

OFICIO N° 000127 /

MAT.: Evacúa pronunciamiento a requerimiento de la Asociación Chilena de Telefonía Móvil A.G., sobre adecuación al ordenamiento jurídico de solicitud y tratamiento de datos personales efectuado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones.

ANT.: a) Solicitud de pronunciamiento del Consejo para la Transparencia presentada por ATELMO, con fecha 10 de diciembre de 2020; b) Oficio N°1182, de fecha 23 de diciembre de 2020, del Consejo para la Transparencia; c) Oficio N°903 / DJ-2 N°31, de fecha 19 de enero de 2021, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones; d) Presentación de ATELMO ante el Consejo para la Transparencia, de fecha 5 de marzo de 2021.

ADJ.: Resolución Exenta N°304, de 30 de noviembre de 2020, que aprueba el texto actualizado y refundido de las Recomendaciones del Consejo para la Transparencia sobre Protección de Datos Personales por parte de los Órganos de la Administración del Estado.

SANTIAGO, 30 ABR 2021

**A: SR. ALFIE ULLOA URRUTIA
PRESIDENTE EJECUTIVO
ASOCIACIÓN CHILENA DE TELEFONÍA MÓVIL A.G.**

**DE: DAVID IBACETA MEDINA
DIRECTOR GENERAL (S)
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**



RESUMEN EJECUTIVO

1. ATELMO requirió a este Consejo un pronunciamiento sobre: A) la adecuación al ordenamiento jurídico del tratamiento de datos personales que efectuará SUBTEL, en virtud de las disposiciones que establecen el Reglamento y la Norma Técnica que implementan la Ley N°21.046 sobre la obligación de una velocidad mínima garantizada de acceso a internet; y, B) las solicitudes que SUBTEL ha efectuado a las empresas de telecomunicaciones del país para que le entreguen datos personales de sus clientes con el objeto de llevar a cabo Encuestas de Satisfacción. Con fecha 23.12.20, se despachó Oficio N°1.182, a través del cual este Consejo solicitó a la SUBTEL información sobre las situaciones descritas por ATELMO, la cual dio respuesta mediante Oficio N°903 / DJ-2 N°31 de 19.01.21.
2. Respecto de A., de la revisión de los antecedentes, no se ha podido advertir la existencia de una base de legalidad que habilite a SUBTEL a hacer tratamiento, sin consentimiento de los titulares, de los datos personales y sensibles que serán recolectados por el Organismo Técnico Independiente, en los términos que actualmente disponen el Reglamento y la Norma Técnica de la Ley N°21.046.
3. A dicho respecto, y en conformidad con la reserva legal especial contenida en el artículo 19 N°4 de la CPR, se hace exigible el establecimiento de una base legal habilitante, además del debido cumplimiento de los principios rectores del tratamiento de datos personales, particularmente los principios de finalidad, proporcionalidad y de seguridad.
4. Por su parte, respecto de B., la realización de encuestas de satisfacción llevadas a cabo por SUBTEL se puede enmarcar en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley, principalmente aquellas referentes a “controlar y supervigilar el funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones”, “proteger los derechos de los usuarios”, y “adoptar decisiones de política pública en materia de telecomunicaciones”, lo cual de conformidad con el artículo 20 de la LPVP, implica concluir que SUBTEL cuenta con una base de legalidad habilitante para efectuar este tratamiento de datos, sin necesidad de obtener el consentimiento de los titulares de los mismos.
5. Sin perjuicio de esto, SUBTEL en calidad de responsable del banco de datos debe atender permanentemente a las obligaciones y principios en materia de tratamiento de datos personales, particularmente dar cumplimiento al principio de proporcionalidad y mínima recolección de datos o minimización, así como asegurar en las condiciones del mandato otorgado a la contratista, el debido resguardo de los datos personales.
6. Existe voto disidente del Consejero Francisco Leturia Infante, respecto de esta parte de este requerimiento.

1. Mediante presentación de 10 de diciembre de 2020, complementada por presentación de 5 de marzo de 2021, la Asociación Chilena de Telefonía Móvil A.G. (“ATELMO” o la “Asociación”), solicitó a este Consejo emitir pronunciamiento sobre el actuar de la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (la “SUBTEL” o la “Subsecretaría”; y el “MTT”), en lo que se refiere al tratamiento de datos personales en materia de telecomunicaciones y, particularmente, en lo atinente a:
 - a) Las disposiciones sobre tratamiento de datos personales y sensibles que establecen las normas que implementan la Ley N°21.046, que Establece la obligación de una velocidad mínima garantizada de acceso a internet (la “Ley N°21.046”), y que corresponden al Decreto Supremo N°150 de 28 de junio de 2019 del MTT, Reglamento que establece la organización, funcionamiento y mecanismo de licitación pública del Organismo Técnico Independiente de la Ley N°21.046 y regula las demás materias que indica (el “Reglamento”); y a la Resolución Exenta N°403, de 26 de febrero de 2021, de la SUBTEL que Deja sin efecto Resolución N°1251, de 29 de junio de 2020, y Fija norma técnica de la Ley N°21.046, que Establece la obligación de una velocidad mínima garantizada de acceso a Internet (la “Norma Técnica”); y
 - b) Las solicitudes que SUBTEL ha estado efectuando a las empresas de telecomunicaciones del país para que le entreguen datos personales de sus clientes con el objetivo de llevar a cabo la “Encuesta de Satisfacción de Usuarios con los Servicios de Telecomunicaciones” (la “Encuesta de Satisfacción”).
2. A juicio de la Asociación, las situaciones descritas son contrarias a las normas sobre tratamiento de datos personales en Chile, al configurar un tratamiento más allá de lo permitido por la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada (la “LPVP”).
3. En vista de lo anterior, esta Corporación solicitó antecedentes a la SUBTEL mediante Oficio N°1182, de fecha 23 de diciembre de 2020, acerca del cumplimiento de las disposiciones sobre tratamiento de datos personales contenidas en la LPVP, en relación con las situaciones descritas por ATELMO. Lo anterior, teniendo presente lo dispuesto en la letra m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública (la “Ley de Transparencia”), que establece como una de las funciones de este Consejo, velar por el adecuado cumplimiento de la LPVP por parte de los órganos de la Administración del Estado. En virtud del Oficio evacuado, la SUBTEL, por intermedio del Oficio N°903 / DJ-2 N°31, de fecha 19 de enero de 2021, entregó respuesta a lo requerido informando según se expresa en este pronunciamiento.
4. Con todo, se hace presente que, si bien la presentación de ATELMO hace referencia a la Resolución Exenta N°1251, de 29 de junio de 2020, que Fija norma técnica de la Ley N°21.046 que Establece la obligación de una velocidad mínima garantizada de acceso a Internet, en virtud de los principios de eficiencia y eficacia que debe observar la Administración del Estado, para efectos de este análisis se ha tomado en consideración la Resolución Exenta N°403, de 22 de febrero de 2021, que deja sin efecto la anterior y

fija Norma Técnica de la Ley N°21.046, que corresponde a la norma vigente a la fecha de este pronunciamiento.

El Consejo ha dividido este análisis en dos secciones, según se encuentran contenidas en la solicitud de pronunciamiento de ATELMO:

Capítulo I: Sobre el tratamiento de datos personales relativo al Reglamento y la Norma Técnica de la Ley N°21.046;

Capítulo II: Sobre las solicitudes de datos realizadas por SUBTEL a las empresas de telecomunicaciones para la realización de Encuestas de Satisfacción.

CAPITULO I

Sobre el tratamiento de datos personales relativo al Reglamento y la Norma Técnica de la Ley N°21.046.

1) RECLAMO DE ATELMO.

- a) **En relación con el tratamiento de datos personales recolectados por el Organismo Técnico Independiente (el "OTI") por parte de la SUBTEL y la base legal habilitante para ello**, ATELMO señaló que bajo el Reglamento y la Norma Técnica, SUBTEL realizaría un tratamiento de datos sensibles, sin la habilitación legal expresa requerida. A dicho respecto indicó que el tratamiento solo puede ser realizado en la forma y condiciones que determine la ley, estando sujeto su procesamiento a una reserva legal especial, en circunstancias que la Ley N°21.046 solo le otorga a SUBTEL la atribución de utilizar la información de las mediciones de calidad recopilada por la OTI para la elaboración de informes comparativos, la que solo permitiría que la SUBTEL acceda a la información en términos agregados, y solo respecto a las mediciones de calidad.
- b) **Respecto de los principios de finalidad, proporcionalidad, y seguridad**, ATELMO señaló, con respecto al primero, que SUBTEL utilizará los datos obtenidos por el OTI para, entre otros fines, la elaboración y publicación de informes comparativos, lo cual es ambiguo y puede llevar a que SUBTEL amplíe la finalidad del tratamiento. En cuanto al principio de proporcionalidad, no se entiende que, si la única facultad otorgada a la SUBTEL es la realización de informes comparativos, esta tenga, a nivel reglamentario acceso en línea y en tiempo real a todos los datos del OTI. Finalmente, respecto del principio de seguridad, ATELMO estima que el Reglamento y la Norma Técnica no establecen los estándares pertinentes de seguridad.

2) DESCARGOS DE SUBTEL.

- a) **En relación al tratamiento de datos personales recolectados por el OTI por parte de la SUBTEL y la base legal habilitante para ello**, SUBTEL señaló que el



tratamiento encuentra su base en el artículo 7 de la Ley N°18.168 General de Telecomunicaciones (la “LGT”), y el artículo 6, letra k), del Decreto Ley N°1.762 de 1977 del Ministerio de Transportes, que crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transporte y organiza la dirección superior de las telecomunicaciones del país (el “DL N°1.762”) vinculado con el artículo 37 de la LGT. Señaló también el artículo 28 bis de la LGT respecto a la obligación de la SUBTEL de tramitar reclamos. Sobre los datos ambientales, indicó que se justifica su recolección por el OTI, para una correcta medición de velocidad y para que el usuario tenga un mecanismo de reclamo. Indicó que la información de geolocalización y los datos ambientales del usuario son imprescindibles para la SUBTEL, a fin de resolver posibles reclamos. Por último, la recolección de datos se enmarcaría en el ejercicio de sus funciones de velar por el funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones; ejercer sus facultades fiscalizadoras; conocer reclamos; y proteger los derechos de los usuarios.

- b) **Tratándose de los principios de finalidad, proporcionalidad, y seguridad, y otros aspectos del tratamiento de datos**, SUBTEL señaló sobre el principio de finalidad que está determinado por las materias de su competencia y que, en este caso, corresponde al ejercicio de sus facultades de fiscalización y de resolución de reclamos. En cuanto al principio de proporcionalidad, indicó que los datos ambientales a los que accederá son datos imprescindibles para conseguir los fines que justifican su recolección. Y sobre el principio de seguridad, que se han dispuesto exigencias de confidencialidad y de seguridad en el Reglamento, las que se sumarían a las condiciones que deben establecerse en el contrato con el OTI.

Adicionalmente, SUBTEL señaló que no cuentan con un procedimiento para el ejercicio de los derechos de la LPVP, pero que, sin embargo, se encuentran trabajando en un protocolo a dichos efectos. Respecto de la comunicación de los datos a terceros, señaló que no existiría tal comunicación. En cuanto a los plazos de almacenamiento, SUBTEL se refirió al Reglamento que establece que el OTI deberá almacenar la información por 1 año en línea, y 5 años en otros medios. Finalmente, sobre el procedimiento de destrucción de los datos personales, se aplicarían las reglas generales, y se encuentran trabajando en un protocolo para la destrucción de datos.

3) **CONSIDERACIONES DE ESTE CONSEJO.**

- a) **En cuanto a la regulación del tratamiento de datos personales en Chile**, cabe señalar que la protección de datos personales es un derecho fundamental reconocido en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República (“CPR”), luego de ser incorporado el año 2018, y que estableció una reserva legal especial para regular su tratamiento y protección. A nivel legal, el tratamiento de datos personales está regulado por la LPVP, que es aplicable a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. La LPVP define los datos personales como los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. Esta norma define tratamiento de datos de forma amplia, lo que genera que, en principio, cualquier uso de un dato personal constituya una forma



de tratamiento regulada por esta ley. De acuerdo con su artículo 4, el tratamiento solo puede efectuarse cuando la misma LPVP u otras disposiciones legales lo autoricen, o cuando el titular consienta expresamente en ello. En el caso del tratamiento por organismos públicos, la LPVP establece una autorización genérica para tratar datos personales respecto de las materias de su competencia, sin el consentimiento del titular. Dichos tratamientos deben sujetarse a las reglas contenidas en la LPVP, tales como aquellas relativas a licitud, finalidad, confidencialidad y seguridad del tratamiento. Por último, la LPVP establece reglas específicas para los datos personales de carácter sensible, cuyo tratamiento solo puede realizarse autorizado por ley; con consentimiento del titular de datos; o cuando los datos sean necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

Por último, la LPVP establece reglas específicas para los datos personales de carácter sensible, cuyo tratamiento solo puede realizarse autorizado por ley; con consentimiento del titular de datos; o cuando los datos sean necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

- b) **La Ley N°21.046, el Reglamento, la Norma Técnica, y el tratamiento de datos personales que disponen.** El año 2017 se publicó la Ley N°21.046, que modifica la LGT, y que establece, respecto a los proveedores de acceso a Internet (los “ISP”), obligaciones sobre mediciones individuales de velocidad, y mediciones de nivel de calidad de servicio.

Respecto de las mediciones individuales, la referida ley establece la obligación de los ISP de garantizar un porcentaje de las velocidades promedio de acceso a internet.

Sobre las mediciones de nivel de calidad, dispuso la obligación de los ISP de cumplir con los niveles de calidad de servicio que establezca el MTT y la normativa técnica de SUBTEL. La ejecución de las mediciones de calidad se encarga al OTI, exclusivamente, una entidad constituida en Chile que será designada bajo licitación pública. Además, se establece en la ley que el “resultado de las mediciones de calidad”, podrá ser utilizado por la SUBTEL “entre otros fines, para la elaboración y publicación de informes comparativos que difundan dicho resultado a los usuarios”.

La Ley N°21.046 contempla la creación de un reglamento y una norma técnica. A raíz de esto, se publicó el **Reglamento de la Ley N°21.046**, que contiene las siguientes disposiciones vinculadas con la protección de datos personales:

- i. En el artículo 1 se establece que el **objeto del reglamento** es determinar la estructura del OTI para establecer la “disponibilidad y acceso en línea y en tiempo real de la información necesaria para el registro y cumplimiento de las funciones de la Subsecretaría”.

- ii. Sobre los **datos y registros que almacena el OTI**, el artículo 5 determina que éste debe mantener un registro histórico de las mediciones; llevar registros adicionales; y disponer de una base de datos histórica. El artículo 25 requiere a los ISP que entreguen al OTI acceso a sus sistemas de medición de tráfico en línea, a las capacidades instaladas y a las relaciones de interconexión entre sus nodos de acceso, agregación y de Core; incluyendo acceso en línea a la información de los suscriptores. Sobre el OTI, el artículo 6 señala que, en caso de que la información necesaria para la medición corresponda a datos personales de los usuarios individuales cuyo tratamiento sea indispensable, el OTI deberá recabar la autorización expresa del respectivo usuario. Agrega el artículo 7 que el OTI deberá someterse a lo dispuesto en la LPVP respecto de que la información que procese.
- iii. En lo que se refiere a entrega de datos desde el OTI a la SUBTEL, el artículo 5 establece la obligación del OTI de *“dar acceso en línea y en tiempo real a la Subsecretaría a todas las bases de datos e información de que disponga”, incluyendo “información, bases de datos, reportes de gestión y/o específicos por usuario u otros (...) en los plazos, periodicidad y con la desagregación”* que SUBTEL determine. Asimismo, se exige al OTI poner a disposición de SUBTEL los resultados de las mediciones realizadas; entregar y generar reportes; y hacer análisis y cruces de la información, conforme exija la norma técnica, las bases de licitación o las instrucciones de SUBTEL.

Además del Reglamento, la Ley N°21.046 también consideró la creación de una norma técnica, en virtud de lo cual la SUBTEL publicó la **Norma Técnica de la Ley N°21.046** que, en lo relativo al tratamiento de datos personales, estableció:

- i. Sobre los **datos y registros que almacena el OTI**, el artículo 10 y 12 establecen la obligación de almacenar todas las mediciones e informaciones de los usuarios individuales; y de registrar los valores obtenidos en las mediciones individuales y de calidad de red, aquellos datos ambientales¹ que define el Anexo 1, informaciones de las redes de los ISP, de usuarios y administrativos de su operación. Recabada la autorización que corresponda, deberá almacenar datos del dispositivo del usuario; datos del ISP; fecha y hora de la medición; identificador del nodo de acceso; datos de geolocalización; entre otros. El artículo 13 establece que el ISP deberá habilitar una funcionalidad en línea que permita al OTI informarse sobre la velocidad ofrecida a un usuario y a otra información que permita *“asociar las mediciones individuales con los datos ambientales y de red de los ISPs”*. El artículo 3 señala que los ISP deberán disponibilizar una aplicación, administrada y operada por el OTI, para que el usuario la instale en su equipo, y que permitirá realizar la

¹ El artículo 2 literal l) define los datos ambientales como *“aquellas informaciones relacionadas con el usuario y con las redes de los ISPs, que permiten la identificación y correlación de elementos para hacer un análisis de las condiciones y el contexto en que se realizan las mediciones”*. Los datos ambientales son especificados en el punto 2.3 del Anexo N°1 de la Norma Técnica que los define como *“información obtenida al momento de realizar cada una de las mediciones, permitiendo contextualizar cada una de las mediciones realizadas”* e incluye, entre otros, ID del usuario, IP del router del cliente, tráfico cruzado, ubicación geográfica con latitud, longitud, y altitud, y potencia de recepción.



medición de velocidad, debiendo informar al usuario sobre las condiciones de uso y el almacenamiento de aquella información necesaria para ejecutar las mediciones.

- ii. Sobre la **entrega de datos desde el OTI a la SUBTEL**, el artículo 24 especifica las obligaciones del Reglamento respecto del acceso en línea que debe proveer el OTI a la SUBTEL, incluyendo acceso a los repositorios de información; datos administrativos; mediciones individuales y de calidad; datos ambientales; y los parámetros almacenados. El acceso deberá realizarse a través de un software con visualización georreferenciada y vinculada a paneles con resúmenes agregados y desagregados por usuario. La Subsecretaría “siempre tendrá acceso en línea a toda la información de que disponga el OTI”. Por último, el artículo 25 establece que SUBTEL podrá utilizar los datos almacenados por el OTI *“para, entre otros fines, la elaboración y publicación de informes comparativos que difundan dichos resultados a los usuarios.”*
- c) **El tratamiento de datos personales bajo las normas objeto del reclamo.** Dado el análisis anterior, bajo la Ley N°21.046, el Reglamento y la Norma Técnica encontramos dos clases de actividades de tratamiento de datos personales:
- i. **Actividades de tratamiento de datos personales que deberá desarrollar el OTI en el cumplimiento de sus funciones**, que corresponden a información contenida en los sistemas de los ISP; la obtenida desde la aplicación o sistema de medición que deberán descargar los usuarios; y los datos de cada medición individual tales como datos ambientales. Si bien este tratamiento se desprende de las gestiones de medición, esto es confirmado por el Reglamento que le requiere al OTI obtener la autorización del usuario. Este tratamiento es relevante porque a estos datos son los que SUBTEL tendrá acceso ilimitado en línea y en tiempo real.
 - ii. **Actividades relacionadas con tratamiento de los datos personales almacenados por el OTI, por parte de la SUBTEL.** Este acceso será respecto de toda la información que disponga el OTI, en línea, en tiempo real, y mediante un software con visualización georreferenciada y resúmenes agregados y desagregados por usuario. Esta información no solo incluirá la del OTI, sino que también aquella que los ISP deben poner a disposición de éste. Entre los datos se incluyen datos personales recolectados de los usuarios de los ISP; todos los repositorios de información del OTI; las mediciones individuales y de calidad de red realizadas por el OTI; y los datos ambientales recolectados por el OTI.

En efecto, en el caso de SUBTEL el tratamiento se configura mediante el acceso a las bases de datos almacenadas por el OTI en ejercicio de sus funciones bajo la Ley N°21.046; así como las obligaciones del OTI de otorgar precisamente ese acceso a la SUBTEL.
 - iii. **Calidad de responsables del tratamiento.** De las normas en análisis, se desprende que tanto los ISP, como el OTI y la SUBTEL actuarán como responsables del banco de datos en conformidad con lo dispuesto en la LPVP

y, en consecuencia, requerirán -cada uno de ellos- de una base de legalidad que habilite el tratamiento que realicen.

d) **Los tipos de datos que serán tratados por la SUBTEL bajo el Reglamento y la Norma Técnica, serán datos personales y datos personales sensibles.** En el primer grupo, comprendemos toda aquella información concerniente a los usuarios personas naturales del servicio de acceso a internet, tales como número de teléfono, IMEI, IMSI, SimCard, entre otros. Por su parte, en el grupo de datos sensibles encontramos:

- i. **Datos relativos a los hábitos personales de los usuarios**, en cuanto se comprenden datos personales “dinámicos” o que van a ser actualizados de manera constante, y que, de su acumulación progresiva, en adición al aspecto específico al cual se refieren, se estima que permitirán identificar hábitos de uso o consumo de servicios de telecomunicaciones y otras actividades que forman parte de la vida privada de las personas. Como ejemplo de datos dinámicos encontramos los datos ambientales, los resultados de la medición, los datos de geolocalización, etc. Cabe destacar que la LPVP establece a los hábitos personales como datos sensibles sujetos a una regulación especial.
- ii. **Datos de geolocalización**, que son establecidos como parte de los datos que deben ser recolectados por el OTI. Este Consejo ya ha señalado, a través de su jurisprudencia, que los datos de geolocalización tienen el carácter de datos sensibles debido a que, a partir de ellos, se pueden determinar aspectos de la vida privada y hábitos personales del titular, lo cual va en línea con la definición no taxativa que contienen la LPVP para esta clase de datos.

4) **DECISIÓN DE ESTE CONSEJO SOBRE EL CAPÍTULO I**

Del análisis expuesto y de la revisión de las normas pertinentes, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, en la Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, en la Ley N°21.046, que establece la obligación de una velocidad mínima garantizada de acceso a internet y demás normas pertinentes, y en ejercicio de la atribución conferida en el literal m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, acordó en sesión ordinaria N°1.168, de fecha 25 de marzo de 2021, emitir el siguiente pronunciamiento:

- a) Según se observa de la Ley N°21.046, el ejercicio de las operaciones que ésta ordena a los ISP y el OTI implicará necesariamente el almacenamiento y uso de información relativa a los usuarios que han contratado con los ISP y cuyos servicios de acceso a internet son objeto de mediciones que llevará a cabo el OTI. Debido a que esta información concierne a personas naturales determinadas o determinables (por ejemplo, quién requiere la medición a través de la aplicación), ésta caerá bajo la categoría de datos personales, y, por lo tanto, cualquier operación respecto de

ellos constituirá un tratamiento de datos personales y, por ende, una actividad regulada en nuestro país.

- b) Luego, en lo que respecta a la base habilitante para que SUBTEL pueda llevar a efecto operaciones de tratamiento de datos personales, resulta necesario evaluar si ésta se encuentra autorizada legalmente para efectuar el tratamiento de los datos personales y sensibles que sean almacenados por el OTI. De esta manera, y en virtud de la reserva legal especial del artículo 19 N°4 de la CPR, es preciso revisar si existe norma de rango legal que autorice el tratamiento de datos personales que pretende SUBTEL bajo los cuerpos normativos analizados y que permitan el tratamiento sin necesidad de obtener el consentimiento del titular.
- c) A dicho respecto, y de la revisión y análisis efectuado por este Consejo, se puede advertir que **no es posible encontrar en la Ley N°21.046 regla alguna que autorice o que se refiera a la realización de un tratamiento de datos personales por parte de SUBTEL. Por su parte, tampoco es posible advertir que el cumplimiento de sus disposiciones implique y requiera necesariamente del tratamiento de datos personales y sensibles por parte de SUBTEL, a diferencia de lo que ocurriría respecto de las gestiones que debe realizar el OTI como encargado de las mediciones, el que en todo caso y conforme al artículo 6 del Reglamento antes referido debe recabar el consentimiento o autorización expresa de los usuarios respectivos en caso de que la información necesaria para la medición corresponda a datos personales de los usuarios individuales cuyo tratamiento sea indispensable.**

La única regla que, aunque interpretándola extensivamente, eventualmente se podría estimar que permite cierto tratamiento es aquella contenida en el inciso séptimo del artículo 24, letra k), de LGT, que establece la facultad de SUBTEL de utilizar los resultados de las mediciones de calidad. **Sin embargo, dicha regla es acotada en su ámbito de aplicación toda vez que señala expresamente que será el “resultado de las mediciones efectuadas por el organismo técnico independiente al servicio prestado por los proveedores de acceso a Internet” el que “será utilizado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, entre otros fines, para la elaboración y publicación de informes comparativos que difundan dicho resultado a los usuarios”.** De esta manera, **entender que legislador mediante esa mención genérica ha querido extenderse al tratamiento de todos los datos personales y sensibles recolectados por el OTI, resulta contrario a la reserva legal de la CPR por cuanto no corresponde a una autorización expresa, ni tampoco se observa que dicho tratamiento sea imprescindible para el ejercicio de la función legal.**

Por último, de la revisión de la historia de la Ley N°21.046 tampoco es posible desprender que el legislador haya considerado el tratamiento de datos personales por parte SUBTEL al incorporar una autorización para la utilización de estos resultados.

- d) **Ahora bien, después de analizada la Ley N°21.046, corresponde evaluar si la base habilitante del tratamiento de datos de SUBTEL es posible encontrarla en otra norma de rango legal.**
- e) A este respecto, en su presentación, SUBTEL argumenta que la recolección de datos desde el OTI se enmarcaría en el ejercicio de sus funciones relativas a velar por el



funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones; ejercer sus facultades fiscalizadoras; conocer reclamos; proteger los derechos de los usuarios; y ejercer facultades sancionatorias. En este contexto, estima que las bases de legalidad se encontrarían en el artículo 7 de la LGT; el artículo 6 letra k) del DL N°1.762 vinculado con el artículo 37 inciso segundo de la LGT; y el artículo 28 bis de la LGT.

SUBTEL también manifestó que la autorización que el Reglamento y la Norma Técnica requieren al OTI obtener para el tratamiento de los datos personales de los usuarios, incluiría una autorización para el tratamiento de SUBTEL. Sin embargo, no se ha remitido copia de esta autorización; este punto no se fundamenta en la presentación; ni tampoco es posible observarlo de tales normativas, las cuales requieren al OTI recabar la autorización para su tratamiento, mas no para el de SUBTEL.

- f) Sin embargo, de la revisión de las normas individualizadas por SUBTEL no ha sido posible encontrar una disposición expresa que habilite el tratamiento de datos personales y sensibles por parte de SUBTEL, que pueda aplicarse al tratamiento establecido en el Reglamento y la Norma Técnica. Luego, tampoco ha sido posible desprender que el ejercicio de las facultades generales mencionadas por SUBTEL, como las relativas a “proteger los derechos de los usuarios” o “conocer de los reclamos de los usuarios” requieren, en el contexto de la Ley N°21.046, necesaria e ineludiblemente del tratamiento de los datos personales y sensibles almacenados por el OTI, más aún cuando se plantea que este tratamiento se realizaría de forma “anticipada” o “eventual” para el ejercicio de tales facultades por la posible existencia de reclamos de los titulares o de incumplimientos de los ISP.
- g) **De lo anterior, se tiene que la existencia del tratamiento de datos es únicamente confirmada por el Reglamento y la Norma Técnica, que no solo incorporan normas que involucran el tratamiento por parte de los ISP y el OTI, sino que también establecen normas que implican el tratamiento de estos datos por parte de SUBTEL.**
- h) A mayor abundamiento, SUBTEL ha aducido que los datos recopilados por el OTI son datos “anonimizados” y que, a esa clase de datos sería a la que SUBTEL tendría acceso. Sin embargo, esta afirmación carece de fundamento, toda vez que las normas revisadas dan cuenta de actividades que conllevarán el tratamiento de datos personales por parte del OTI, y que, bajo esa consideración, precisamente se han establecido obligaciones que se refieren a esa situación, como son aquellas que requieren al OTI solicitar al usuario su autorización para el tratamiento.

Por el contrario, cabe advertir que el tratamiento pretendido por SUBTEL bajo el Reglamento y la Norma Técnica es uno de características particulares cuyo riesgo de afectación a la garantía de protección de datos personales y a la protección de la vida privada es relevante, al ser un tratamiento que:

- i. Involucra datos personales y sensibles que, por definición, están sujetos a un estándar de protección mayor bajo la LPDP.
- ii. Su finalidad no está expresamente indicada en la Ley N°21.046, ni en las normas infralegales complementarias (Reglamento y Norma Técnica).

- iii. Contempla un volumen relevante de datos personales y sensibles (todos los datos recolectados por el OTI, incluyendo datos ambientales).
 - iv. Es permanente y que no tiene límites de acceso (“en línea” y “tiempo real”).
 - v. Tampoco tiene límites en cuanto al tiempo del tratamiento pues, como afirmó SUBTEL, no existen protocolos relativos a su duración o a la eliminación de los datos recolectados cuando ya no exista justificación en el almacenamiento.
 - vi. No estaría resguardado por medidas técnicas y organizativas particulares de seguridad en cuanto todas las obligaciones respectivas estarían dispuestas únicamente para el OTI, y no para SUBTEL.
 - vii. Fue íntegramente establecido y regulado por la autoridad administrativa en base a normas que no tienen rango legal como requiere la CPR, en su artículo 19 N°4.
- i) Por último, es importante referirse a la jurisprudencia administrativa y judicial citada por SUBTEL, y la razón de que sus fundamentos no sean útiles para abonar su posición de que, bajo las facultades ya señaladas, se configuraría una base de legalidad habilitante para el tratamiento:
- i. Los dictámenes de la Contraloría General de la República N°29.031 de 2008, N°1.780 de 2013 y N°78.107 de 2015 citados por SUBTEL corresponden a pronunciamientos esgrimidos antes del reconocimiento expreso de la protección de los datos personales dentro del art. 19 N°4 de la CPR el año 2018 y, por lo tanto, anteriores a la reserva legal especial; y se refieren a casos de tratamiento diametralmente diferentes al establecido por el Reglamento y la Norma Técnica.
 - ii. A su vez, las sentencias de la Corte Suprema en causas rol N°14.607 y N°14.609, ambas del año 2019, corresponden a sentencias que no se refieren en ningún punto a la base de legalidad que habilita a SUBTEL o al MTT para hacer tratamiento de datos personales.
- j) **En virtud de lo previamente expuesto, se puede observar que ni la LGT, ni el DL N°1.762, ni la Ley N°21.046, establecen una base de legalidad que habilite a la SUBTEL el tratamiento de datos personales pretendido bajo el Reglamento y la Norma Técnica, sin el consentimiento del titular de datos personales. De esta manera, el tratamiento de datos personales y sensibles que la SUBTEL pretende efectuar una vez en operación el sistema, de aquellos datos de los usuarios de los servicios de acceso a internet recolectados por el OTI, lo realizará solo en virtud de las disposiciones establecidas en el Reglamento y la Norma Técnica, las que, conforme lo dispuesto en la LPVP y en la CPR -particularmente en lo referido a la garantía de protección de datos personales establecida en el artículo 19 N°4 de la CPR-, no constituyen bases de legalidad que habiliten a dicha Subsecretaría a realizar ese tratamiento de datos personales.**
- k) Dado lo anterior, y mientras SUBTEL no cuente con una norma de rango legal que lo habilite para hacer el tratamiento de los datos ya referidos, se sugiere que

SUBTEL establezca los mecanismos necesarios para operar en virtud del consentimiento del titular, en conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de la LPVP.

A dicho respecto, esta Corporación propone evaluar -en conjunto con el OTI- la inclusión de una autorización de tratamiento de datos en la política de tratamiento de datos que sea presentada al usuario de la aplicación que sea puesta a disposición por los ISP para la medición de velocidad, la que deberá ser distinta de aquella que sea presentada para autorizar el tratamiento del OTI y los ISP, y deberá cumplir los requisitos establecidos en la LPVP, particularmente en su artículo 4 en lo que se refiere a los propósitos del tratamiento y su posible comunicación al público. Es importante que SUBTEL otorgue claridad a los titulares respecto de la base de legalidad que está habilitando este tratamiento.

Además, el referido tratamiento de datos deberá efectuarse dando debido cumplimiento a los principios rectores del tratamiento de datos personales, particularmente los principios de proporcionalidad y de seguridad.

- l) Asimismo, dado que SUBTEL informó que se encuentra trabajando en protocolos que aborden un procedimiento para el ejercicio de los derechos reconocidos en la LPVP; y medidas de resguardo y destrucción de datos, se sugiere que SUBTEL trabaje e implemente estos protocolos tomando en cuenta lo expuesto en este pronunciamiento, así como lo establecido en las Recomendaciones del Consejo para la Transparencia sobre Protección de Datos Personales, por parte de los Órganos de la Administración del Estado, cuyo texto actualizado y refundido fue aprobado por Resolución Exenta N°304, de 30 de noviembre de 2020, publicadas en el Diario Oficial con fecha 7 de diciembre de 2020 (en adelante, las “Recomendaciones del CPLT”). En relación con los plazos de almacenamiento, SUBTEL deberá revisar los plazos respecto de los que mantendrá en su poder los datos que recabe desde el OTI, pudiendo incorporar dichas definiciones en los protocolos que se encuentra elaborando.
- m) Por otra parte, y **sin perjuicio de no advertirse la existencia de una base habilitante para el tratamiento de datos personales por parte de SUBTEL, dado que forma parte de las alegaciones de ATELMO y de los descargos de la Subsecretaría, este Consejo se referirá brevemente al cumplimiento por parte de esta última de los principios de finalidad, proporcionalidad y seguridad.**
- n) El **principio de finalidad** dispone que el tratamiento debe circunscribirse a los fines para los cuales hubieran sido recolectados los datos. Sobre los órganos públicos se entiende que este principio operaría en atención a aquella función legal que el órgano esté ejerciendo. En este caso, los fundamentos del tratamiento tienen un objetivo dispuesto por la Ley N°21.046, cuyo contenido conduciría la finalidad respectiva. Por su parte, SUBTEL ha señalado que las funciones legales que ejercería respecto de los datos se relacionan con el ejercicio de sus facultades de fiscalización, sanción y resolución de reclamos los usuarios, en conexión con los incumplimientos que los ISP incurran. Limitándonos a este orden de cosas, no se advertiría por ahora una inobservancia de este principio.

- o) El **principio de proporcionalidad** establece que solo pueden tratarse aquellos datos necesarios para conseguir los fines que justifican su recolección. Del análisis realizado, existen antecedentes que darían cuenta de una posible inobservancia de este principio, en cuanto SUBTEL no justificó la pertinencia de los datos que serán tratados para alcanzar los fines indicados; solo mencionó los datos ambientales al referirse a este principio; indicó que el Reglamento establece limitaciones sobre el tratamiento asociados a que la información debe ser indispensable para ejecutar las mediciones; y que se debe recabar la autorización de los usuarios. No obstante, estas son limitaciones requeridas solo para el OTI, mas no para SUBTEL; y, por último, señaló que los datos de geolocalización a los que tendrá acceso es información que “no es relevante” para la Subsecretaría. En ese contexto, no ha sido posible apreciar suficiente justificación sobre la necesidad del almacenamiento y tratamiento de los datos personales y sensibles ya individualizados que realizará SUBTEL, ni tampoco la necesidad de que tal información deba ser puesta a disposición, por parte del OTI, de forma permanente, en tiempo real, y en línea.
- p) En relación con el **principio de seguridad**, bajo la LPVP, los responsables de datos tienen el deber de “cuidar los datos la debida diligencia”. SUBTEL, en tanto responsable, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos personales que trate. Del análisis efectuado, se observan diversas medidas de seguridad que deberá aplicar el OTI. No obstante, tales obligaciones están establecidas para el OTI y no para SUBTEL, por lo que cabe concluir que ni el Reglamento ni la Norma Técnica establecen medidas de seguridad para el tratamiento que realice este organismo. Por su parte, la presentación de SUBTEL tampoco hace referencia a las medidas de seguridad. La ausencia de información sobre las medidas de seguridad adoptadas por SUBTEL para el tratamiento de datos y el análisis de riesgos que las justifican, en adición al hecho que el tratamiento pretendido se basará en sistemas tecnológicos disponibles en línea y tiempo real, dan cuenta de una potencial infracción al principio de seguridad y las normas sobre la materia dispuestas en ese mismo cuerpo normativo, y en otros sobre seguridad de la información, como el Decreto N°83 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que Aprueba norma técnica para los órganos de la administración del Estado sobre seguridad y confidencialidad de los documentos electrónicos (“Decreto N°83”).
- q) Finalmente, se deja constancia que estos antecedentes serán remitidos a la Contraloría General de la República, para los fines que dicho órgano contralor estime pertinentes.

CAPITULO II

Sobre las solicitudes de datos realizadas por SUBTEL a las empresas de telecomunicaciones para la realización de las Encuestas de Satisfacción.

1) RECLAMO DE ATELMO.

- a) **En relación con el tratamiento de datos personales requeridos por SUBTEL para realizar las Encuestas de Satisfacción y la base legal habilitante para ello,** ATELMO indicó que es práctica de SUBTEL oficiar a las empresas de telecomunicaciones para requerir datos personales de sus abonados y luego cederlos a empresas de marketing con el fin de realizar encuestas respecto de los servicios de telefonía móvil, internet móvil y residencial, y televisión de pago. SUBTEL, en lugar de limitar la solicitud a los datos necesarios, solicita el universo total de clientes, entre los que se encuentran números de teléfono; tipo de plan e información sobre éste; tráfico de voz; tráfico de datos; comuna de domicilio; y región de domicilio.

A juicio de ATELMO, SUBTEL ha calificado erróneamente esta información como de “carácter estadístico”, cuando en realidad corresponden a datos personales que requieren de una habilitación legal explícita para su tratamiento. Teniendo en cuenta lo anterior, SUBTEL ha señalado que la LGT y el DL N°1.762 habilitarían el tratamiento, cuestión que ATELMO rechaza pues en esas normas no existirá habilitación al tratamiento de datos personales en el contexto de realización de Encuestas de Satisfacción, como tampoco autorización para cederlos a un tercero. Concluye señalado que tampoco aplicarían los requisitos para estimar al artículo 20 de la LPVP como causal de habilitación, por cuanto requiere que se traten de materias de competencia directa del organismo, no competencias indirectas, más aún cuando los datos se recolectan con el objeto de cederlos a un tercero.

- b) **Tratándose de los principios de finalidad y proporcionalidad,** ATELMO señala, respecto al primero, que SUBTEL requiere utilizar los datos para los fines que fueron recolectados por los ISP, o sea, la prestación de servicios de telecomunicaciones. De esta forma, no estaría contemplada la realización de encuestas como una finalidad válida. Bajo el principio de proporcionalidad, los datos personales que se recolectan deben limitarse a aquellos necesarios en atención a los fines. En el caso de SUBTEL, su solicitud de datos vulneraría este principio pues no es comprensible que requiera los datos personales de la totalidad de clientes de las empresas para la realización de una muestra estadística que luego servirá para la ejecución de una encuesta. La solicitud comprendería la totalidad de los números de teléfono de usuarios activos.

2) DESCARGOS DE SUBTEL.

- a) **En relación con el tratamiento de datos personales requeridos por SUBTEL para realizar las Encuestas de Satisfacción y la base legal habilitante para ello,** SUBTEL señala que la base que habilita el tratamiento es la del artículo 20 de la

LPVP. Agregó que no existe una habilitación expresa para tratar datos personales con el fin de realizar encuestas, sin embargo, ella emanaría de las atribuciones y funciones que le ha encomendado el ordenamiento. Las funciones específicas que está ejerciendo son las de velar por el cumplimiento de las leyes y normativa sectorial, y proteger los derechos de los usuarios, siendo la competencia específica la del artículo, 6 letra k), del DL N°1.762; en conexión con los artículos 4 y 6 del DL N°1.762; y los artículos 7, 31 bis, y 36 de la LGT.

- b) **Refiriéndose a los principios de finalidad, proporcionalidad, y seguridad, y otros aspectos del tratamiento de datos**, SUBTEL señaló sobre el primero que la encuesta constituye un instrumento destinado a conocer la opinión de la ciudadanía, siendo un insumo para vigilar el funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones; proteger los derechos de los usuarios; adoptar decisiones de política pública; y orientar la labor fiscalizadora de SUBTEL. Indica que los datos personales recabados solo son utilizados para la encuesta. En cuanto al principio de proporcionalidad, la información requerida es la estrictamente necesaria para desarrollar la encuesta. Sobre el principio de seguridad, señaló que los datos solo pueden ser accedidos por personal autorizado de la División de Fiscalización, y los archivos utilizados anteriormente han sido destruidos. Los datos también son protegidos por las cláusulas contractuales que se establecen con el contratista que lleva a cabo la Encuesta de Satisfacción. Sobre aspectos adicionales, SUBTEL indicó que los datos no son divulgados, y que el contratista tiene prohibido hacerlo sin el consentimiento de SUBTEL. Sobre los plazos de almacenamiento, SUBTEL se refirió al acuerdo de confidencialidad suscrito con el contratista, y al hecho que los datos deben ser devueltos y destruidos, lo que estaría cumplido. Sobre el procedimiento de destrucción de los datos, indicó que se han adoptado las medidas necesarias, y que se encuentran trabajando en un protocolo.

3) CONSIDERACIONES DE ESTE CONSEJO.

- a) **El tratamiento de datos personales de SUBTEL, con ocasión de las solicitudes de información a las empresas de telecomunicaciones.** Según se ha informado, la realización Encuesta de Satisfacción partió el año 2006 y ha ido mutando en sus modalidades y características. SUBTEL, al menos desde el 2011, ha requerido a las concesionarias -respecto de clientes personas naturales- datos tales como número telefónico, tipo de plan, y comuna y región del suscriptor. Bajo la regulación para el tratamiento de datos en Chile, la información recolectada para la realización de las Encuestas de Satisfacción constituiría datos personales cuyos titulares son los clientes de las concesionarias, al ser información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. De esta forma, cualquier operación respecto de estos datos constituye un tratamiento de datos y una actividad regulada en Chile.

Dentro de las actividades de tratamiento realizadas por SUBTEL, se pueden identificar tres:

- i. **Actividades de recolección de datos personales desde las concesionarias que son oficiadas por SUBTEL**, y que corresponderían a los datos personales de los clientes personas naturales de los servicios de telefonía móvil, internet móvil, televisión de pago, e internet residencial. Los datos específicos fueron indicados anteriormente e incluyen, entre otros, teléfono móvil y tipo de plan contratado.
- ii. **Actividades de comunicación -de los datos personales recolectados- desde la SUBTEL al tercero contratista que lleva a cabo las Encuestas de Satisfacción.**
- iii. **Actividades de tratamiento del tercero contratista según las instrucciones de SUBTEL**, y que consistirá en la utilización de los datos para llamar a los clientes de las empresas de telecomunicaciones y realizar la Encuesta de Satisfacción.

De lo informado se advierte que la finalidad de estos tratamientos radica en la realización de las mencionadas encuestas. Según indicó SUBTEL, el objetivo consiste en conocer la opinión de los clientes de los servicios prestados por las empresas de telecomunicaciones, de forma de generar un insumo que permita supervigilar la prestación de los servicios. Por último, hay que señalar que SUBTEL, respecto de los datos personales recolectados, tiene la calidad de responsable del banco de datos, al ser la entidad a quien le competen las decisiones relacionadas con el tratamiento.

Es preciso observar que, por una parte, los tratamientos de datos vinculados a la Ley N°21.046, y, por la otra, las Encuestas de Satisfacción son distintos, y con ello también el riesgo de afectación de derechos. Como algunas diferencias claves, encontramos que el tratamiento de datos en este caso:

- i. No es un tratamiento permanente y constante de los datos personales y que vayan a ser actualizados progresivamente en el tiempo.
- ii. No involucra el tratamiento de datos personales de carácter sensible, por ejemplo, datos relativos a hábitos personales o la geolocalización.
- iii. Implica, en principio, un volumen de datos personales menor o al menos acotado a ciertos elementos (ej. número de teléfono y empresa). Según lo informado, SUBTEL no estaría requiriendo datos relativos a la totalidad de los clientes de las empresas concesionarias.
- iv. Tiene una finalidad para el tratamiento que es actual y que ha sido determinada de forma precisa: realizar una Encuesta de Satisfacción de Usuarios, a diferencia del tratamiento asociado respecto de los datos del OTI, vinculado a facultades de fiscalización respecto de futuros reclamos.

- v. No se ha regulado a partir de normas de jerarquía infralegal.
- vi. Es efectuado por un solo responsable del banco de datos, y no dos, como en el caso de las mediciones de velocidad bajo el Reglamento y la Norma Técnica, donde también participa el OTI con amplias facultades de recolección y tratamiento.

- b) **Los tipos de datos personales que serán tratados por SUBTEL.** Estos serían datos personales, y corresponderían a toda la información concerniente a los clientes personas naturales de los servicios de telefonía móvil, internet móvil, televisión de pago, e internet residencial, y que haya sido entregada por las concesionarias a SUBTEL. Esta información comprendería el número telefónico del cliente, tipo de plan (prepago o contrato y si este último es multiservicio o no), comuna, región, si hubo tráfico de voz en cierto mes, y si hubo tráfico de datos en cierto mes.
- c) **La base habilitante para el tratamiento de datos personales requeridos por SUBTEL para la realización de las Encuestas de Satisfacción.** Según las reglas para el tratamiento de datos en Chile, los responsables deben estar habilitados por alguna de las bases de legalidad dispuestas en la ley y, por lo tanto, resulta necesario evaluar si SUBTEL se encuentra habilitada para efectuar el tratamiento de los datos que recolecta desde las empresas de telecomunicaciones para la realización de las Encuestas de Satisfacción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N°4 de la CPR y la LPVP.

En este contexto, SUBTEL señaló que la recolección de estos datos deriva del artículo 20 de la LPVP que permite a los órganos públicos hacer tratamiento de datos sin la necesidad del consentimiento del titular respecto de las materias de su competencia. Agrega que este tratamiento se enmarca en las atribuciones y funciones de los artículos 4 y 6 del DL N°1.762; y los artículos 7, 31 bis, y 37 inciso segundo de la LGT.

Según se advierte, a SUBTEL le asiste una serie de facultades consagradas por normas de rango legal, incluyendo la proposición de políticas públicas; la posibilidad de requerir informaciones; y el control y vigilancia de los servicios de telecomunicaciones.

4) **DECISIÓN DE ESTE CONSEJO SOBRE EL CAPÍTULO II.**

En consecuencia, del análisis expuesto y de la revisión de las normas pertinentes, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, por mayoría integrada por su Presidenta doña Gloria de la Fuente González y sus consejeros, doña Natalia González Bañados y don Bernardo Navarrete Yáñez, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, en la Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, y demás normas pertinentes, y en ejercicio de la atribución conferida en el literal m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, acordó en sesión ordinaria N°1.168, de fecha 25 de marzo de 2021, emitir el siguiente pronunciamiento:

- a) Este **Consejo advierte una evidente conexión entre la ejecución de las Encuestas de Satisfacción respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones que prestan las concesionarias, con el mandato legal que tiene SUBTEL y las facultades que el legislador le ha otorgado a través de los cuerpos normativos ya referidos.**
- b) En ese contexto, del análisis realizado y las características de este tratamiento, se puede concluir que el ejercicio de las competencias y facultades establecidas para SUBTEL, en pleno cumplimiento del mandato de reserva legal establecido en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política, conforme lo establecido en la ley, en normas tales como aquellas relativas especialmente a **“controlar y supervigilar el funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones”, “requerir antecedentes e informaciones a las concesionarias que sean necesarios”, “proteger los derechos de los usuarios”, y “adoptar decisiones de política pública en materia de telecomunicaciones”**, requiere necesaria e ineludiblemente, en el contexto de la ejecución de las Encuestas de Satisfacción de servicios públicos de telecomunicaciones y para poder contactar a los usuarios para ese fin; del acceso y tratamiento de los datos personales que han sido requeridos a las empresas de telecomunicaciones.

Lo anterior, según lo establecido por el legislador en el artículo 20 de la LPVP que permite el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del titular en “materias de su competencia”, implica concluir que SUBTEL contaría con una base de legalidad habilitante para efectuar este tratamiento de datos sin necesidad de obtener el consentimiento de los titulares de datos.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la Republica ha señalado a dicho respecto que existe autorización legal *“cuando la información respectiva constituye un elemento esencial e indispensable para que el servicio pueda cumplir sus cometidos legales y el ordenamiento le confiere la atribución para requerirla”* (dictamen N°25.682, de 2019), lo cual es coherente con lo esencial e indispensable que resulta el acceso y utilización de números telefónicos con la efectiva realización de encuestas telefónicas.

A mayor abundamiento, este es el criterio establecido en las Recomendaciones del CPLT, en su número 8.

- c) Sin perjuicio de lo mencionado previamente, y con el objeto de mejorar los estándares de cumplimiento de la normativa vigente en la materia, así como de mantenerlos en el tiempo, este Consejo sugiere **que SUBTEL, en los futuros requerimientos que efectúe a las concesionarias, comunique todos los elementos necesarios que los fundamenten.** En concreto, explicita las facultades legales que la habilitan para acceder y tratar los datos solicitados; las finalidades de dicho tratamiento; así como las operaciones concretas de tratamiento que serán llevadas a cabo y que justifican la solicitud.
- d) **En lo que se refiere al tratamiento de datos por la empresa contratista a quien se encarga la realización de las Encuestas de Satisfacción**, el artículo 8 de la LPVP permite que el tratamiento sea objeto de mandato al establecer *“En el caso de que el*

tratamiento de datos personales se efectuó por mandato, se aplicarán las reglas generales. El mandato deberá ser otorgado por escrito, dejando especial constancia de las condiciones de la utilización de los datos. El mandatario deberá respetar esas estipulaciones en el cumplimiento de su encargo.”.

Bajo la figura de mandato se puede encargar a un tercero el tratamiento de datos en nombre del responsable; manteniéndose el responsable como el principal obligado. De esta forma, la entrega de datos personales desde SUBTEL a la empresa contratista, se enmarca en un tratamiento por mandato autorizado por la LPVP, y en virtud de la cual SUBTEL, en calidad de responsable, entrega los datos personales al contratista, quién actuará en calidad de mandatario.

En el análisis de las cláusulas transcritas por SUBTEL, se observa la existencia de un mandato por escrito y de instrucciones que establecen las condiciones en que el contratista debe hacer el tratamiento, por lo que se concluye que dicho órgano de la Administración del Estado, da cumplimiento a los requisitos del artículo 8 de la LPVP.

Por estas consideraciones, se descartan entonces las alegaciones de ATELMO, en el sentido de que la entrega de datos correspondería a una “cesión” desde SUBTEL al contratista. Cabe señalar que, si bien esa acción o actividad no está definida en el LPVP, se encuentra definida en el proyecto de ley que modifica la LPVP (Boletines refundidos N°11144-07 y 11092-07) como la “transferencia de datos personales por parte del responsable de datos a otro responsable de datos”. En el entendido que el contratista tendrá la calidad de mandatario y no de responsable, y que no tendrá la posibilidad de “decidir” sobre el tratamiento, SUBTEL no estaría realizando una “cesión” o “transferencia” de los datos, sino meramente una comunicación o transmisión. Al respecto, en los casos - como el presente -, en que exista un encargado del tratamiento de datos personales, no se entenderá que existe transferencia o cesión de datos entre el responsable del tratamiento y el encargado. Por último, se debe aclarar que en materia de protección de datos personales un mandato para el tratamiento no supone una transferencia de datos.

Asimismo, se descarta la alegación referida a que una de las finalidades del tratamiento de datos que efectúa SUBTEL consiste en “entregar los datos a una empresa externa”. Al efecto, cabe indicar que dicha acción no es en sí misma la finalidad del tratamiento, sino que es una actividad destinada a la finalidad efectiva correspondiente a ejecutar la Encuesta de Satisfacción, y que se enmarca en las facultades que tiene el responsable del banco de datos para encargar a un tercero mandatario el tratamiento de datos en su nombre.

Finalmente, se desestima la alegación referida a que la base habilitante aplicable a SUBTEL requeriría autorizarla a “traspasar esa información a un consultor”. Siguiendo el hecho que esa acción no constituye la finalidad del tratamiento, y teniendo en consideración la facultad que consagra la LPVP en el artículo 8, no es posible concluir que se requiera de una base de legalidad específica para que SUBTEL ejecute una comunicación de datos a la contratista en el contexto de un mandato.

- e) No obstante, la existencia de un cumplimiento formal del artículo 8 de la LPVP, se debe reconocer que esta es una norma que data del año 1999 y -por lo tanto- su cumplimiento por SUBTEL necesariamente debe complementarse con las demás medidas que garanticen una debida protección de los derechos de los titulares bajo las condiciones actuales de tratamiento.

En este escenario, y considerando que a mayor volumen de datos comunicados al contratista mayores serán los riesgos asociados al manejo de esa información y, por lo tanto, de una potencial afectación a los derechos de los titulares de datos, este Consejo considera de suma importancia que SUBTEL, en este encargo de tratamiento de datos -y en los que acontezcan con posterioridad- incorpore e implemente, al menos:

- (i) La evaluación permanente y continua de la cantidad y tipo de datos personales que son entregados al contratista de modo que se comuniquen solo aquellos que sean estrictamente necesarios para alcanzar la finalidad perseguida mediante el contrato, cumpliendo especialmente el principio de proporcionalidad en el tratamiento;
 - (ii) El uso diligente y efectivo de todos los mecanismos contractuales que sean establecidos de forma de hacer seguimiento constante de las actividades de tratamiento de datos realizadas por el contratista, y requerir oportunamente su corrección cuando sea debido;
 - (iii) Establecer en el contrato que el tratamiento se efectúa a cuenta y riesgo de SUBTEL; indicando con claridad los tipos de datos cuyo tratamiento se encomienda; señalando que el contratista deberá dar cumplimiento a la LPVP o la norma que la reemplace; fijando procedimientos para el cumplimiento de los derechos que la LPVP garantiza a los titulares; describiendo las condiciones relativas a la localización del tratamiento; configurando amplias facultades de supervisión y auditoría a favor de SUBTEL que permitan, sobre todo, asegurar que el tratamiento del contratista se ajusta a los términos del contrato y las finalidades permitidas; y describiendo requisitos estrictos para que el contratista pueda realizar la delegación del mandato del tratamiento a un tercero submandatario; y,
 - (iv) Una disposición contractual robusta en relación con las obligaciones que tenga el contratista en caso de que sufra un incidente de seguridad que afecte los datos personales entregados por SUBTEL, estableciendo, al menos, la obligación de entrega de informes periódicos a SUBTEL sobre el avance y desarrollo del incidente, y la posibilidad de que SUBTEL audite -con personal propio o debidamente designado al efecto-, aquellos sistemas e instalaciones del contratista que hayan sido vulnerados.
- f) **Finalmente, en relación con el cumplimiento por parte de la SUBTEL de los principios de proporcionalidad, finalidad, y seguridad que informan el tratamiento de datos personales, cabe tener presente las consideraciones que se exponen a continuación.**

- g) El **principio de finalidad**, en el contexto de SUBTEL requiere ser aplicado en atención la función legal que esté ejerciendo dentro de sus competencias. Por esto, las actividades de tratamiento deben estar alineadas con la realización de las Encuestas de Satisfacción, y que ha sido enmarcada en las facultades legales de SUBTEL. Este órgano indicó -expresamente en su presentación- que los datos son utilizados única y exclusivamente para los fines para los cuales fueron requeridos, y que esa finalidad es la ejecución de la Encuesta de Satisfacción. **Bajo estos antecedentes, no se aprecia inobservancia al principio de finalidad.**
- h) En cuanto al **principio de proporcionalidad**, cabe señalar que este no se encuentra expresamente consagrado en la LPVP y que su contenido se interpreta desde los principios de eficiencia y eficacia que rigen a los órganos de la Administración del Estado, estableciendo que solo pueden tratarse los datos necesarios para alcanzar los fines de la recolección, que en este caso constituyen la realización por SUBTEL de la Encuesta de Satisfacción.

Sobre el particular, SUBTEL indicó expresamente que los datos solicitados son los mínimos necesarios para alcanzar la finalidad del tratamiento, y que su volumen obedece a distintos factores tenidos en consideración para la ejecución de la encuesta, como su naturaleza telefónica, la baja contactabilidad (tasa de respuesta promedio de 24,1% en Internet Fija, 17% en Telefonía Móvil, 21,1% en Internet Móvil; y 16,9% en Televisión de Pago), la cantidad total de clientes por concesionario (se requiere porcentaje mayor en aquellos operadores con menor cantidad de clientes), los datos necesarios para analizar las respuestas obtenidas en la encuesta, y otros.

Finalmente, SUBTEL explicó que *“se diseñó un estudio descriptivo de carácter cuantitativo tomado a través de encuestas telefónicas aplicadas a cada uno de los servicios considerados en la medición (telefonía móvil, Internet móvil, televisión de pago y del servicio de Internet residencial), con un muestreo de proporciones con representación nacional y regional y con la utilización de un Sistema de entrevistas telefónicas asistidas por computador (Computer Assisted Telephone Interview, CATI).”*.

Como primera cuestión, cabe indicar que, a las técnicas de investigación estadística en sentido estricto, no es posible aplicar el principio de proporcionalidad en el sentido jurídico, por tratarse de dimensiones con características y finalidades diferenciadas. De ahí que no sea posible evaluar la aplicación de dicho principio al muestreo estratificado proporcional y muestreo estratificado no proporcional, propio de la estadística, donde lo que importa es la técnica de muestreo seleccionada, la representatividad de la muestra y la validez externa.

Sobre este particular, la decisión unánime en esta materia es acordada con el voto concurrente de la Consejera Natalia González Bañados, pues estima que el fundamento central sobre el cual se sustenta el cumplimiento del principio de proporcionalidad es que no habría, a partir de los antecedentes que se exponen en este caso y de la particular metodología para la realización de la encuesta en cuestión, una forma más moderada de llevarla a cabo siendo la información requerida, con todos los ajustes que en el tiempo se han efectuado tanto para minimizar el volumen como la entidad de los datos requeridos- y en cuyos

esfuerzos debe perseverar SUBTEL-, la estrictamente necesaria para desarrollar la encuesta de satisfacción que actualmente se realiza y en la forma que ésta se realiza, siendo entonces consistente con nuestras recomendaciones sobre protección de datos personales en el ámbito de los órganos de la Administración del Estado. De los antecedentes disponibles se desprende así que, dado la metodología particularmente empleada, resulta consustancial al éxito del proceso de investigación que la cantidad de datos destinadas al estudio sea la del volumen recabado. Lo anterior, siempre en el contexto de las limitantes que impone la finalidad perseguida por el organismo involucrado y legislación que autoriza el tratamiento de los datos personales en el ámbito de sus competencias y para la consecución de la finalidad ya referida, así como la demás normativa aplicable. Lo señalado precedentemente es sin perjuicio de las observaciones, consideraciones y exigencias que este pronunciamiento efectúa a SUBTEL respecto del tratamiento de los datos personales, tanto por parte de este organismo como de las empresas contratistas llamadas a realizar la encuesta de satisfacción, lo que incluye, asimismo, la permanente búsqueda y elección, por parte de SUBTEL, de aquellas opciones metodológicas que, estando disponibles, constituyan la opción más moderada para la consecución del propósito.

Es una cuestión evidente para esta mayoría, que la decisión sobre la metodología de la encuesta, el análisis y criterio estadístico, el diseño metodológico que define quien efectúa la muestra, entre otras, son materias propias de SUBTEL como órgano especializado competente en materias de telecomunicaciones y, en ese contexto, quien está en mejor posición para definir la medida más moderada y adecuada para conseguir el fin perseguido.

Obrar de un modo diverso, implicaría que el mecanismo metodológico se torne inútil para generar el levantamiento de datos y objetivos perseguidos con la investigación. Por consiguiente, en el caso concreto tanto el principio de proporcionalidad como el de finalidad, desde la perspectiva jurídica y de la protección de datos, se han cumplido plenamente.

Con todo y sin perjuicio de lo anterior, el Consejo para la Transparencia advierte enfáticamente que, en general, en las operaciones de tratamiento de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado, se deberá dar aplicación estricta al principio de proporcionalidad y mínima recolección de datos o minimización. A dicho respecto, cabe señalar que muchas de las amenazas a la adecuada protección de los datos personales surgen debido a la excesiva recopilación de características personales o registros que no son esenciales para el cumplimiento de las competencias y funciones del responsable del tratamiento.

En vista a ello, se sugiere que los organismos públicos sigan pautas de minimización de datos, limitando la recopilación de información personal a aquella que sea directamente pertinente y necesaria para lograr un propósito específico.

Por su parte, en cuanto a las alegaciones de ATELMO a este respecto, se observaron imprecisiones o afirmaciones no debidamente fundamentadas por cuanto indicó en su presentación que **(i)** la recolección de SUBTEL involucraría datos del 100% de los clientes personas naturales de las concesionarias cuestión que, según ha informado SUBTEL, sería equivocado, llegando incluso a disminuirse tal volumen en el año 2019; **(ii)** ATELMO también expresa que SUBTEL debería operar como lo hace el Servicio Nacional del Consumidor (“SERNAC”) que para ciertas acciones no requiere datos personales a las empresas. Sin embargo, no parece que la situación de estas entidades pueda ser asimilada cuando, por un lado, SUBTEL fiscaliza un universo de entidades menor y específico en comparación con SERNAC, donde el universo de regulados es sumamente amplio, cubriendo a todas las empresas y personas que actúan como proveedores frente a los consumidores. De esta forma, claramente no resulta una medida viable para SERNAC pedir información a cada una de las entidades por ella regulada; y **(iii)** el requirente indica que un mecanismo alternativo que debería implementar SUBTEL- en reemplazo del actual- es la “*tercerización a empresas de marketing que realizan encuestas a partir de sus propias bases de datos*”, la cual a nuestro juicio no constituye un medio adecuado teniendo presente que, bajo la LPVP, en ese tratamiento de datos por encargo, SUBTEL también estaría actuando como responsable del banco de datos y la empresa de marketing en calidad de mandatario y, por lo tanto, también requeriría de una base de legalidad habilitante para el tratamiento de la empresa en su nombre y lugar. Cabe señalar que la posesión física o material de los datos, e incluso su acceso, no son condiciones necesarias para determinar la existencia de un responsable, en consideración a la definición que otorga la letra n) del artículo 2 de la LPVP. Por su parte, este mecanismo sugerido por ATELMO también presenta problemas en cuanto se refiere a la “propiedad” de las bases de datos personales por parte de esta empresa, cuestión que se ha entendido no corresponder respecto de los datos personales, en su relación con el derecho de propiedad.

- i) A su turno, en relación con el **principio de seguridad**, SUBTEL ha mencionado medidas de seguridad contempladas para este tratamiento, a saber, acceso restringido a los datos a ciertos funcionarios; o la actual elaboración de un protocolo que aborde la destrucción de los datos de forma interna. En cuanto al contratista, SUBTEL ha informado las cláusulas de esos contratos, incluyendo cláusulas de confidencialidad; propiedad de la información; condiciones de uso de los datos; obligación a someterse a la LPVP; terminación anticipada del contrato; obligación de adoptar un protocolo de manejo de la información; acceso basado en un “*need to know basis*”; entre otras. Según se advierte, existen resguardos dispuesto para el tratamiento del contratista, mas no se han aportado suficientes antecedentes sobre medidas de seguridad internas de SUBTEL, por lo cual no ha resultado posible apreciar una adecuación completa al principio de seguridad referido. **Es importante destacar que la determinación de medidas es una tarea de SUBTEL, en su calidad de responsable bajo lo dispuesto en el art. 20 de la LPVP.**

Por lo anterior, se sugiere que SUBTEL, en su calidad de responsable, implemente mecanismos y procedimientos suficientes y adecuados para dar seguimiento al cumplimiento de los principios que establece el ordenamiento para el tratamiento de datos, y especialmente a los principios de proporcionalidad y seguridad. Este cumplimiento deberá considerar los cambios tecnológicos que se vayan adoptando y los nuevos riesgos que su implementación pueda suponer para los derechos de los titulares.

- j) **Finalmente, en materia de protocolos y mecanismos de destrucción de datos, se sugiere que SUBTEL tome en cuenta lo expuesto en este pronunciamiento, así como lo establecido en las Recomendaciones del CPLT, en particular, estipular en el convenio con el encargado del tratamiento, el plazo que éste conservará los datos y las condiciones para su devolución o eliminación segura e irrevocable. A dichos efectos, SUBTEL deberá adoptar las medidas técnicas y contractuales necesarias para impedir cualquier procesamiento de datos personales por parte del encargado, una vez terminado el contrato suscrito.**
- k) Sin perjuicio de la remisión efectuada mediante Oficio N°1.137, de 2 de diciembre de 2020, sobre nuevas recomendaciones en materia de Protección de Datos Personales publicadas en el Diario Oficial el día 7 de diciembre de 2020, se adjunta al presente oficio la Resolución Exenta N°304, de 30 de noviembre de 2020, que aprueba el texto actualizado y refundido de las Recomendaciones del Consejo para la Transparencia sobre Protección de Datos Personales por parte de los Órganos de la Administración del Estado.

5) **DISIDENCIA DEL CONSEJERO FRANCISCO LETURIA INFANTE SOBRE LO RESUELTO EN ESTE CAPÍTULO II.**

1.- Facultades de la SUBTEL.

Las excepciones de la Ley 19.628, deben ser interpretadas de forma restrictiva, como es generalmente entendido y consta en la historia de la ley, luego reforzado por la existencia expresa de una reserva legal especial, de rango constitucional, para el tratamiento de datos personales (reforma del año 2018). Por ello, la conclusión de que la SUBTEL se encuentra habilitada para recolectar la totalidad de los datos personales vinculados a las líneas activas de usuarios de telecomunicaciones no puede ser establecida en función de facultades legales amplias y abstractas.

Sin embargo, echando mano a criterios interpretativos de naturaleza más amplia y sistémica, como la obligación de los órganos del Estado de velar por el respeto de los derechos de todas las personas, sería posible arribar a la conclusión de que SUBTEL se encuentra habilitada para realizar encuestas de satisfacción de clientes de telefonía, como una actividad necesaria e indispensable para dar cumplimiento a alguna de sus obligaciones expresas. La importancia de que la SUBTEL cuente con insumos suficientes para fiscalizar la prestación de servicios de telecomunicaciones y ello se haga con los más altos estándares de calidad posibles, justifica esta interpretación.

SUBTEL estaría autorizada a solicitar datos personales a las empresas de telecomunicaciones para hacer encuestas de satisfacción. Pero esta autorización tendría que cumplir con determinadas condiciones.

En primer lugar, el artículo 6 letra k) del Decreto Ley N° 1.762 establece explícitamente que la SUBTEL puede “requerir de las entidades que operen en el ámbito de las telecomunicaciones (...) **los antecedentes e informaciones necesarios para el desempeño de su cometido** (...)”.

Ello limita el quantum (las necesarias) y lo restringe a una finalidad específica (el desempeño de su cometido), fuera de la cual no hay legitimidad en la solicitud ni en el tratamiento, ni menos en la entrega a terceros.

En otras palabras, de existir una autorización, ella solo autoriza a pedir los datos necesarios para la encuesta (y entendemos como necesarios aquellos que se utilizarán efectivamente, o aquellos sin los cuales no podría hacerse).

Asimismo, toda solicitud de datos que exceda esta finalidad, no tiene base legal ni queda amparada.

En el caso analizado, la entrega una cantidad superior en cerca de 1000 veces a la utilizada para la encuesta, a juicio de este minoritario, carece por lo mismo de base de legitimidad.

El Artículo 20 de la Ley 19.628 admite la posibilidad que los organismos públicos traten datos personales sin el consentimiento del titular, cuando lo realicen en su esfera de competencias.

Adicionalmente, la citada norma supedita este tratamiento a que se realice “con sujeción a las reglas precedentes”, lo que implica que debe cumplir con principios de finalidad, seguridad y proporcionalidad, lo que, a juicio de este disidente, no se cumplen.

Es consistente con ello la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. Específicamente, el dictamen N°25.682 de 2019, que estableció que existe autorización legal para tratar datos personales sin la autorización de los titulares en los términos del artículo 20 de la LPVP “cuando la información respectiva constituye un elemento **esencial e indispensable** para que el servicio **pueda cumplir sus cometidos legales** y el ordenamiento le confiere la atribución para requerirla”. Curiosamente, el voto de mayoría arriba a una conclusión inversa de esta misma cita.

II. Principio de Finalidad.

La finalidad de la solicitud de los datos personales que hizo la SUBTEL a las concesionarias de servicios de telecomunicaciones es la realización de las encuestas de satisfacción. Es decir, solamente podría aceptarse la solicitud de datos personales que tuvieran esa finalidad.

El mismo voto de mayoría expresa que “SUBTEL indico –expresamente en su presentación- que los datos son utilizados única y exclusivamente para los fines para los cuales fueron requeridos, y que esa finalidad es la ejecución de la Encuesta de Satisfacción”.

Sin embargo, de los antecedentes conocidos es posible llegar a la conclusión de que hubo una entrega de datos de millones de titulares desde SUBTEL a la empresa encuestadora, de los cuales usó una fracción equivalente a 1/1000. El “resto”, que en este caso corresponde a casi la totalidad de los datos personales entregados, no tuvo objeto o finalidad conocida alguna.

El hecho de que la empresa externa sea mandataria y SUBTEL mantenga la calidad de responsable, no cambia lo anterior. Adicionalmente, y de conformidad con lo establecido en la letra b) del numeral 12 de las Recomendaciones del CPLT, el principio de finalidad debe cumplirse tanto por la SUBTEL como por el contratista mandatario. Esto último tampoco se daría en la especie, ya que, de las mismas cláusulas del contrato existente entre ambos, transcritas por la SUBTEL en su presentación, se acredita que la contratista no podrá usar la información para otros fines distintos de aquellos para los que le fue entregada, “sin la autorización expresa” de la SUBTEL.

Lo que, a contrario sensu, y como bien sostiene la ATELMO en su carta del 5 de marzo de 2021, significa que la SUBTEL “se reserva la facultad discrecional para decidir de forma administrativa si autoriza a la empresa contratista para utilizar los datos suministrados para fines distintos al encargo encomendado. De esta forma, no se entregan suficientes garantías a los titulares de datos personales ni a las empresas de telecomunicaciones respecto al cumplimiento efectivo de este principio”.

Bajo estos antecedentes, se apreciaría una insuficiente voluntad de respetar el principio de finalidad por SUBTEL.

III. Principio de Seguridad.

En relación al cumplimiento del principio de seguridad, resulta evidente que una comunicación de tan elevado volumen de datos personales, resulta de suyo problemática y riesgosa.

La circulación de todos los teléfonos activos del país, con indicación de plan, lugar geográfico y varios otros datos más difícilmente constituye la creación de un riesgo razonable, de aquellos que puedan justificarse razonablemente y que estemos obligados a tolerar.

En ningún caso ello podría justificarse sobre la única base del procedimiento elegido para hacer una encuesta, menos aun cuando ese procedimiento elegido permite un resultado muy similar en margen de error y efectividad del trabajo al que en varios años anteriores SUBTEL obtuvo sin necesidad de solicitar ni de entregar a terceros una cantidad tan notoriamente excesiva de datos personales económica y estratégicamente relevantes.

De hecho, si se analizan los años anteriores, en general las encuestas realizadas tienen un rango de error similar, y fueron llevadas a cabo o bien presencialmente o bien con una base telefónica menor.

El riesgo de filtración, mala utilización o pérdida es inherente al manejo y circulación de bases de datos, sobre todo cuando no existen medidas de seguridad adecuadas, capacidad de fiscalización, sanciones penales ni otros elementos disuasivos significativos.

Las bases de datos de los teléfonos celulares activos de Chile tienen un valor económico y estratégico considerable, y las cláusulas contractuales de un contrato como el existente entre la SUBTEL y CADEM no resultan garantías suficientes para su seguridad: el bajo costo de incumplir el contrato, el bajo riesgo de ser fiscalizado y descubierto, y las bajas probabilidades de que el infractor sea obligado a reparar perjuicios (ya que son difíciles de probar y determinar, además de estar altamente atomizados), sin duda ofrece barreras disuasivas muy bajas para mitigar el riesgo que se genera al permitir y legitimar esta práctica.

Adicionalmente, los resguardos tomados por la SUBTEL no son suficientes para cumplir con el principio de seguridad, por cuanto el acuerdo de confidencialidad suscrito entre la SUBTEL y el contratista no excluye la posibilidad de que este último conserve la información que se le proporcionó luego de la terminación de su encargo y su consecuente devolución a la SUBTEL, con todos los riesgos que esto tiene.

Lo anterior, ya que el referido acuerdo establece que *“una vez terminado el trabajo de campo, será de exclusiva responsabilidad de la contratada la devolución de toda la información que le haya sido proporcionada en soporte electrónico, debiendo destruirse cualquier reproducción análoga que se haya realizado de éste (manuales del encuestador, encuestas en papel, etc.)”*. Ello implica, tal como la ATELMO sostiene en su carta de presentación que, por ser la información un bien cuyo consumo o reproducción no lo agota en sí mismo, *“la información puede ser “devuelta”, sin necesariamente ser destruida en los sistemas de la empresa contratista”*. Sólo se exige la destrucción de la información contenida en formato análogo, lo que no parece dar suficientes garantías del resguardo de los datos entregados, ni de un cuidado adecuado de los mismos por parte de SUBTEL a la hora de entregarlos.

En estas materias, los conceptos de titularidad, transferencia, cesión o propiedad intelectual no son relevantes para el control de los riesgos. Asimismo, sostener que no hay derechos de propiedad sobre las bases de datos, podría llevar a equívocos, al menos a la luz del art 3 N°17 de la Ley de Propiedad Intelectual, que señala lo contrario. De hecho, existen muchas bases de datos telefónicas, construidas a través del tiempo y con esfuerzo por las encuestadoras y empresas de marketing, y eso es de público conocimiento. Lo que no ha existido hasta ahora es una base de datos de casi 15 millones de números, que representan el total de los números activos en un momento determinado.

IV. Principio de Proporcionalidad.

En virtud del principio de proporcionalidad, el volumen y naturaleza de los datos recolectados debe tener relación con el objetivo buscado. Como consecuencia de ello, los datos que fueron solicitados por la SUBTEL a los distintos concesionarios debieron haberse limitado a los que estrictamente hubieran sido necesarios para la realización de las Encuestas de Satisfacción. Lo anterior, ya que la finalidad de la recolección era justamente la realización de dichas encuestas y el principio de proporcionalidad debe interpretarse a la luz del principio de minimización de datos y de necesidad, según se

desprende de la letra c) del numeral 4.2 de las Recomendaciones del CPLT. Sin embargo, según la información tenida a la vista, esto no ocurrió.

Como se ha mencionado anteriormente, debido a la eventual vulneración a los derechos de los titulares, las excepciones contenidas en la Ley 19.628 deben ser interpretadas de forma restrictiva. El hecho que la ley admita la posibilidad que el responsable realice el tratamiento a través de un mandato no significa que SUBTEL se encuentre habilitada para comunicar a un tercero un volumen de datos tan voluminoso e innecesario para los fines que eran legítimos.

Incluso de haberse realizado esta comunicación a un tercero en función del Artículo 8 de la referida ley, el principio de proporcionalidad exige que el volumen de datos comunicados sea la estrictamente necesaria para la realización del encargo.

El hecho que no se trate de datos personales sensibles, no significa que deba existir un resguardo menor, especialmente cuando se trata de un volumen tan importante de información personal, como ocurre en este caso concreto, lo que puede configurar una afectación de la autodeterminación informativa de -literalmente- millones de titulares de datos personales.

La SUBTEL debería haber comunicado a la empresa consultora la cantidad de datos personales estrictamente necesaria para realizar el proceso de encuestas y no el total de datos obtenidos, que de acuerdo a la misma SUBTEL ascendió a 14.887.184 datos relacionados a líneas de telefonía móvil el año 2020 (página 36, Oficio SUBTEL).

Generar un riesgo tan elevado y tan superior a los posibles beneficios, no puede tener amparo jurídico bajo la lógica de la protección de los datos personales entendidos como un derecho constitucional.

En ese sentido, la postura de una mayoría que sostiene que el principio de proporcionalidad “en el sentido jurídico” no sea aplicable a las técnicas de investigación estadísticas, parece contradictoria con la postura que el propio CplT ha manifestado en forma permanente a través de los años. Por ejemplo, en ambas versiones de sus recomendaciones a los organismos públicos para el tratamiento de datos personales, hemos señalado que el cumplimiento del principio de proporcionalidad es parte integral del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley 19.628².

La proporcionalidad es, además, inherente a cualquier encuesta, porque ellas por definición implican la generación de una muestra representativa, necesariamente más pequeña del universo al que se refiere, lo que siempre supone una “proporción” (y no un universo). El actuar de la SUBTEL se ajustó más a las necesidades propias de un censo que de una encuesta, para terminar realizando una encuesta estándar.

La definición que de la palabra “encuesta” hace la Real Academia Española resulta clarificadora, pues dice que se trata de un *“conjunto de preguntas tipificadas dirigidas a una muestra representativa de grupos sociales, para averiguar estados de opinión o conocer otras cuestiones que les afectan”*. De lo anterior, se sigue que las preguntas que conforman una encuesta se hacen a una muestra representativa y no al universo total o casi total de

² Resolución exenta número 304 del CplT, página 5.

individuos (o teléfonos) que componen el grupo social encuestado (al recurrir a los teléfonos activos se concentran en los en uso por un grupo de personas, no en los números telefónicos mismos).

De esta forma, cuando se señala que el artículo 6 letra k) del Decreto Ley N° 1.762 establece explícitamente que los antecedentes e informaciones deben ser los **necesarios** para el cumplimiento de las funciones de SUBTEL, queda claro que hay también elementos que pueden ser innecesarios, como de hecho lo son los datos que exceden a la muestra utilizada para la realización de la encuesta. Lo anterior no es una conjetura. La encuesta ya se realizó, y requirió menos de 15.000 números telefónicos. En un país de cerca de 18 millones de habitantes, haber recolectado y entregado a la empresa aproximadamente 15 millones de números telefónicos (reiteramos que ellos corresponden al total de los teléfonos activos informados), no parece proporcionado ni razonable bajo criterio alguno.

Es claro que el proceso de encuestas puede y pudo realizarse sin la necesidad de solicitar los datos vinculados a todas las líneas activas del país, ya sea que la encuesta se hubiese hecho en forma presencial, como en años anteriores, ya se hubiese hecho con las bases de datos con que legítimamente cuentan las empresas encuestadoras (y que les permiten brindar muchos de los servicios propios de su giro) o bien con los números recopilados y entregados por SUBTEL necesarios y acotados al trabajo de la encuesta. No parece verosímil que para generar una muestra estadística la empresa contratista requiera el universo total de números de teléfonos activos, de los cuales luego terminaría usando un 0,1% de ellos.

No tenemos conocimiento de ningún proceso de encuestas de satisfacción en el mundo público o privado sea realizado teniendo como insumo la totalidad de números de teléfono activos de todos los clientes de telecomunicaciones del país.

Sostener lo contrario, es vaciar de contenido el concepto de proporcionalidad. Asimismo, implica insinuar que todas las encuestas que las empresas han hecho con un universo menor (es decir, todas menos ésta), son (y seguirán siendo) deficientes, a pesar de que las encuestadoras afirman otra cosa (como hemos visto, por ejemplo, en las encuestas encargadas por SUBTEL en años anteriores).

Los órganos del Estado no pueden elegir la metodología más invasiva y más gravosa para cumplir con sus funciones, existiendo otras igualmente efectivas y con muchos menos costos, problemas y riesgos, directos y colaterales. Menos puede el CplT validar lo anterior, sobre la base de la supuesta elección de una metodología específica, de la cual hasta ahora no hemos conocido antecedentes que la justifiquen.

Llama la atención que tanto el voto de mayoría como el contrato con la encuestadora legitima la realización de más encuestas con la misma técnica, y de ese modo, con el mismo universo de teléfonos celulares y sus datos anexos. No solo porque el contrato existente autoriza la realización de otras encuestas con fines diferentes “con autorización de la SUBTEL”, sino porque se podría establecer el criterio de que todas las encuestas telefónicas realizadas sobre la base de muestras inferiores a la totalidad de los teléfonos activos del país no permiten contar a los órganos del Estado con información de calidad.

Es importante remarcar que del hecho que la encuesta analizada mida la satisfacción de los clientes con sus empresas de telefonía, no está necesariamente ligado con la entrega de las bases de datos de los teléfonos de los clientes.

Las encuestas pueden ser hechas de muchas maneras, y si la razón para la entrega de la base total de teléfonos activos es la calidad buscada, cualquier servicio u órgano del Estado o particular podría solicitar el uso de dicha base de datos, para lo cual sólo sería necesaria la autorización de SUBTEL (ni siquiera sería necesario modificar el contrato).

Si hay razones técnicas que justifican que las encuestas de la SUBTEL se beneficien de esta muestra/universo de casi 15 millones de números, ellas son las mismas para cualquier encuesta requerida por un servicio público. Incluso para las encuestas políticas que la ley manda a tener reservadas durante el periodo de gobierno en que ellas se encargan.

Es decir, la lógica del voto de mayoría legitimaría que cualquier encuesta, sobre cualquier materia, pueda contar con la totalidad de teléfonos activos de un país, lo cual me parece excesivo y desproporcionado.

El criterio de mayoría podría legitimar que estos números se soliciten y se entreguen a privados una y otra vez, pese a las recomendaciones restrictivas que el propio CplT hacen hacia futuro (y que compartimos). Al no existir por parte del CplT la posibilidad de sancionar, bien podría el órgano sostener que ha vuelto a hacer lo que ya hizo antes y que el propio CplT validó, siendo todo lo demás consejos y sugerencias no vinculantes, por lo que habría actuado con plena legalidad.

El voto de mayoría podría ser interpretado como una suerte de venia anticipada para no cumplir las recomendaciones del CplT en estas materias, amparado en la validación que en este caso se da al actuar que se ha analizado, y que por lo mismo podría repetirse, lo que parece contradictorio con lo que se recomienda para futuras encuestas (y considerando que el CplT no tiene en la actualidad capacidad sancionatoria en estas materias).

V. Alternativa menos dañosa.

El voto de mayoría señala que “en consideración a la metodología empleada y los fines perseguidos, resulta consustancial al éxito del proceso de investigación que la cantidad de datos que han de destinarse al estudio sea del volumen cuestionado, toda vez que el proceso metodológico supone como requisito esencial para tornarse confiable y exitoso, el uso de datos en los términos requeridos”.

Lo que corresponde al CplT preguntarse es si SUBTEL contaba con la alternativa para llevar a cabo un proceso de encuestas que usara una metodología que no exigiera la recolección de un volumen tan elevado de datos personales, sin comprometer el nivel de confiabilidad del resultado.

En este sentido, deben considerarse las recomendaciones que ha hecho este mismo Consejo en materia de proporcionalidad, a saber, que su cumplimiento requiere que “no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. En

aplicación de este principio, los órganos o servicios públicos deberán optar, de entre los diversos tratamientos que les permitan conseguir los fines pretendidos dentro del ámbito de sus competencias, por aquel que menor incidencia tenga en el derecho a la protección de datos personales y por la utilización de los medios menos invasivos”.

Todo el resto de los organismos públicos y privados que realizan encuestas de satisfacción en Chile son capaces de hacerlo sin contar con el universo de números de teléfono activos y con bases de datos para el contacto de encuestados que no se acercan a la desmedida cifra de 14.887.184 números de teléfono. De hecho, si una proporción de 1/1000, que genera múltiples riesgos de seguridad, no puede ser considerada desproporcionada, cuesta imaginar otra situación que pudiera serlo, quedando vacío de contenido uno de los conceptos fundamentales de la protección de datos.

Por otro lado, la misma SUBTEL realizaba el proceso de encuestas de satisfacción del usuario solicitando un número mucho menor y proporcional de datos personales en el pasado.

La mera revisión de los informes anuales de estos procesos muestras que, por ejemplo, el año 2009 el proceso se realizó con una metodología completamente distinta, y, sin embargo, alcanzó un nivel de confianza del 95% y un error muestral del 3,7%.

El CplT no puede renunciar a exigir que la SUBTEL justifique por qué ha optado por una metodología excesivamente invasiva, que requiere la recolección de los datos personales de millones de ciudadanos, sin que se dé cuenta de cuáles serían las mejoras metodológicas alcanzadas y si dichas mejoras justifican este nivel de intrusividad.

El voto de mayoría sugiere que, a priori, cualquier decisión en este ámbito que tenga un órgano será legítima, al sostener que está (y siempre estará) en una mejor posición técnica para determinarlo.

Pero SUBTEL no ha señalado por qué resulta tan indispensable que en el ámbito de las telecomunicaciones la realización de una encuesta de satisfacción requiera de una precisión estadística tal, que esté justificada la recolección de la totalidad de números de teléfonos activos del país. Tampoco ha señalado cómo esta precisión se podría lograr con el procedimiento elegido.

Pero si los hechos hubiesen sido diferentes y ello se hubiera demostrado, este Consejo, así como probablemente cualquier otro órgano jurisdiccional, debiera sostener que ello carece de justificación, por el grueso desbalance entre necesidad, costos y beneficios, y riesgos y afectaciones a la protección de datos involucrados. Cabe recordar acá que “el fin no justifica los medios”.

El CplT no puede renunciar de plano y en forma permanente a pronunciarse sobre la proporcionalidad, ni a declararse incompetente sobre aspectos generales y de sentido común. Ello sería una renuncia a su mandato legal, así como un injustificado cambio de criterio para este caso respecto de decisiones anteriores. Por ejemplo, al conocer del caso en que el en ese entonces ministro de hacienda, Ignacio Briones, solicitó a la Superintendencia de pensiones información de las personas que retiraron el 10% de sus ahorros previsionales, se argumentó que en aspectos específicos técnicos, el órgano estaba en mejor posición para determinar algunos matices no esenciales y de gran

especificidad técnica, relativos principalmente a la información requerida, pero señalando expresamente que ello en ningún caso permitiría renunciar a pronunciarse sobre aspectos generales y de sentido común, vinculados a la pertinencia, proporcionalidad y finalidad de la misma.

Llama especialmente la atención una de las pocas razones que SUBTEL ofrece para justificar el volumen de datos solicitados sea “la baja tasa de contactabilidad que se obtiene de los datos entregados”, A saber 24,1% en Internet Fija, 15% en Telefonía Móvil, 21,1% en Internet Móvil y 16,9% en Televisión de Pago³.

Sin mencionar que se trata de una dificultad que todos los procesos de encuestas deben enfrentar, y que es superada sin la necesidad de contar con un volumen de 14.887.184 números de teléfono (salvo que se quiera validar precisamente la necesidad de contar con todos los números para la corrección de todas las encuestas). El argumento es falaz y contradictorio per sé, por lo que debiera ser rechazado.

En efecto, al revisar la metodología de la encuesta de satisfacción realizada el año 2017, es posible evidenciar que la muestra estadística utilizada es de sólo 13.700 encuestas semestrales totales⁴. El hecho que la tasa de contactabilidad sea tan baja como 15%, permitiría entregar una base 6 o 7 veces mayor, pero no justifica que el volumen de datos solicitado ascienda a un número cercano al total de números activos de las compañías de telecomunicaciones de Chile. Es decir, 100 veces más que lo necesario, incluso considerando la baja tasa de respuesta.

Es evidente que para la realización de encuestas a 13.700 personas semestrales el volumen de datos solicitados podría haber sido sustancialmente más acotado y proporcional, como da cuenta el hecho que así se haya realizado en el pasado.

En suma, resulta evidente que existen medidas más moderadas y menos invasivas para la consecución del propósito de realizar encuestas de satisfacción del cliente. El diseño y elección metodológica para hacer las encuestas se encuentra sujeto al cumplimiento de la normativa vigente, incluyendo el cumplimiento de la Ley 19.628 en lo que respecta a la elección menos intrusiva de datos personales de los titulares, lo que a juicio de este voto disidente no ocurrió.

Por el contrario, al señalar que la SUBTEL es quien se encuentra en mejor posición para definir cuál es la medida más moderada y adecuada para conseguir el fin perseguido, este Consejo renuncia a sus facultades de velar por el cumplimiento de la Ley 19.628 por parte de los organismos públicos.

Siguiendo este hilo argumental, resultará completamente imposible a futuro para este Consejo velar por el cumplimiento del principio de proporcionalidad, ya que el organismo público siempre se encontrará en una mejor posición para definir la medida más moderada y adecuada para conseguir el fin perseguido. Más aún, cuando no

³ Oficio SUBTEL, página 38.

⁴ Informe CADEM, página 10 https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/estudios_satisfaccion_usuarios/2016/Primera_Medicion/Informe_I_2016.pdf

considera desproporcionada la entrega de datos personales en un quantum superior a 1000 veces los necesarios para realizar la actividad que la ley autoriza.

Esto resulta incluso más preocupante si se considera que este Consejo ha reafirmado múltiples veces su intención de convertirse en la próxima Agencia de Protección de Datos Personales.

De transformarse este Consejo en el organismo encargado del cumplimiento de la nueva ley de protección de datos hoy en tramitación, le corresponderá no sólo fiscalizar a organismos públicos, sino que también a organismos privados. En este sentido, el voto de mayoría puede tener importantes consecuencias a futuro, puesto que implica conceder que serán las empresas y organismos privados quienes se encontrarán en mejor posición de verificar que la forma en que recolectan y procesan datos personales es la más moderada y adecuada para el bien perseguido.

Existiendo **medidas menos invasivas** (como aquellas utilizadas por la misma SUBTEL en el pasado), que requieren la recolección de un volumen menor de datos personales y que implican un riesgo menor para los titulares, estas deberían haber sido preferidas, sobre todo cuando los resultados en calidad son prácticamente idénticos.

El principio de proporcionalidad, en armonía con los demás derechos en juego, hubiese hecho ilegítimo per sé un método tan intensamente invasivo y generador de riesgos, no existiendo razones de peso que lo justifiquen, y considerando que siempre existe un margen de error en las encuestas (que era muy menor en las previas, según lo declarado).

La sola elección de una opción metodológica no es una razón suficiente que permita derrotar cualquier resguardo de prudencia, respeto, finalidad, proporcionalidad y seguridad de los datos personales, sobre todo cuando el mismo fin se logra, y de hecho se estaba logrando, por otros medios menos lesivos.

Quisiera también señalar mi disconformidad con ciertos párrafos cuya redacción parece imprecisa. Por ejemplo, se sostiene que la información solicitada por la SUBTEL *“Implica, en principio, un volumen de datos personales menor o al menos acotado a ciertos elementos (ej. número de teléfono y empresa). Según lo informado, SUBTEL no estaría requiriendo datos relativos a la totalidad de los clientes de las empresas concesionarias”* o que *“La recolección de SUBTEL involucraría datos del 100% de los clientes personas naturales de las concesionarias cuestión que, según ha informado SUBTEL, sería equivocado, llegando incluso a disminuirse tal volumen en el año 2019”*.

Sobre el particular, los oficios enviados por SUBTEL a las empresas dan cuenta de una situación diferente. Así, por ejemplo, el OF. CIRC. No 84 /DAP N° 67.104 /F-67 de 2020 explícitamente señala que *“La Subsecretaría de Telecomunicaciones en el contexto del análisis de información de mercado que realiza permanentemente, respecto de la satisfacción de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, requiere contar con datos actualizados de contacto de los clientes de internet fija al cierre del mes de mayo 2020.”*

Luego recalca que esto involucra **“Incluir la totalidad de los clientes de internet fija, lo cual debiera coincidir con lo informado por la propia compañía a través del proceso**

conexiones móviles 30 y 90 días del STI para el mes de mayo 2020". Esto puede verificarse en el resto de los oficios enviados en los últimos años.

Este hecho es confirmado por la misma SUBTEL en su oficio de respuesta, al señalar que "en una segunda etapa, se solicitaron los números de teléfono, pero se requirió una muestra aleatoria inferior a la totalidad de los clientes, abarcando **solamente aquellos números correlativos que sí tenían número de contacto en el caso de Televisión de Pago, y de Internet Fijo y actividad durante el mes de mayo de 2020**".

La misma SUBTEL la que admite que en una primera etapa se le solicitó la totalidad de números de teléfono en manos de las empresas de telecomunicaciones, para en una segunda etapa, solicitar "solamente" los números que han mostrado algún tipo de actividad en el último tiempo.

Es decir, resulta evidente que la solicitud de SUBTEL corresponde al total de números activos de los clientes de las empresas de telecomunicaciones.

Lo anterior se ve claramente reflejado en la cantidad de números solicitados, reflejado en la tabla contenida en la página 38 del oficio de SUBTEL, donde se muestra que, en el caso de telefonía móvil, la primera etapa (solicitud de todos los números de teléfono) involucró la entrega de un total de 25.158.773 de números de teléfono.

Luego, la misma tabla proporcionada por SUBTEL muestra que en la segunda etapa (totalidad de número que muestran actividad en el último tiempo) involucró la entrega de 14.887.184 de números de teléfono.

Esto, en un país, que, de acuerdo al censo de 2017, cuenta con un total de habitantes cercano a 17.574.003.

Sin otro particular, le saluda atentamente a usted,


DAVID IBÁÑEZ MEDINA
Director General (S)
Consejo para la Transparencia


DIM/AMM/CBD

DISTRIBUCION:

1. Sr. Alfie Ulloa Urrutia, Presidente Ejecutivo de la Asociación Chilena de Telefonía Móvil.
2. Sra. Pamela Gidi Masías, Subsecretaria de Telecomunicaciones.
3. Sr. Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República.
4. Sr. Gabriel Silber, H. Diputado de la República (copia informativa).
5. Oficina de Partes.
6. Archivo.

