



## CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: NULIDAD.

Radicación: 11001-03-24-000-2022-00260-00 (5334-2022)

Demandantes: Francisco Andrés Manotas Polo

Demandados: Nación – Ministerio del Trabajo – Ministerio de Salud y Protección Social

Temas: De los derechos a la intimidad y al habeas data en la recolección de información por parte de los empleadores para prevención, intervención y monitoreo permanente en la exposición de factores de riesgo psicosocial en el trabajo. ACCEDA A LAS PRETENSIONES.

## SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad promovido por el señor Francisco Andrés Manotas Polo contra los Ministerios del Trabajo, de Salud y Protección Social, con el fin de que se acceda a las siguientes:

### PRETENSIONES<sup>1</sup>

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 2646 de 2008 «Por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional». Específicamente, los siguientes fragmentos:

Del artículo 7, el literal b): «Utilización del tiempo libre: Hace referencia a las actividades realizadas por los trabajadores fuera del trabajo, en particular, oficios domésticos, recreación, deporte, educación y otros trabajos».

Del artículo 8, literal a), la expresión: «[...] convivencia en pareja [...]».

### HECHOS

La demanda se fundamenta en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

<sup>1</sup> Índice 2 de la plataforma Samai.

Que la Ley 9 de 1979 atribuyó al Ministerio de Salud competencias para expedir regulaciones técnicas y administrativas para proteger, conservar y mejorar la salud de los trabajadores en el territorio nacional.

Que por medio del Decreto Ley 205 de 2003 se le asignó al Ministerio de la Protección Social el deber de definir y velar por la ejecución de las políticas, planes y programas en las áreas de salud ocupacional, medicina laboral, higiene y seguridad industrial, riesgos profesionales, tendientes a la prevención de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales.

Que el Ministerio de Protección Social expidió la Resolución 2646 de 2008 que dispone regulación para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional.

Que la Ley 1444 de 2011 escindió varios ministerios, entre estos el de Protección Social, lo que supuso la reorganización del Ministerio del Trabajo y la creación del Ministerio de Salud.

#### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Que el acto acusado vulneró los artículos 15 de la Constitución Política; 59 (numeral 9) del Código Sustantivo del Trabajo (CST); 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012, Estatutaria de Habeas Data.

Que las normas objeto de censura permiten que el empleador recolecte información de la esfera privada del empleado, sin ningún tipo de relación con el contrato laboral, circunstancia que vulnera el derecho fundamental a la intimidad previsto en el artículo 15 de la Constitución Política, pues este solo puede ser objeto de injerencia para garantizar el interés general, por medio de orden judicial o administrativa y en cumplimiento de mandatos legales y constitucionales.

Que la Corte Constitucional, además de la Carta Política, ubica el fundamento de este derecho en múltiples instrumentos internacionales, a saber: artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8.1. del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales; y el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Que el núcleo esencial del derecho a la intimidad comprende las actividades o conductas que realizan los individuos cuando no se desenvuelven en sociedad. De allí que los empleadores no pueden intervenir en esta esfera, máxime si se considera que el artículo 59 del CST prohíbe la vulneración o restricción de la dignidad de los empleados.

Que la Ley Estatutaria de Habeas Data corresponde a un desarrollo legal de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se clasificó la información que se administran en los bancos de datos como: pública, semiprivada, privada y reservada.

Resalta la importancia y la naturaleza de la información relativa a las inclinaciones sexuales y los hábitos personales, así como el carácter extrapatrimonial, irrenunciable e imprescriptible del derecho al habeas data.

En síntesis, cuestionó la legalidad y la constitucionalidad de la recolección de información relativa a la utilización del tiempo libre y la convivencia en pareja por parte de los empleadores.

Reconoce que la Resolución 2646 de 2008 contiene instrumentos para lograr una legítima finalidad legal: enfrentar los riesgos laborales; sin embargo, la información sobre los temas cuestionados no tiene conexidad con la ejecución de las actividades previstas en la relación laboral, como sí sucede con la demás información requerida en los artículos 7 y 8.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ministerio de Salud y Protección Social<sup>2</sup>. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que el Decreto Ley 4108 de 2011 determinó en el artículo 1 que le corresponde al Ministerio del Trabajo la formulación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos para el trabajo, así como fomentar las políticas y estrategias para la protección a los desempleados, la formación de los trabajadores, la movilidad laboral, las pensiones y otras prestaciones.

De allí que, del extinto Ministerio de Protección Social, solo las funciones a cargo de los viceministerios de Salud y Bienestar, y el Técnico, corresponden al nuevo Ministerio de Salud y Protección Social.

Que, por tal motivo, no le concierne el asunto en litigio y, por el contrario, es competencia del Ministerio del Trabajo, en atención a lo previsto en el numeral 4 del artículo 23 del citado Decreto: proponer, diseñar y evaluar políticas, planes y programas y la expedición de normas en las áreas de salud ocupacional y medicina laboral. En consecuencia, solicitó que se declare la falta legitimación en la causa.

Ministerio del Trabajo<sup>3</sup>. La providencia que admitió y corrió traslado de la demanda fue notificada el 19 de diciembre de 2022<sup>4</sup>. De allí que el término máximo para oponerse a las pretensiones finalizaba el 23 de febrero de 2023<sup>5</sup>; sin embargo, el escrito fue allegado el 24 de febrero de 2023. En consecuencia, se tendrá la contestación como extemporánea.

<sup>2</sup> Índice 19, ídem.

<sup>3</sup> Índice 21, ídem.

<sup>4</sup> Índice 17, ídem.

<sup>5</sup> El término de 30 días previsto en el artículo 172 del CPACA empezó a correr el 12 de enero de 2023, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 205 ibidem y el término de la vacancia judicial que transcurrió entre el 20 de diciembre de 2022 y el 10 de enero de 2023.

## TRAMITE EN ÚNICA INSTANCIA

Por medio de providencia del 27 de octubre de 2023<sup>6</sup>, se evidenció la posibilidad de emitir sentencia anticipada en los términos del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, se prescindió de la audiencia inicial prevista en el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, se decretaron las pruebas, se fijó el correspondiente litigio, y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante<sup>7</sup>. Reiteró los argumentos de la demanda. Agregó que la recolección de esta información puede facilitar una indebida injerencia del empleador y lesionar las dimensiones personales del empleado, facilitando conductas de acoso laboral y persecución por circunstancias como: creencias religiosas, ideología política, orientación sexual, entre otros. Además, que el

acto demandado no prevé la forma en que se administrará o hará uso de la información del empleado.

Ministerio de Salud<sup>8</sup>. Reiteró que debe declararse su falta de legitimación en la causa por las razones expuestas en la contestación de la demanda.

Ministerio del Trabajo. La providencia que corrió traslado para alegar fue notificada el 7 de noviembre de 2023<sup>9</sup>, por lo que el término para presentar alegaciones vencía el 24 de noviembre de 2023. No obstante, el demandado allegó memorial el 4 de diciembre de 2023<sup>10</sup>, es decir, de forma extemporánea.

El agente del Ministerio Público no actuó en esta etapa procesal.

## CONSIDERACIONES

Cuestión previa – la excepción propuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social

De la legitimación en la causa por pasiva en el medio de control de nulidad

Esta figura jurídica hace referencia a la posibilidad que tienen las partes de proponer o controvertir las pretensiones planteadas en la demanda, al ser sujetos procesales con interés, por activa, en el caso de la parte demandante, o pasiva, en el de la

<sup>6</sup> Índice 26, plataforma Samai.

<sup>7</sup> Índice 31, ídem.

<sup>8</sup> Índice 32, ídem.

<sup>9</sup> Índice 29, ídem.

<sup>10</sup> Índice 33, ídem.

demandada, en la relación jurídico sustancial que se ventila en el proceso. Se puede abordar desde dos perspectivas<sup>11</sup>:

- a. **De hecho.** Se configura una vez se traba la litis con la notificación del auto admisorio de la demanda y permite a los sujetos actuar dentro del proceso para ejercer su defensa. Bajo este entendido, «[...] quien cita a otro y le atribuye a otro la lesión o afectación, está legitimado de hecho por activa, y al citado o imputado se le predica que está legitimado de hecho por pasiva. Cada uno de estos está legitimado de hecho en los roles procesales que le corresponde».
- b. **Material.** La legitimación en la causa material, por activa, se predica de la efectiva titularidad del derecho reclamado y, por pasiva, de quien tiene a su cargo la obligación, es decir, que concierne a la posibilidad de que la pretensión salga avante y que el accionado sea quien deba responder por los resultados del proceso. De esta forma, «[...] alude ya no a la relación procesal sino a aquella que emerge de la participación real de las personas en la conducta que da origen a la demanda, esto es, en la relación sustancial o de derecho».

Se observa que el Ministerio de Salud y Protección Social goza de legitimación en la causa de hecho, pues respecto de ella se trabó la relación jurídica procesal por pasiva. Además, para la época en que se profirió el acto administrativo demandado se encontraba vigente el artículo 5 de la Ley 790 de 2002, que fusionó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con el Ministerio de

Salud, conformando el Ministerio de la Protección Social.

Por su parte, la legitimación material dependerá de las resultas del proceso, lo cual implica verificar si las pretensiones están llamadas a prosperar y, en dado caso, determinar la autoridad responsable de atenderlas; cuestiones que precisarán del análisis de fondo que se haga en los acápites siguientes.

La Sala decidirá si la Resolución 2646 de 2008, emitida por el Ministerio de la Protección Social, fue expedida con infracción parcial de las normas en que debió fundarse, porque vulneró: (i) los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012, sobre el derecho al habeas data; y (ii) los artículos 15 de la Constitución Política y 59 del CST, en cuanto al derecho a la intimidad.

De la nulidad por la violación de las normas en las que debía fundarse el acto administrativo

Esta causal ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Corporación como la contravención legal directa de la norma superior en el momento en el que es

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 3 de mayo de 2018. Rad. 05001 23 31 000 2008 00576

01.

expedido, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: a) falta de aplicación, b) aplicación indebida o c) interpretación errónea<sup>12</sup>.

La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, la analiza de forma diferente o no la aplica al caso. También se presenta cuando la autoridad examina la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve.

La aplicación indebida tiene lugar cuando las disposiciones jurídicas se emplean a pesar de no ser las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión, y puede originarse cuando la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma, por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra o cuando no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

La interpretación errónea ocurre cuando las disposiciones son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente y así las aplica, esto es, le asigna a la disposición un sentido o alcance que no le corresponde.

Presunción de legalidad de los actos administrativos

La presunción de legalidad, también denominada, de legitimidad, de validez o juridicidad<sup>13</sup>, es una característica o cualidad atribuida a los actos administrativos

-no así a hechos, operaciones o contratos-, según la cual, se presupone que estos son expedidos en estricto sometimiento de las normas vigentes. Para Dromi, «[...] es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico»<sup>14</sup>.

El efecto principal de dicha presunción es la inalterabilidad de la validez de los actos hasta que no exista un pronunciamiento anulatorio que emane de autoridad judicial competente, así como su obligatoriedad. Tomás-Ramón Fernández y Eduardo García de Enterría lo explican en los

siguientes términos:

«Se trata de una técnica formal para imponer el inmediato cumplimiento de las decisiones administrativas, consagrando una capacidad de autotutela de la Administración y dispensándola de la necesidad de obtenerla de los Tribunales, pero sin que ello suponga excluir la eventual intervención de éstos. Concretamente la “presunción de legalidad” del acto opera en tanto que los

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 27 de mayo de 1999. Rad. Int. 13644 y Sección Cuarta. Sentencia del 15 de marzo de 2012. Rad. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660).

<sup>13</sup> Quienes prefieren el uso de este término suelen argumentar que se ajusta de mejor manera a la construcción vigente del sistema de fuentes, pues sería ingenuo sostener que solo la Ley somete la administración, quien actúa conforme al reglamento, la Constitución, la jurisprudencia e, incluso, los principios generales del derecho. Sin embargo, se propone que la «presunción de legalidad» es un sintagma capaz de explicar con suficiencia la sujeción estatal al derecho, especialmente, considerando su relación con el principio de legalidad y las raíces históricas de ambas nociones. De allí que se trata de una diferenciación innecesaria.

<sup>14</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 225.

interesados no la destruyan, para lo cual tendrán que impugnarlo mediante las vías de los recursos disponibles y justificar que el acto, en realidad, no se ajusta a derecho»<sup>15</sup>.

Se comprende como una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario y que, más que un medio de prueba, supone una inversión de la carga de la prueba<sup>16</sup>. Lo cierto es que, sin entrar a considerar si la presunción de legalidad se inserta o no en una lógica probatoria, pues no se adapta a la estructura básica de las presunciones en la acepción procesal del término -hecho base, hecho presunto y juicio de probabilidad-, sí es claro que impone una carga argumentativa relevante para quien discute la legalidad de los actos administrativos, quien debe demostrar lógicamente la contradicción del acto con el ordenamiento o el desconocimiento de las reglas que orientan su expedición.

Así, de forma similar a como ocurre con la presunción de inocencia, quien alega la nulidad está obligado a demostrar con argumentos de hecho y, especialmente, de derecho, la existencia de un vicio invalidante del acto administrativo, conforme las causales de nulidad que prevé el CPACA. Esto implica identificar las disposiciones vulneradas y las razones de la transgresión, pues no basta con la enunciación genérica de las normas que se estiman ignoradas. Los cargos presentados por el demandante son el límite que debe observar el juez en su pronunciamiento, quien no está habilitado para declarar la nulidad de un acto oficiosamente.

Esta Sala ha atribuido el fundamento constitucional de la presunción de legalidad a los artículos 83 y 209 superiores<sup>17</sup>. El primero se refiere a la presunción de buena fe, tanto de las autoridades como de los particulares<sup>18</sup>. Su relación con la presunción de validez deviene del hecho de que, estando la administración sometida al principio de legalidad, y establecidos los procedimientos que median la manifestación de su voluntad por un tamiz de racionalidad, entonces, en principio, sus actuaciones deben tenerse como ajustadas a derecho, pues según la Carta Política se presume que el Estado acata el ordenamiento y los fines que este le impone<sup>19</sup>.

El segundo prevé los principios que rigen la función administrativa y, especialmente, la somete a

la obtención de un máximo fin constitucional: el interés general<sup>20</sup>. Como lo propuso la Corte Constitucional, la presunción de validez garantiza la capacidad

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo. 6ª ed. Madrid: EDITORIAL CIVITAS, S.A., 1993. p. 490.

<sup>16</sup> DROMI. Op. Cit., p. 226.

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 21 de marzo de 2024. Exp. 76001-23- 33-000-2020-00154-02 (4137-2021).

<sup>18</sup> Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

<sup>19</sup> En este sentido, Dromi plantea: «[...] Las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, fundamentan formalmente la presunción. Este argumento se impone indiscutidamente con la sanción de las leyes de procedimiento administrativo que regulan orgánicamente los procedimientos y requisitos del acto; en suma, el origen, preparación y emisión de la voluntad administrativa» (DROMI. Op. Cit., p. 225).

<sup>20</sup> Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. [...]

de respuesta del Estado para la satisfacción de las necesidades urgentes de la comunidad, lo que difícilmente se cumpliría si la legalidad de cada acto expedido pudiese ser cuestionada e inaplicada previo a pronunciamiento judicial<sup>21</sup>. En sentido similar, Jorge Héctor Escola propone:

«Por nuestra parte, pensamos que el verdadero y real fundamento de esa presunción reside en la existencia del interés público que está ínsito en todo acto administrativo y para cuya consecución éstos son dictados. Es ese interés público el que explica satisfactoriamente y justifica la presencia de un privilegio tan especial, que sólo cede cuando se ha demostrado, por vías legales previstas para ello, que un acto es ilegítimo.

Sin la presunción de legitimidad toda la actividad administrativa, por lo común legítima, podría verse cuestionada, lo que llevaría a una perniciosa paralización del accionar administrativo, impidiéndose de ese modo la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, que es el objeto propio del actuar de la administración pública»<sup>22</sup>.

De este modo, el interés general no es solo un fundamento sino un fin de la presunción. Este se materializa en «[...] certeza y estabilidad en el tráfico de relaciones jurídicas que emprende la administración con los administrados»<sup>23</sup>.

Derecho a la intimidad<sup>24</sup>

El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». En sentido similar, el artículo

17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques»<sup>25</sup>. Por su parte, el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reproduce esta redacción<sup>26</sup>. Además de estos instrumentos, el artículo 15 de la Constitución Política ordena:

<sup>21</sup> En palabras de la Corte Constitucional: «La necesidad de hacer prevalecer los intereses públicos o sociales sobre los intereses particulares y de responder en forma inmediata a la satisfacción de las necesidades urgentes de la comunidad, determina que los actos administrativos, una vez expedidos conforme a las formalidades jurídicas y puestos en conocimiento de los administrados, se presuman legales y tengan fuerza ejecutiva y ejecutoria, es decir, sean obligatorios para sus destinatarios y pueden ser realizados materialmente aun contra la voluntad de éstos» (Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell).

<sup>22</sup> ESCOLA, Jorge Héctor. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 151.

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-136 del 28 de marzo de 2019.

<sup>24</sup> Véase: Corte Constitucional, sentencias C-611 del 15 de diciembre de 1992, T-414 del 16 de junio de 1992, T-349 del 27 de agosto de 1993, T-210 del 27 de abril de 1994, C-489 del 2 de noviembre de 1995, T-696 del 5 de diciembre de 1996, C-489 del 26 de junio de 2002, T-729 del 5 de septiembre de 2002, C-1011 del 16 de octubre de 2008, C-540 del 12 de julio de 2012, Sentencia C-881 del 19 de noviembre de 2014, T-049 del 7 de marzo de 2023, C-030 del 8 de febrero de 2024.

<sup>25</sup> Aprobado por la ley 74 de 1968.

<sup>26</sup> Aprobado por la Ley 16 de 1972.

«Artículo 15. 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.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley» (énfasis fuera de texto)<sup>27</sup>.

De lo anterior se concluye que existen múltiples fuentes de derecho que garantizan el derecho a la intimidad en Colombia. Se trata de una garantía constitucional con un amplio desarrollo jurisprudencial. Poco después de la expedición de la Carta Política, la Corte Constitucional

precisó que este derecho resguarda el ser humano y su familia de las presiones y cargas inherentes a la vida en sociedad, presupuesto básico para el libre desarrollo de la personalidad<sup>28</sup>.

A su vez, diferenció dos dimensiones donde se proyecta este derecho: la primera, como secreto o prohibición para divulgar hechos o documentos privados y, la segunda, como libertad individual para tomar decisiones propias de la esfera privada de cada persona<sup>29</sup>. En pocas palabras, se trata de una protección jurídica de la vida privada de la intervención del Estado y los particulares que, aunque no solo se presume de la persona sino también de su familia, incluso en su interior conlleva el respeto de ciertos límites de lo estrictamente personal. Al respecto, la Corte ha sostenido:

«La persona no puede estar sujeta de modo permanente a la observación y a la injerencia de sus congéneres. Inclusive tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aún los más allegados, el respeto a su soledad en ciertos momentos, la inviolabilidad de sus documentos personales y de su correspondencia, así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que desea mantener en reserva. Si ello ocurre en el interior de la familia, dentro de la cual se presume que existe la máxima expresión de confianza, tanto más se explica y justifica éste (sic) derecho en cuanto alude a

<sup>27</sup> Esta norma tiene importantes antecedentes históricos. Entre los más inmediatos, el artículo 23 de la Constitución Política de 1886, que disponía: «Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes [...]»; al igual que el artículo 15 de la Constitución de 1863 que, entre otras libertades, garantizaba la inviolabilidad del domicilio y de los escritos privados.

<sup>28</sup> En palabras de la Corporación: «El derecho fundamental a la intimidad asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, ajeno a los otros, en el que puede resguardarse, aislándose del tumulto de la vida moderna, gozar del recogimiento necesario y proyectar tranquilamente su personalidad, alejado y libre de las intromisiones o contactos que el sistema social normalmente acarrea» (Corte Constitucional. Sentencia T-210 de 27 de abril de 1994).

<sup>29</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-489 del 2 de noviembre de 1995.

personas extrañas a esa unidad aunque sean conocidas o existan respecto de ellas relaciones de amistad, compañerismo, subordinación o superioridad y con mucho mayor fundamento si se trata de conglomerados, aunque sean reducidos (vgr. colegio, universidad, empresa, barrio) y con mayor razón frente a comunidades de grandes dimensiones (vgr. pueblo, departamento, país)»<sup>30</sup> (énfasis fuera de texto).

La Corporación también ha propuesto de forma enunciativa múltiples ámbitos para la garantía del derecho a la intimidad, a saber: las relaciones familiares, costumbres, prácticas sexuales, salud, domicilio, comunicaciones personales, espacios para la utilización de datos informáticos, creencias religiosas, secretos profesionales y, en general, todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros siempre que sea este individuo quien decida compartir la información al público como un ejercicio autónomo de su libertad. Igualmente, con el ánimo de sistematizar la dogmática sobre este asunto, consideró que la información que le atañe al individuo puede delimitarse en grados de reserva<sup>31</sup>.

El primero y más importante se relaciona con la intimidad connatural del ser en relación con su

medio, se refiere a la intimidad personal más profunda e individual e implica la garantía a ser dejado solo y permanecer en silencio. El segundo consiste en el secreto y la privacidad del núcleo familiar que, como se advirtió, también encuentra límites internos. El tercero se refiere a las relaciones de la persona con un entorno social determinado, como los escenarios académicos y laborales. Por último, enuncia la intimidad de la información que garantiza la libertad económica, que involucra la potestad de reservarse información personal para su explotación o lucro.

Lo anterior no supone que el derecho a la intimidad sea absoluto, pues bien puede restringirse cuando entra en conflicto con los derechos de terceros o el interés público, claro, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. También, se trata de un derecho renunciabile, pues cuando es el mismo individuo quien hace pública la información personal, le está vedado al Estado proponer algún tipo de restricción, pues esto supondría limitar otros derechos constitucionalmente protegidos. En palabras de la Corte: «El derecho a la intimidad se caracteriza por su carácter “disponible”, por lo cual con el transcurso de la vida corriente y como consecuencia de las relaciones interpersonales que la misma implica, el titular de esta garantía se vea impelido a sacrificarla en aras de dar prevalencia al orden social y al interés general o ante la concurrencia con otros derechos o principios» (énfasis fuera de texto)<sup>32</sup>.

Existen cinco principios que subyacen a la garantía del derecho a la intimidad<sup>33</sup>: (i) según el principio de libertad, «[...] los datos personales de un individuo, **sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información**, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-611 del 15 de diciembre de 1992. <sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-881 del 19 de noviembre de 2014. <sup>32</sup> Ídem.

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-787 del 18 de agosto de 2004.

contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas»<sup>34</sup> (énfasis fuera de texto); (ii) el principio de finalidad, según el cual, la recopilación y divulgación de datos debe tener un fin constitucionalmente legítimo; (iii) conforme al principio de necesidad, solo la información que tiene una relación estrecha con el fin constitucionalmente predispuesto es objeto de recolección y eventual divulgación;

el principio de veracidad implica que solo los datos veraces son objetos de divulgación y (v) el principio de integridad ordena que la información divulgada debe ser completa y no parcial, pues esta conduce a equívocos.

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el derecho a la intimidad y los contornos inevitables de su garantía. En sentencia del 27 de octubre de 2005, esta Sección lo calificó como un límite del Estado y los particulares para intervenir en la esfera de actividad privada del individuo y su familia, permitiendo el correcto y pacífico desarrollo del ser humano en sociedad, asignando ciertas obligaciones al Estado para que respete y haga respetar estos derechos<sup>35</sup>.

En otra oportunidad, la Sección Primera de la Corporación estudió la pretensión de nulidad respecto de múltiples actos administrativos expedidos por el Ministerio de Salud que, a juicio del demandante, obligaban al personal médico a diligenciar el

«Registro Individual de Atención» para el cobro de los honorarios por atención, donde se incluía información personal que los pacientes confiaban con ocasión de la atención médica, tales como identificación, ocupación, edad, sexo y diagnóstico.

La Sentencia negó la pretensión de nulidad, entre otros argumentos, porque los actos preveían medidas de protección de la información de los usuarios por parte de los funcionarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, obligados a reservar, custodiar y conservar la información so pena de responsabilidad penal y disciplinaria. Contrario a lo alegado, la Sección concluyó que con la recolección y tratamiento de la información se contribuía a la efectiva y oportuna prestación del servicio, consecuencias benéficas para la comunidad en general. En otros términos, que llevar el registro, en lugar de vulnerar el derecho de los usuarios del sistema, redundaba en un beneficio para estos. En la providencia se afirmó:

«De tal manera que el manejo por parte de las autoridades de la información que contiene datos relativos a la intimidad de personas, es permitido en al (sic) medida de que, igualmente, se disponga sobre las medidas de protección suficientes que eviten la violación de dicho derecho fundamental y, por lo tanto, la causación de perjuicios con el mal uso de la misma. Por ello, las Resoluciones demandadas, al contener las medidas mencionadas, no violan la Constitución, ni la ley, toda vez que, cumplidas las garantías, se establece lo necesario para la defensa de la vida privada del individuo y de su familia»<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 27 de octubre de 2005. Rad. 11001-03-25-000-2003- 00393-01 (4773-03).

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 4 de mayo de 2001. Rad. 11001-03-24-000-2000-6203- 01 (6.203).

En síntesis, el derecho a la intimidad, previsto en el artículo 15 superior y garantizado en múltiples instrumentos de derecho internacional, protege la esfera privada de las personas y sus familias, permitiendo que estas se aíslen de las inminentes cargas que supone la vida en sociedad. Es un derecho que asegura el cumplimiento de muchos otros, de basta relevancia para un Estado Social de Derecho garante de la libertad y la paz entre los ciudadanos.

#### Derecho al habeas data

En un principio, la jurisprudencia constitucional confundía el contenido del derecho a la intimidad y el derecho al habeas data. Por ejemplo, en la Sentencia T-414 de 1992 planteó que la protección del dato personal era un aspecto relacionado con el derecho a la intimidad, en cuanto es el individuo quien tiene la potestad de decidir sobre la divulgación de la información de su esfera privada. No obstante, hoy es pacífica la diferencia el núcleo esencial de uno y otro derecho, su naturaleza independiente y, en consecuencia, sus garantías específicas<sup>37</sup>. De hecho, puede concluirse que, del texto del artículo 15 de la Constitución Política se deriva el derecho a la intimidad, el derecho al habeas data y, además, el derecho al buen nombre<sup>38</sup>.

En Sentencia de Unificación de 1995<sup>39</sup>, la Corte Constitucional decidió el caso de un ciudadano que, moroso en el pago de una obligación crediticia, fue reportado en una central de riesgo e información crediticia. Por lo anterior, acudió al pago de la misma, pero el reporte negativo permaneció en la plataforma y afectó la posibilidad de continuar accediendo a créditos. El actor solicitó la protección de su derecho fundamental a la intimidad.

La Corporación inició el estudio del caso cuestionando la relación, existente o no, entre la atención de las obligaciones económicas para con las instituciones de crédito y el ámbito privado de la intimidad de las personas. Concluyó que, a diferencia de otros asuntos, como las ideas y creencias religiosas, la vida sexual o amorosa, los defectos o anomalías físicos, las comunicaciones privadas, entre otros, el comportamiento en materia crediticia es una información que no solo le compete al deudor sino también a los acreedores actuales o potenciales.

Luego de una caracterización y ponderación de los derechos a la información, el buen nombre y la igualdad -en relación con los deudores-, se unificó jurisprudencia en este asunto, de la siguiente forma: «En conclusión: mientras la información sobre un deudor sea veraz, es decir, verdadera y completa, no se puede afirmar que el suministrarla

<sup>37</sup> «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 diferentes reglas para resolver la eventual colisión con el derecho a la información» (Corte Constitucional. Sentencia T- 729 del 5 de septiembre de 2002).

<sup>38</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Rad. 25000-23-15-000-2011-00548- 00(AC)

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU del 1 de marzo de 1995.

a quienes tienen un interés legítimo en conocerla, vulnera el buen nombre del deudor. Si realmente éste tiene ese buen nombre, la información no hará sino reafirmarlo; y si no lo tiene, no podrá alegar que se le vulnera» (énfasis original).

La providencia permite diferenciar, con claridad, los derechos fundamentales enunciados en el artículo 15 superior. Mientras que el núcleo esencial del derecho a la intimidad «[...] presupone la existencia y goce de un espacio reservado para cada persona que se encuentra exento de la intervención o intromisión arbitraria del Estado y la sociedad. A lo anterior se debe agregar que el ámbito de este derecho depende de los límites que se impongan a los demás como exigencia básica de respeto y protección de la vida privada de una persona»<sup>40</sup>, el habeas data se construye sobre el concepto de

«autodeterminación informática», según el cual, la persona sobre la cual se refieren los datos tiene la facultad de autorizar su conservación, uso y circulación. A su vez, implica el derecho de la persona para conocer, actualizar, rectificar e incluir información<sup>41</sup>.

Posteriormente, la Corte precisó que la recolección de datos se circunscribe a la información estrictamente necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente válido. Así:

«Adicionalmente, al amparo de la Carta de 1991, no puede menos que sostenerse que todo dato debe recolectarse para una finalidad constitucionalmente legítima. Lo anterior significa, entre otras cosas, que no puede recolectarse información sobre datos “sensibles” como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación.

Igualmente, la información solicitada por el banco de datos, debe ser la estrictamente necesaria y útil, para alcanzar la finalidad constitucional perseguida. Por ello, los datos sólo pueden permanecer consignados en el archivo mientras se alcanzan los objetivos perseguidos. Una vez esto ocurra, deben desaparecer.

Por otra parte, los bancos de datos tienen la obligación de registrar información veraz e imparcial, completa y suficiente. En este sentido, como lo ha manifestado esta Corte, debe existir un celo extremo al incluir, en una base de datos destinada a ser conocida por terceros, apreciaciones subjetivas o juicios de valor sobre el sujeto concernido»<sup>42</sup>.

Más adelante, en la Sentencia T-729 de 2002, la Corte Constitucional delimitó el ámbito de operatividad del habeas data al «[...] objeto o la actividad de las entidades administradoras de bases de datos, las regulaciones internas, los mecanismos técnicos para la recopilación, procesamiento, almacenamiento, seguridad y divulgación de los datos personales y la reglamentación sobre usuarios de los servicios de las administradoras de

<sup>40</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-030 del 8 de febrero de 2024. Reitera lo previsto en la sentencia C-881 de 2014.

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU del 1 de marzo de 1995. Reiterado en: Corte Constitucional. Sentencia T-049 del 7 de marzo de 2023; Corte Constitucional. Sentencia C-540 del 12 de julio de 2012.

<sup>42</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-307 del 5 de mayo de 1999.

las bases de datos»<sup>43</sup>. Añadió que los procesos de administración de datos se informan por los principios de libertad, necesidad, veracidad, integridad, finalidad, incorporación, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad.

Los primeros cinco fueron explicados en el desarrollo propuesto sobre el derecho a la intimidad. Ahora bien: (i) el principio de incorporación supone que, cuando la inclusión de datos personales derive en alguna consecuencia positiva para el titular, entonces la administradora de aquellos está en la obligación de actuar en este sentido; (ii) el de utilidad implica que en ningún caso se puede divulgar datos que carezcan de un fin legítimo, claro o determinable; (iii) el principio de circulación restringida se relaciona estrechamente con la finalidad inherente de la base de datos pues, en virtud de este principio, los datos solo pueden usarse para aquello autorizado por el titular, objetivo de su recolección; (iv) el principio de caducidad conlleva que la información desfavorable de los titulares debe ser retirada en un término razonable y proporcional; (v) por último, el principio de individualidad exige que las administradora mantenga separadas las bases de datos.

En cuanto a la clasificación sobre los datos personales y su alcance, esta es: (i) la información pública o de dominio público es la que puede ser obtenida sin reserva alguna y que, por su naturaleza, conviene a la comunidad que sea de fácil acceso, como las providencias judiciales, los datos sobre el estado civil, entre otros; (ii) la información semi-privada se refiere a datos personales o impersonales que requieren de algún grado de limitación en cuanto a su acceso, incorporación a bases de datos y divulgación, como es la orden de autoridad judicial o administrativa; (iii) la información privada, aquella que se encuentra en el ámbito propio del sujeto concernido y a la que solo puede accederse mediante orden de autoridad judicial competente; y (iv) la información reservada o secreta contiene «[...] los datos que solo interesan a su titular, en razón a que están íntimamente vinculados con la protección de sus derechos

fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad y a la libertad. Entre estos datos se encuentran los asociados a la preferencia sexual de las personas, a su credo ideológico o político, a su información genética, a sus hábitos, entre otros»<sup>44</sup>.

#### Resolución del caso concreto

De la vulneración de los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012 - Estatutaria de habeas data

La validez del acto administrativo puede entenderse como la conformidad de la decisión administrativa con el ordenamiento jurídico, de manera que su elaboración, expedición y contenido se ajusten a las normas y principios que lo integran.

Los requisitos para que se predique este concepto son: i) que se haya dictado por autoridad competente; ii) que su contenido se ajuste a la Constitución y al

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-729 del 5 de septiembre de 2002.

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-729 del 5 de septiembre de 2002; Corte Constitucional. Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008; Corte Constitucional. Sentencia C-540 del 12 de julio de 2012.

ordenamiento jurídico vigente; iii) que su expedición se haya hecho de manera regular; iv) que los motivos que lo justifican resultan acordes con la realidad; y v) que el ejercicio de la atribución con base en la cual se profirió, satisfaga intereses públicos o los específicos a los que responde dicha competencia.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, las causales de nulidad operan en la etapa de formación del acto administrativo pues las hipótesis que la generan se encuentran ligadas a circunstancias, internas o externas, predicables del acto en el momento en que nace a la vida jurídica. Ello explica que el control respecto de su validez se deba realizar respecto de las normas jurídicas a las que debía someterse el acto y que tenían vigencia para la fecha de su expedición.

Así, el hecho de que los elementos de validez del acto administrativo se estudian conforme las normas jurídicas que estaban en rigor al proferirse, excluye la posibilidad de confrontarlo con disposiciones expedidas posteriormente, pues si el acto nace legalmente, es válido, sin que una normativa posterior pueda invalidarlo de forma retrospectiva, pero tal circunstancia sí puede llegar a afectar su eficacia a través de hipótesis de pérdida de fuerza ejecutoria como el decaimiento y la derogatoria.

El demandante cuestionó la validez de la Resolución 2646 de 2008 argumentando que esta infringe lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012; sin embargo, a la fecha de expedición del acto administrativo, esta Ley no se había proferido<sup>45</sup>. Por lo anterior, no prospera el cargo de nulidad.

De la vulneración del artículo 15 de la Constitución Política y el artículo 59 del CST

Adicionalmente, el demandante argumentó la vulneración del artículo 15 de la Constitución Política y el numeral 9 del artículo 59 del CST. La disposición inicial es el fundamento constitucional de los derechos a la intimidad, el buen nombre y el habeas data. La segunda prohíbe a los empleadores «Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad». A su juicio, los fragmentos enjuiciados

de los artículos 7 y 8 de la Resolución 2646 de 2008 permiten que los empleadores recolecten información de los empleados ajena al vínculo laboral, como la utilización de su tiempo libre y la vida en pareja, lo que supone una injerencia en su vida íntima.

Previo a pronunciarse sobre la prosperidad del cargo, es preciso revisar el contexto de los fragmentos cuestionados. Según el artículo 1 de la Resolución 2646 de 2008, esta tiene por objeto «[...] establecer disposiciones y definir las responsabilidades de los diferentes actores sociales en cuanto a la identificación, evaluación, prevención,

<sup>45</sup> De conformidad con el artículo 11 del Código Civil «[...] la ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación».

intervención y monitoreo permanente de la exposición a los factores de riesgo psicosocial en el trabajo, así como el estudio y determinación de origen de patologías presuntamente causadas por estrés ocupacional» (énfasis fuera de texto).

El tema central objeto de regulación son los factores de riesgo psicosocial en el trabajo y la distribución de responsabilidades para su contención. Igualmente, el artículo 2 prevé que la Resolución es de obligatoria observancia en el marco de relaciones laborales del sector público y privado, para trabajadores dependientes e independientes, incluso para los contratos civiles, comerciales o administrativos, entre otros.

El Capítulo II sobre «Identificación y evaluación de los factores psicosociales en el trabajo y sus efectos», define los factores psicosociales en el artículo 5 y en los subsiguientes distingue entre aquellos de origen intralaboral, extralaboral e individual, que deben identificar los empleadores con el fin de promover la salud y prevención. Los primeros -que no fueron objeto de reproche alguno en la demanda- versan sobre, por ejemplo, gestión organizacional, características de la organización del trabajo y del grupo social del trabajo, condiciones del medio ambiente, la jornada de trabajo, la carga física, entre otros. En cuanto a los segundos, el artículo 7 dispuso integralmente:

«Artículo 7°. Factores psicosociales extralaborales que deben evaluar los empleadores. Los empleadores deben contar como mínimo con la siguiente información sobre los factores extralaborales de sus trabajadores:

Utilización del tiempo libre: Hace referencia a las actividades realizadas por los trabajadores fuera del trabajo, en particular, oficios domésticos, recreación, deporte, educación y otros trabajos.

Tiempo de desplazamiento y medio de transporte utilizado para ir de la casa al trabajo y viceversa.

Pertenencia a redes de apoyo social: familia, grupos sociales, comunitarios o de salud.

Características de la vivienda: estrato, propia o alquilada, acceso a vías y servicios públicos.

Acceso a servicios de salud.

Parágrafo. Esta información puede ser recopilada a través de una encuesta y utilizada para el diseño de planes de intervención en aspectos psicosociales y de bienestar del trabajador» (Negrita en aparte demandado y cursiva énfasis fuera de texto).

De la redacción, se destaca que el inciso introductorio obliga los empleadores a caracterizar los empleados a través del acopio de dicha información y, según el párrafo, esta puede ser recolectada por medio de una encuesta y utilizada para diseñar planes de intervención para garantizar el bienestar de los empleados. En sentido similar, el artículo 8 preceptúa:

«Artículo 8°. Factores psicosociales individuales que deben ser identificados y evaluados por el empleador. Los empleadores deben contar, como mínimo, con la siguiente información sobre los factores psicosociales individuales de sus trabajadores:

Información sociodemográfica actualizada anualmente y discriminada de acuerdo al número de trabajadores. Esta información debe incluir datos sobre: sexo, edad, escolaridad, convivencia en pareja, número de personas a cargo, ocupación, área de trabajo, cargo, tiempo de antigüedad en el cargo.

Características de personalidad y estilos de afrontamiento mediante instrumentos psicométricos y clínicos aplicados por expertos.

Condiciones de salud evaluadas con los exámenes médicos ocupacionales del programa de salud ocupacional.

Parágrafo. Con base en la información de que trata el presente artículo, se debe realizar un análisis epidemiológico que permita determinar los perfiles de riesgo- protección por área de la empresa» (En negrita el aparte demandado y en cursiva énfasis fuera de texto).

Para la evaluación de estos factores, el artículo 9 de la Resolución dispone algunos criterios a tener en cuenta, como las condiciones de salud de los empleados, la ocurrencia de accidentes de trabajo, el ausentismo, la estadística de morbilidad y mortalidad por enfermedades profesionales, el rendimiento laboral, entre otros. El artículo 10 ordena que los factores sean evaluados objetiva y subjetivamente conforme a instrumentos que, para el efecto, hayan sido validados en el país. De otro lado, el artículo 11 se refiere a la reserva de la información en los siguientes términos:

«Artículo 11. Reserva de la información y de la evaluación. La información utilizada para la evaluación de factores psicosociales está sometida a reserva, conforme lo establece la Ley 1090 de 2006, en consecuencia, los expertos evaluadores deben garantizar por escrito el compromiso de usar la información obtenida, única y exclusivamente para los fines inherentes a la salud ocupacional.

La evaluación y el correspondiente informe sobre las condiciones de salud deben ir precedidos del consentimiento informado del trabajador» (énfasis fuera de texto).

Por último, en lo que respecta al Capítulo II, el artículo 12 establece que, una vez identificados los factores de riesgo psicosocial, estos se analizan y son objeto de seguimiento desde la perspectiva de la salud ocupacional con el fin de establecer la mejor ruta de intervención. En el mismo sentido, la información permanece actualizada y a disposición del Ministerio de Protección Social para su vigilancia y control. En cuanto a los capítulos III, IV y V, el primero establece criterios para intervenir, el segundo para identificar patologías presuntamente causadas por el estrés ocupacional y el último se refiere a sanciones por incumplimiento y vigencia de la Resolución.

Descrito el contenido del acto administrativo y los fragmentos demandados, la Sala advierte que el cargo de nulidad está debidamente fundado por las razones que a continuación se exponen.

La teleología de la Resolución es la definición de parámetros técnicos para la evaluación, prevención, monitoreo e intervención de los factores de riesgo psicosocial en el trabajo, en procura de la salud ocupacional de los empleados del país. Para tal fin, impone a los empleadores, a modo de obligación y so pena de sanciones por su incumplimiento, el deber de recolectar la información enunciada<sup>46</sup>. En este punto se resalta -nuevamente- la expresión del primer inciso del artículo 7 del acto demandado: «Los empleadores deben contar como mínimo con la siguiente información sobre los factores extralaborales de sus trabajadores: [...]».

Según el artículo 11 de la Resolución, la información que brindan los empleados para la evaluación de los factores psicosociales se encuentra sometida a reserva y, aún más importante, está precedida del consentimiento informado del trabajador. Por lo tanto, es este quien, consciente del uso y destinación de la información para la prevención e intervención de su salud ocupacional, decide si entrega o no la información requerida. En principio, esta norma procura que la recolección de los datos se ajuste a los preceptos constitucionales sobre el derecho a la intimidad y al habeas data; sin embargo, se trata de una legalidad aparente, como a continuación se expone.

Conforme el principio de finalidad o utilidad, asociado a los derechos a la intimidad y al habeas data, la recolección de la información o los datos debe sustentarse en un fin constitucionalmente admisible. En el caso concreto, se sostiene la recolección de la información con el ánimo de proteger a los empleados en lo relativo al desarrollo de enfermedades psicosociales en el trabajo. Así, está más que justificado en la Carta Política que sea el empleador el primer llamado a identificar, prevenir y tratar enfermedades de origen laboral. Por lo anterior, es lógico asumir que el acto demandado cumple con esta subregla.

No sucede lo mismo con el principio de necesidad, que también caracteriza a ambos derechos y, según el cual, la información recolectada corresponde única y exclusivamente a aquella que es indispensable para garantizar o cumplir con la finalidad constitucional plenamente identificada. En este sentido, aunque es admisible que los empleadores se ocupen de la identificación y tratamiento de determinados riesgos psicosociales ¿conocer sobre la vida en pareja y la utilización del tiempo libre es estrictamente necesario para cumplir con este propósito constitucional? Este cuestionamiento evidencia una tensión entre el objetivo de proteger a los trabajadores de factores de riesgo psicosocial y los medios para cumplir con el fin.

<sup>46</sup> Según el artículo 21, el incumplimiento de las reglas previstas en la Resolución da lugar a las sanciones previstas en los literales a) y c) del artículo 91 del Decreto-Ley 1295 de 1994.

Precisamente en este punto la Sala estima la ruptura entre el acto y el ordenamiento, especialmente por dos motivos. Primero, «la utilización del tiempo libre» y «la convivencia en pareja» son categorías de datos en las cuales se subsume mucha información privada. Piénsese en la orientación sexual, la religión, comunidades de interés, entre otros asuntos.

Esta información, que no encuentra ningún tipo de relación necesaria con el desempeño de las actividades propias del empleo, empodera a su administrador -el empleador- quien podría hacer un uso indebido de la misma, incurriendo en prácticas como la estigmatización o la discriminación.

Nótese que, estando en su poder, el empleador podría fundar decisiones discrecionales propias de la relación jerárquica en estos datos, sin explicitar los verdaderos móviles. Un ejemplo es el del empleador que asciende exclusivamente a los trabajadores que practican su credo religioso,

comparten sus afinidades deportivas o que, por el mero de hecho de conformar una familia, estiman más responsables y acertados que los demás. Este perfilamiento no es constitucionalmente admisible.

La jurisprudencia constitucional vigente al momento de expedir el acto administrativo ya distinguía la existencia de información reservada, entre la que se encuentran los «datos sensibles», como la ideología, la inclinación sexual y los hábitos de la persona, que se encuentran estrechamente relacionados con los derechos fundamentales del titular: la intimidad, la dignidad y la libertad. Sobre esta, y aunque tratándose del examen de casos concretos, estimaba que no era válida su recolección cuando ello condujera directa o indirectamente a una discriminación<sup>47</sup>.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 11 de la Resolución ordena la recolección de la información tomando como presupuesto el consentimiento informado del trabajador y el sometimiento de los datos a reserva, y que esto cumple de forma aparente con el carácter «disponible» del derecho a la intimidad o, dicho de otro modo, que el trabajador es quien decide si entrega o no la información, también es cierto que la realización de la encuesta se ejerce en el contexto de una marcada relación de subordinación.

Así, aunque pareciera que el trabajador decide -autónomamente- facilitar el cumplimiento de la finalidad -legítima- de prevenir los factores de riesgo psicosociales, su participación es un elemento indispensable para que el empleador cumpla con una obligación legal que le impone el ordenamiento y que está sujeta a sanciones.

De este modo, la negativa en la entrega de la información podría, entre otros asuntos, tensionar la relación empleado-trabajador que, por sí misma, es desigual.

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-729 del 5 de septiembre de 2002 y T-307 del 5 de mayo de 1999.

Producto de una discrepancia de este orden, las consecuencias negativas recaerían exclusivamente sobre una de las partes: el empleado. Esto, de fondo, conlleva una suerte de obligatoriedad, que no es explícita, que no está redactada en el acto administrativo, pero que no podría esta Sala dejar de lado en sus consideraciones.

En conclusión, los fragmentos acusados de ilegalidad vulneran el artículo 15 de la Constitución Política de 1991, especialmente, por la transgresión de los derechos fundamentales a la intimidad y al habeas data, allí positivizados. En consecuencia, se concederán las pretensiones de la demanda.

De la legitimación por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social

La Ley 1444 de 2011 escindió múltiples ministerios y asignó facultades extraordinarias al presidente de la República para modificar la estructura de la administración pública. Específicamente, el artículo 6 dispuso: «Escíndase del Ministerio de la Protección Social los objetivos y funciones asignados por las normas vigentes al Despacho del Viceministro de Salud y Bienestar, y los temas relacionados al mismo, así como las funciones asignadas al Viceministerio Técnico».

El artículo 7 ordenó que el Ministerio de Protección Social se denominaría Ministerio del Trabajo y continuaría cumpliendo los mismos objetivos y funciones, excepto por aquellas descritas en el artículo 6. En consecuencia, el artículo 9 creó el Ministerio de Salud y Protección

Social, asignándole las funciones escindidas.

Por otra parte, en ejercicio de las facultades otorgadas en los literales b) y c) del artículo 18 de la Ley ibidem, el Gobierno expidió los Decretos Ley 4107 y 4108 de 2011, distribuyendo las funciones de ambos Ministerios.

Verificado su contenido, la Sala observa que las consecuencias de su declaratoria de nulidad de la Resolución 2646 de 2008 competen exclusivamente al Ministerio de Trabajo, conforme a los artículos 2.10, 2.15 y 22.4 del Decreto 4108 de 2011. De allí que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Condena en costas

En consideración a que se trata de un medio de control de nulidad, en el que se ventila un asunto de interés público, no se impondrá condena en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA<sup>48</sup>.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

<sup>48</sup> «Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil».

FALLA

Primero. Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Segundo. Declarar la nulidad parcial de la Resolución 2646 de 2008 «Por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional». Específicamente, los siguientes fragmentos:

Del artículo 7, el literal b): «Utilización del tiempo libre: Hace referencia a las actividades realizadas por los trabajadores fuera del trabajo, en particular, oficios domésticos, recreación, deporte, educación y otros trabajos».

Del artículo 8, literal a), la expresión: «[...] convivencia en pareja [...]».

Tercero. Sin condena en costas.

Cuarto. Reconocer personería a los abogados Eleázar Falla López, identificado con cédula de ciudadanía 6.024.015 y portador de la tarjeta profesional 99.271 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del Ministerio de Trabajo; y Juan Camilo Escallón Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía 80.773.785 y portador de la tarjeta profesional 201.815 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del Ministerio de Salud y Protección Social (índices 20 y 21 de la plataforma Samai).

Cuarto. En firme esta decisión, por Secretaría de la Sección Segunda, háganse las anotaciones correspondientes y archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ**

Firmado electrónicamente

**LUIS EDUARDO MESA NIEVES**

Firmado electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Firmado electrónicamente



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

n.d.

Última actualización: 15 de octubre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.894 - 29 de septiembre de 2024)

