carlos Darío. Las obligaciones en el derecho moderno. Libro I. Concepto y Clasificaciones. Colección Profesores No. 18. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1995.
- ☞ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo II. 5ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000
- ☞ Botero, C. Carolina. Fundamentos de los derechos a la intimidad, información y habeas data. El habeas data, su desarrollo jurisprudencial y mecanismo de garantía –Acción de Tutela-. Bogotá: Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Centro de investigaciones jurídicas, 1993.
- ☞ Cifuentes, B. Julián. *Seguridad jurídica y habeas data*. Revista *Ius Scriptio*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, No. 2, primer semestre de 2002. 8-9 pp.
- ☞ Cifuentes, B. Julián. *Aproximación al habeas data y sus intentos de regulación en Colombia*, Cifuentes Bolívar Julián, Bogotá: 2003. Tesis presentada para obtener el título de abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
- ☞ Cifuentes, B. Julián. *De datos y dictaduras*. Escrito inédito. Mayo 30 de 2008.
- ☞ Cuadra Folle, Reinaldo. La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria y la codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites. p. 147. En: Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undarraga. Bogotá: Universidad del Rosario y Universidad de Chile, 2009.

- ☞ Coloma, Germán. Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino. Universidad CESA. Consultado en: <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>.
- ☞ Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones. 7ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- ☞ Chinchilla H., Tulio. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? . Bogotá: Temis, 1999.
- ☞ Dávara, R. Miguel A. Manual de derecho informático. España: Aranzadi, 1997.
- ☞ De Vega, G. Pedro. Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesis de la realidad constitucional. 1ª ed. Bogotá: Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1998.
- ☞ Díaz Perdomo, Jairo Alberto. *Los portales en internet y su influencia en la reputación de las organizaciones de educación superior: un análisis a las universidades establecidas en la ciudad de Bogotá*. Tesis doctoral. Universidad de Nebrija (España). Madrid: mayo de 2013
- ☞ Drucker, Peter F. La sociedad pos capitalista. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2004.
- ☞ Fernández, Leonardo F. La causa-fin en las garantías personales. En: Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undarraga. Bogotá: Universidad del Rosario y Universidad de Chile, 2009.
- ☞ Foucault, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Gedisa, 1980.
- ☞ Gossain, Juan. *¿Quién los autorizó a poner mi nombre en sus bases de datos?* Publicado el 25 de septiembre de 2013 en el periódico *El Tiempo*. [http://www.eltiempo.com/tecnologia/actualidad/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-13082188.html](http://www.eltiempo.com/tecnologia/actualidad/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13082188.html).
- ☞ Hiestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ☞ Labariega Villanueva, Pedro Alfonso. *El aval ¿Fianza sui generis o garantía cambiaria típica?* pp. 616-617. En: Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004.
- ☞ Leal Pérez, Hidelbrando. Títulos valores. Partes general. Especial, procedimental y práctica. 14ª ed. Bogotá: Leyes, 2013.
- ☞ Londoño, T. Beatriz. Las garantías constitucionales frente al desafío informático. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1986.

- ☞ LOPEZ GUERRA, Luis. ESPIN, Eduardo. GARCIA MORILLO, Joaquín. PEREZ TREMP, Pablo. SATUSTREGUI, Miguel. Derecho Constitucional. Volumen I. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1.991.
- ☞ Madrid-Malo Garizábal, Mario. Derechos fundamentales. 2ª ed. Santafé de Bogotá: 3R Editores, 1997.
- ☞ Montoya, V. Jony y Remolina, A. Nelson. El pensamiento jurídico de Ciro Angarita Barón. Notas preliminares. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1999.
- ☞ Nussbaum, Martha C. El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley. 1ª. ed. Buenos Aires: Katz, 2006.
- ☞ Ortega Martínez, Jesús. . Sociedad de la información y derechos humanos de la cuarta generación. Un desafío inmediato para el derecho constitucional. : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/26.pdf>
- ☞ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 6ª ed. Bogotá: Temis, 1998.
- ☞ Peña Nossa, Lisando. Curso de Títulos Valores. 4ª ed. Santa Fe de Bogotá: 1992.
- ☞ Pérez, L. Antonio E. Ensayos de informática jurídica. México: Fontamara S.A., 1996.
- ☞ Pierini, Alicia. et al. Habeas data. Derecho a la intimidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999.
- ☞ Posner, Richard A. Análisis Económico del Derecho. (Trad. Eduardo L. Suárez.). 2ª ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- ☞ Puccinelli, Oscar. Habeas data en indoiberoamérica. Bogotá: Temis, 1999.
- ☞ Rakoff, Todd D. Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Diciembre de 2006
- ☞ Remolina, A. Nelson. “La protección de datos personales en Colombia”. Revista Tutela. Editorial Legis. Bogotá: Tomo III, No. 28, abril de 2002, 978-995 pp.
- ☞ Remolina, A. Nelson. *Data protection: panorama nacional e internacional*. En Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis editores, 2002.
- ☞ Remolina, A. Nelson. [Big data, big problem?](http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=1101). Publicado el 8 de agosto de 2013 en la página digital del Observatorio Ciro Angarita Barón sobre la protección de datos personales en Colombia. (<http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=1101>).

- ☞ Remolina, A. Nelson. Tratamiento de datos personales: Aproximación internacional y comentarios a la ley 1581 de 2012. Bogotá: Legis, 2013.
- ☞ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. 5ª ed. Bogotá: Legis, 2002.
- ☞ Rouillon, Adolfo. *Colombia: Derechos de crédito y derechos concursales*. Banco Mundial, Grupo de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura. Región de América Latina y el Caribe. Mayo, 2006.
- ☞ Rueda Fonseca, María del Socorro. Algunas Clasificaciones de las obligaciones y régimen particular. p. 55. En: *Derecho de las obligaciones. Tomo I. Coord. Marcela Castro de Cifuentes*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.
- ☞ Santos Calderón, Guillermo. *A cumplir la ley de habeas data*. Publicado el 12 de agosto de 2013 en la sección editorial del periódico *El Tiempo*. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12986619>.
- ☞ Samper Pizano, Daniel. REPORTADO POR DATACRÉDITO = MUERTE CIVIL. Errores y abusos de los bancos de datos. Artículo de opinión Publicado el 11 de enero de 2006 en el periódico *El Tiempo*
- ☞ Solano, B. Orlando. Tratado de ingeniería electoral. Bogotá: Leyer, 2002.
- ☞ Soto C., Carlos Alberto. La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Revista Universitas*, pp. 528-529. Consultada en: [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/16Soto.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/16Soto.pdf).
- ☞ Soto, C. Carlos Alberto y Mosset, I. Jorge. El contrato en una economía de mercado. 2ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- ☞ Tamayo Lombana, Alberto. Las principales garantías del crédito. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.
- ☞ Téllez, V. Julio. Derecho informático. México: UNAM, 1991.
- ☞ Toffler, Alvin. La tercera ola. Una impresionante imagen de cómo será el mundo mañana, que ha comenzado hoy. (Trad. Adolfo Martín). 10ª ed. Barcelona: Plaza & Janes Editores S.A., 1994
- ☞ Torres, T. Henry. Derecho informático: delitos informáticos, software, contratos informáticos, informática jurídica, habeas data. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- ☞ Trujillo Calle, Bernardo. De los Títulos Valores. Tomo I. Parte General. 11ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2000.

- ☞ Veiga Copo, Abel B. Las garantías reales –nuevas figuras-. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Grupo Editorial Ibáñez, 2010. (Colección internacional No. 24).
- ☞ Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. Derecho Civil. Parte general y personas. 14ª ed. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997
- ☞ Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones. 10ª ed. Bogotá: Temis S.A., 2010.
- ☞ Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes 7ª ed. Bogotá: Temis, 1998.
- ☞ Vélez Cabrera, Luis Guillermo. La revolución de las garantías mobiliarias. Portafolio, 30 de julio de 2012. Consultado en <http://www.portafolio.co/opinion/la-revolucion-las-garantias-mobiliarias>

### **Sentencias Corte Constitucional**

- ☞ Sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- ☞ Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón
- ☞ Sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- ☞ Sentencia C-114 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz
- ☞ Sentencia T-443 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- ☞ Sentencia T-444 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- ☞ Sentencia SU-528 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- ☞ Sentencia T-259 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- ☞ Sentencia T-094 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- ☞ Sentencia T-176 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- ☞ Sentencia SU-082 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía
- ☞ Sentencia C-373 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- ☞ Sentencia T-462 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- ☞ Sentencia T-303 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- ☞ Sentencia T-307 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- ☞ Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- ☞ Sentencia SU-167 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- ☞ Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- ☞ Sentencia T-1085 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- ☞ Sentencia T-729 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- ☞ Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- ☞ Sentencia T-227 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- ☞ Sentencia T-487 de 2004. M. P. Jaime Araújo Rentería
- ☞ Sentencia T-684 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- ☞ Sentencia C-341 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería
- ☞ Sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño
- ☞ Sentencia T-129 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez
- ☞ Sentencia T-847 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- ☞ Sentencia T-964 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

- ☞ Sentencia T-1061 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- ☞ Sentencia C-658 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub
- ☞ Sentencia C-748 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- ☞ Sentencia T-585 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla
- ☞ Sentencia C-274 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa

☞ [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

☞ [www.bibliotecajuridica.org/libros/libro.htm?/=103](http://www.bibliotecajuridica.org/libros/libro.htm?/=103)

☞ [www.ulpiano.com.co](http://www.ulpiano.com.co)

☞ [www.asobancaria.com](http://www.asobancaria.com)

☞ [www.datacredito.com](http://www.datacredito.com)

☞ [www.IIJusticia.edu.co](http://www.IIJusticia.edu.co)