

**MEMORANDO**

DE: **FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

PARA: **YAQUELINE GARAY GUEVARA**
Directora Local de Educación Ciudad Bolívar.

ASUNTO: Respuesta a consulta I-2022-22939. Orientaciones para brindar respuesta a solicitud E-2022-38728. Requerimiento de coordinadores a docentes para crear grupos whatsapp con padres de familia de estudiantes.

Respetada directora:

De conformidad con su consulta del asunto, la Oficina Asesora Jurídica procederá a brindar respuesta, de acuerdo con sus funciones establecidas en los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Previamente le precisamos que, esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones ni tampoco establece responsabilidades, sino que emite conceptos jurídicos sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionado con el sector educativo.

Bajo ese entendido, su consulta ha sido sintetizada así:

1. Consulta.

- “1. Que la SED, me entregue la sustentación jurídica que le permite a los Colegios distritales exigir que los docentes tengan un dispositivo digital como el celular.*
- 2. Que la SED, me entregue la sustentación jurídica que le permite a los colegios distritales exigir la utilización de los dispositivos digitales personales de los docentes, para uso de comunicaciones oficiales o de cualquier índole, con los padres de familia.*

¹ “**Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica.** Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos.”

3. Que la secretaría de educación me entregue la sustentación jurídica que le permite a los colegios distritales a hacer caso omiso de la ley 2191 de 2022". (Sic).

A continuación, daremos unas orientaciones jurídicas generales respecto a las normas que regulan el tema consultado, las cuales usted como interesado podrá aplicar, de acuerdo con las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su caso concreto.

2. Marco Jurídico.

- 2.1. Constitución Política de 1991.
- 2.2. Ley 1266 de 2008 "Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones."
- 2.3. Ley 1581 de 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales."
- 2.4. Ley 2191 de 2022 "Por medio de la cual se regula la desconexión laboral – ley de desconexión laboral"
- 2.5. Decreto Nacional 1377 de 2013 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012", compilado en el Decreto Nacional 1074 de 2015.
- 2.6. Sentencias C-748 de 2011 y T-574 de 2017 proferidas por la Corte Constitucional.
- 2.7. Conceptos 163211 de 2020, 033421 de 2021 y 460951 de 2020 proferidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

3. Análisis.

Para responder las consultas se analizarán los siguientes temas: **i)** derecho de habeas data; **ii)** tratamiento de datos personales; **iii)** responsabilidades de los servidores públicos y **iv)** derecho a la desconexión laboral.

3.1. Derecho de habeas data.

La **Constitución Política** consagra en su artículo 15 el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, en los siguientes términos:

“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 (...).”

En lo atinente al derecho de habeas data, en sentencia **SU-082 de 1995**, la Corte Constitucional consideró que, su núcleo esencial se compone de *“la autodeterminación informática y la libertad”*, que

trae intrínseca la facultad del titular de los datos para conocer, actualizar, rectificar, eliminar y limitar la divulgación o acceso a los mismos².

Para una correcta interpretación de los derechos de los titulares de datos, así como de los derechos y deberes de quienes realizan tratamiento de ellos, es preciso acudir a las definiciones y clasificaciones previstas en el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, se sugiere revisar lo dispuesto en el artículo 3º de la **Ley 1266 de 2008** (datos personales –públicos, privados o semiprivados-); los artículos 5º y 10º de la **Ley 1581 de 2012** (datos sensibles y datos de niños, niñas y adolescentes), y el artículo 3º del **Decreto 1377 de 2013** (define dato público y dato sensible), compilado en el artículo 2.2.2.25.1.3. del **Decreto 1074 de 2015**.

Particularmente, en lo que concierne al objeto de la consulta, el literal c) del artículo 3 de la **Ley 1581 de 2012** define el dato personal como "*Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables*"; por tanto, el número de celular se considera un dato personal semiprivado.

3.2. Tratamiento de datos personales.

Según la normatividad vigente y los conceptos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, el tratamiento de datos se refiere a la posibilidad de utilizar, recolectar, almacenar, circular y suprimir los datos personales que se encuentren registrados en cualquier base de datos o archivos de entidades públicas o privadas y en cuyo procesamiento se utilicen medios tecnológicos o manuales.

El Tratamiento de datos personales "*sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento*", según lo dispuesto en el artículo 4º, literal c de la **Ley 1581 de 2012**.

El artículo 10 de la **Ley 1581 de 2012**, dispone que la autorización del titular para el tratamiento de datos personales no es necesaria en los siguientes casos: **a)** cuando se trate de información requerida por entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial; **b)** los datos sean de naturaleza pública; **c)** urgencia médica o sanitaria; **d)** tratamiento de información autorizado por ley para fines históricos, estadísticos o científicos; **e)** datos relacionados con el Registro Civil.

Respecto a la autorización, el **Decreto Nacional 1074 de 2015** señala:

"Artículo 2.2.2.25.2.2. Autorización. El Responsable del Tratamiento deberá adoptar procedimientos para solicitar, a más tardar en el momento de la recolección de sus datos, la autorización del Titular para el Tratamiento de los mismos e informarle los datos personales que serán recolectados así como todas las finalidades específicas del Tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento.

(...)

Artículo 2.2.2.25.2.4. Modo de obtener la autorización. Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012, los Responsables del Tratamiento de datos

² En ese sentido, ver también sentencia T-729 de 2002

personales establecerán mecanismos para obtener la autorización de los titulares o de quien se encuentre legitimado de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.25.4.1., del presente Decreto, que garanticen su consulta. Estos mecanismos podrán ser predeterminados a través de medios técnicos que faciliten al Titular su manifestación automatizada. Se entenderá que la autorización cumple con estos requisitos cuando se manifieste (i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. En ningún caso el silencio podrá asimilarse a una conducta inequívoca.”

En sentencia **C-748 de 2011**, al realizar control de constitucionalidad al proyecto que se convirtió en Ley 1581 de 2012, la Corte Constitucional determinó que no es necesaria la autorización del titular para el tratamiento de sus datos en los siguientes casos:

“(…) El artículo 10 del Proyecto de Ley bajo estudio señala las situaciones en las que no es necesaria la autorización, las cuales responden a la naturaleza misma del dato y al tipo de funciones que cumplen. Sin embargo, deben hacerse las siguientes precisiones:

En primer término, se señala que se prescindirá de la autorización cuando la información sea “requerida por una autoridad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial”. Sin embargo, considera la Sala que deben hacerse las mismas observaciones que las contenidas en la Sentencia C-1011 de 2008, al hacer el estudio del Proyecto de Ley Estatutaria de los datos financieros.

En relación, con las autoridades públicas o administrativas, señaló la Corporación que tal facultad “no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompañarse con la garantía irrestricta del derecho al hábeas data del titular de la información. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.

Para la Corte, esto se logra a través de dos condiciones: (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información, habida consideración que ese grupo de condiciones permite la protección adecuada del derecho.

En relación con el primero señaló la Corporación que “la modalidad de divulgación del dato personal prevista en el precepto analizado devendrá legítima, cuando la motivación de la solicitud de información esté basada en una clara y específica competencia funcional de la entidad.” Respecto a la segunda condición, la Corte estimó que una vez la entidad administrativa accede al dato personal adopta la posición jurídica de usuario dentro del proceso de administración de datos personales, lo que de forma lógica le impone el deber de garantizar los derechos fundamentales del titular de la información, previstos en la Constitución Política y en consecuencia deberán: “(i) guardar reserva de la información que les sea suministrada por los

operadores y utilizarla únicamente para los fines que justificaron la entrega, esto es, aquellos relacionados con la competencia funcional específica que motivó la solicitud de suministro del dato personal; (ii) informar a los titulares del dato el uso que le esté dando al mismo; (iii) conservar con las debidas seguridades la información recibida para impedir su deterioro, pérdida, alteración, uso no autorizado o fraudulento; y (iv) cumplir con las instrucciones que imparta la autoridad de control, en relación con el cumplimiento de la legislación estatutaria.” (...)” (Subrayado nuestro)

3.3. Política de tratamiento de datos personales – SED

En cumplimiento de la **Ley 1581 de 2012**, la Secretaría de Educación, en su calidad de responsable del tratamiento de datos personales recolectados en ejercicio de sus funciones, debe garantizar a los titulares el ejercicio del derecho de Hábeas Data, razón por la cual cuenta con una política que puede ser consultada en el siguiente link https://www.educacionbogota.edu.co/portal_institucional/sites/default/files/inline-files/Politica_Tratamiento_Datos_Personales_SED.pdf

A su vez, a través de la **Circular 021 de 2020**, la Secretaría de Educación emitió las directrices sobre el uso de imagen y tratamiento de los datos personales de la Entidad, estableciendo que debe efectuarse conforme a la regulación vigente en la materia.

3.4. Responsabilidades de los servidores públicos

Además de lo consagrado en las normas referidas en precedencia, de acuerdo con lo dispuesto en la **Ley 1952 de 2019** “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario (...)”, todo servidor público está en la obligación de “*cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial*”, “*custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso*” y “*cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes*”³.

Así las cosas, frente al incumplimiento de las normas sobre protección de datos, debe advertirse lo dispuesto en el artículo 23 de la **Ley 1581 de 2012**, y respecto al incumplimiento de los deberes asociados a las funciones propias del cargo, debe acatarse lo dispuesto en el artículo 46 y siguientes de la **Ley 1952 de 2019**.

Ahora bien, frente a la posibilidad de exigir a un funcionario público dar su número de teléfono, como dato personal semiprivado, y ser parte de grupos de trabajo en whatsapp, se ha pronunciado el Departamento Administrativo de la Función Pública en **Concepto 163211 de 2020** en el siguiente sentido:

“(…) uno de los mecanismos idóneos para estar en constante comunicación y contacto con la oficina durante el trabajo en casa, establecido por el gobierno nacional como medida para hacer frente a la pandemia del COVID-19, son los grupos de WhatsApp de trabajo creados por los jefes inmediatos justamente para impartir instrucciones de tipo laboral. Por lo cual, es necesario que el funcionario en cumplimiento de sus obligaciones se encuentre conectado a la

³ Numerales 3, 6 y 8 del artículo 38, respectivamente

oficina, dentro de los horarios laborales, en los medios que el jefe inmediato o la entidad establezcan para ello. En el caso en concreto, la aplicación WhatsApp fue la escogida por su jefe inmediato para mantener la comunicación con la oficina, por lo cual es obligatorio ser parte del grupo en cuestión (...). (Subrayado y resaltado nuestro).

Además de lo anterior, la misma autoridad consideró en **Concepto 033421 de 2021** y en el marco del trabajo en casa como medida para garantizar la prestación del servicio durante la emergencia sanitaria, que:

(...) el empleado público está en la obligación de garantizar un canal de comunicación constante con su jefe directo durante la jornada laboral. No solo porque, los numerales 1 y 11 del artículo 34 del Decreto 734 de 2002 estipulan que dentro de sus deberes el de cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. Así como el de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

Por lo cual, **es necesario que el funcionario en cumplimiento de sus obligaciones establezca un canal de comunicación con su grupo de trabajo y jefe inmediato, dentro de los horarios laborales, en los medios que el jefe inmediato o la entidad establezcan para ello. En el caso en concreto, la aplicación WhatsApp fue la escogida por su jefe inmediato para mantener la comunicación con la oficina, por lo cual es obligatorio ser parte del grupo en cuestión.** (Subrayado y resaltado nuestro).

Sin perjuicio de lo anterior, frente a la pregunta concreta de si debe el funcionario público adquirir un teléfono inteligente que no posee para mantener la comunicación con su jefe, también se pronunció el Departamento Administrativo de la Función Pública en **Concepto 460951 de 2020**, así:

“si el funcionario no posee un teléfono inteligente no está en la obligación de adquirir uno de estas características para mantener la comunicación con el jefe. Sin embargo, el empleado público está en la obligación de garantizar un canal de comunicación constante con su jefe directo durante la jornada laboral”. (Subrayado y resaltado nuestro).

3.5. Derecho a la desconexión laboral.

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, es necesario hacer alusión al derecho a la intimidad en el entorno laboral y el derecho a la desconexión laboral. Para el efecto, es pertinente acudir a lo establecido en sentencia **T-574 de 2017** por la Corte Constitucional, que en cita de la sentencia **T-768 de 2008** consideró:

“Al referirse al alcance del derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones laborales, aseguró que si bien en alguna medida tales relaciones pueden encontrarse comprendidas por el objeto de protección de dicho derecho, ello no implica que dicha protección sea equivalente a la que se ofrece en la residencia dado que en la esfera laboral las relaciones se proyectan más allá del individuo. En adición a ello, indicó que en los vínculos *“entre empleador y empleado, o entre compañeros de*

trabajo, debe distinguirse entre las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad por ocurrir en espacios que interesan exclusivamente al titular del derecho, con aquellas donde las actividades interesan a la relación laboral o empresarial”^[55].

(...)

54. En resumen, el derecho a la intimidad es una garantía constitucional que busca evitar la intervención de terceros en espacios que el individuo pretende resguardar de cualquier injerencia. No obstante, este derecho no es absoluto dado que, como lo ha indicado la jurisprudencia “*dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad*”^[56].

El lugar de trabajo, en principio espacio semiprivado, no goza del mismo nivel de protección que el domicilio, debido a que el grado de privacidad es menor en atención a que allí tienen lugar actuaciones con repercusiones sociales significativas”. (Subrayado nuestro)

Lo anterior, resulta aplicable en el marco de la jornada laboral y en ejercicio de funciones y actividades relacionadas con el cargo que desempeña el funcionario público. No obstante, una vez finalizada la jornada y en espacios que no son de trabajo, es menester dar aplicación total a lo consagrado en la **Ley 2191 de 2022**, aplicable a las relaciones legales y/o reglamentarias con el fin de garantizar el descanso, aprovechamiento del tiempo libre y situaciones administrativas que permiten al servidor separarse temporalmente del cargo.

La ley en comento define la desconexión laboral como el derecho de los trabajadores o servidores a no tener contacto por ningún medio o herramienta para cuestiones relacionadas con la actividad laboral por fuera de la jornada laboral⁴, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y sin perjuicio de las excepciones allí previstas, una de las cuales es “*situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, en los que se requiera cumplir deberes extra de colaboración con la empresa o institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles o de urgencia (...)*”⁵.

4. Respuesta a las inquietudes formuladas en la consulta.

“1. Que la SED, me entregue la sustentación jurídica que le permite a los Colegios distritales exigir que los docentes tengan un dispositivo digital como el celular.

Las normas referidas en el acápite 2 del presente concepto, denominado “marco jurídico”, señalan los fundamentos legales, jurisprudenciales y conceptuales sobre **(i)** tratamiento de datos personales semiprivados como el número de teléfono; **(ii)** la obligación de pertenecer a grupos de trabajo en whatsapp, si es el medio elegido por el jefe, y **(iii)** la imposibilidad de conminar al funcionario a adquirir con sus recursos un teléfono inteligente, sin perjuicio de la obligación que tiene de garantizar un canal de comunicación constante durante la jornada laboral.

2. Que la SED, me entregue la sustentación jurídica que le permite a los colegios distritales exigir la utilización de los dispositivos digitales personales de los docentes, para uso de comunicaciones oficiales o de cualquier índole, con los padres de familia.

⁴ Artículo 3

⁵ Numeral c del artículo 6.

El tratamiento de datos de los trabajadores como el número de teléfono personal y aquellos derivados de la participación en grupos de WhatsApp de índole laboral debe ajustarse a lo dispuesto para este tipo de información, según lo expuesto en este concepto, sin que ello implique en ningún caso una justificación para incumplir las obligaciones laborales exigibles dentro de su jornada laboral.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la Ley 1952 de 2019 contempla como deberes de los servidores custodiar y cuidar la información a su cargo, por un lado, y cumplir con eficiencia y diligencia el servicio encomendado y las disposiciones de sus superiores jerárquicos en el marco legal establecido.

3. Que la secretaría de educación me entregue la sustentación jurídica que le permite a los colegios distritales a hacer caso omiso de la ley 2191 de 2022". (Sic).

La Ley 2191 de 2022 contempla en su artículo 3º a quienes cobijan las medidas allí adoptadas, sin que señale en alguno de sus apartes excepción alguna frente a los servidores públicos vinculados al sector educación. Sin perjuicio de lo anterior, ésta como todas las normas debe interpretarse de manera armónica e interrelacionada con las demás disposiciones vigentes sobre jornada laboral.

En los anteriores términos damos respuesta a su solicitud, según lo dispuesto en el artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito siguiendo la ruta: https://educacionbogota.edu.co/portal_institucional/transparencia/conceptos-oficina-juridica.

Cordialmente,



FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: María Camila Cótamo Jaimes.- Abogada Oficina Asesora Jurídica.
Proyectó: Paula Andrea Ballesteros A. - Abogada Contratista Oficina Asesora Jurídica.