

La protección efectiva de los datos personales en el mercado de la tercerización de procesos de negocio a distancia

Luis Felipe Torres Bohórquez¹

La tercerización de procesos de negocio a distancia (BPO&O) es una industria en pleno desarrollo en países emergentes donde los costos más competitivos, acceso a personal capacitado y el desarrollo en infraestructura de comunicaciones han hecho que este sector se consolide como un nuevo renglón productivo de alto crecimiento y generación de empleo.

El sector de BPO&O tradicionalmente se ha entendido como la subcontratación de procesos de negocios en proveedores de servicios. Muchas funciones empresariales se externalizan para que las empresas puedan concentrarse en su negocio y estrategia. Algunos de los principales segmentos de tercerización son: servicios en administración y finanzas, servicios de recursos humano, servicios de atención al cliente y servicios de gestión de la información. Los anteriores servicios han dado orígenes a segmentos que en la actualidad son de alta competencia, y cuya estrategia de posicionamiento de quienes están en el negocio se ha concentrado principalmente en bajo costo, estrategia que en el largo plazo es insostenible.

Los servicios tercerizados a distancia crecieron un 41% en el periodo 2000- 2009² y se estima que en el 2009 se generaron ingresos por USD 100 mil millones, empleando alrededor de 50 millones de personas a nivel mundial. De este universo de de tercerización se estima que la India es el país que más ingresos genera por esta actividad de alrededor de USD 40 mil millones, seguida por las Filipinas con alrededor de USD 8 mil millones.

En este nuevo segmento de servicios, los países emergentes tienen la oportunidad de capturar una porción importante de este mercado. Según cifras de McKinsey & Co. se estima que existe un nuevo mercado potencial de BPO&O de alrededor de USD 150 mil millones. Sin embargo actualmente la penetración es aún muy baja, y para el 2012 los

¹ Abogado y Politólogo de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como Director del área de Normatividad y Regulación del Programa de Transformación Productiva del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia.

² McKinsey & Co. Desarrollando el Sector de BPO&O como uno de Clase Mundial. 2008. Este documento hace parte de la Consultoría que contrato el Gobierno de Colombia para el desarrollo del sector de BPO&O en Colombia. www.transformacionproductiva.gov.co

ingresos generados por esta industria en países emergentes con base en la oferta actual serán de alrededor de USD 70 mil millones, lo cual ofrece a los nuevos jugadores la oportunidad de capturar un mercado de alrededor de USD 80 mil millones. A nivel regional países como Argentina, Costa Rica, Chile, México, Brasil y Colombia han venido avanzando exitosamente en su estrategia para desarrollar esta nueva industria, sin embargo Asia sigue siendo el principal referente y generador de ingresos en los procesos de tercerización a distancia.

Aunque existe un alto potencial para los países latinoamericanos, es necesario trabajar en varios frentes para atraer la atención de los inversionistas en un mercado tan competitivo. Actualmente no es suficiente competir sólo en costos, es indispensable desarrollar segmentos que generen un mayor valor agregado, salir del esquema básico de voz, agregando valor e incursionando en segmentos de tercerización de conocimiento especializado. Para lograr esto hay que desarrollar el capital humano pertinente, invertir en innovación tecnológica y desarrollar un marco legal sólido para la protección a la información personal.

Este documento presentará un breve análisis sobre la importancia que tiene la protección de datos en un mercado tan competitivo como factor diferenciador para la atracción de inversiones de mayor valor agregado. Asimismo se analizará la estrategia del Gobierno de Colombia para posicionar al país como un referente en protección de datos para atraer inversión en segmentos especializados que demande de mano de obra más calificada y genere mayores ingresos.

La importancia del dato personal y el desarrollo de mecanismos legales para la protección de datos

En el siglo XXI el dato personal se constituye como la “materia prima” para el desarrollo del sector de servicios y en especial para el de los procesos de negocio tercerizados a distancia. Esta situación evidencia, a diferencia del caso de los bienes donde existe un control manifiesto por su naturaleza, la necesidad de desarrollar mecanismos legales internacionales que permitan que los datos estén protegidos, brindando así una garantía al titular de la información. Las primeras normas de protección de datos se desarrollaron alrededor de los años 70³ en Estados Unidos y Europa, sin embargo en

³ Señala REMOLINA NELSON, citanto a profesor VITTORIO FROSSINI que “el 7 de octubre de 1970 se sancionó la primera ley acerca de la protección de los datos (*Datenschutz beauftragter*). En el mismo mes de ese año, el 26 de octubre de 1970, aprobó el Congreso de Estados Unidos de Norteamérica el Fair

Latinoamérica⁴ este proceso empezó a adquirir importancia apenas a principios del siglo XXI, aunque algunos países contemplaban en sus Constituciones o legislaciones elementos sectoriales en la protección de datos.

Como ya se mencionó anteriormente, en la década de los 90 se registró un crecimiento exponencial de los procesos tercerizados a distancia especialmente con el surgimiento de países como India y Filipinas. Estos países ofrecían, por precios muy inferiores, servicios desde atención al cliente hasta financieros y contables. Varias empresas transnacionales vieron en este esquema de servicios la posibilidad de externalizar procesos que no eran del núcleo de la empresa generando así menores costos administrativos y un incremento en su productividad. Este crecimiento representaba asimismo un reto para lograr que en estos procesos de tercerización, en especial los prestados a distancia (offshoring), existieran mecanismos legales que le permitiese las empresas garantizar que la información de sus clientes que era procesada en terceros países no iba a ser utilizada con fines diferentes a lo estipulado contractualmente.

A finales de la década de los 90 y comienzos del 2000, la competencia en costos fue tan álgida, que los procesos de tercerización registraron crecimientos promedios anuales del 8%. Durante este período en países de alto dinamismo económico la composición del PIB migro de uno tradicionalmente agrícola o industrial a uno de servicios. En China, la participación del sector de servicios en el PIB es del 40,7% y en India del 54% (variaciones en el período 1990-2008 del 10.2% y 6.2% respectivamente), lo cual muestra claramente la migración del sector primario y secundario al sector terciario.

Sin embargo durante este período se evidenció que existían problemas en relación con la protección de los datos personales y la ausencia de mecanismos legales efectivos para garantizar los derechos de los titulares de la información. Existen casos

Reporting Act 1970 con el que se protegía al cliente de los establecimientos de crédito contra la invasión of privacy por parte de las agencias de información, regardless of how information is stored (...) En los años siguientes, la legislación alemana sobre la materia (...) culminó en la ley federal del 27 de enero de 1977; y la legislación estadounidense tomaba medidas para regular con referencias precisas los bancos de datos mediante las disposiciones contenidas en el Privacy Act 1974. REMOLINA NELSON. ¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo?. Documento borrador en proceso de publicación. 2010.

⁴ En materia de legislación, Argentina fue el primer país en Latinoamérica en expedir una ley general que regulara por vía administrativa la protección de datos personales en el año 2000. Posteriormente obtendría en el 2003 la acreditación por parte de la Comisión Europea como un país seguro en protección de datos.

en países donde la venta de las bases de datos a terceros o la publicación de información personal ocurría con frecuencia. En muchos de estos casos los mismos titulares de la información desconocían que esta era tratada en terceros países, más aun, en países donde los niveles de protección eran relativamente bajos.

Aunque con el Convenio 108 de 1981 del Consejo de Europa, la Directiva Europea 95/46 de 1995 y la Resolución 45/95 de 1990 de la ONU se establecieron pautas para desarrollar principios y mecanismo para la protección efectiva de datos personales, aun son muy pocos los países que han adoptado en su legislación interna principios, derechos y mecanismos sobre tratamiento de datos personales. Esta situación evidencia un grave vacío en relación con los datos que son tratados en países que ofrecen niveles adecuados de protección vs. países que no cuentan con niveles adecuados pero procesan datos provenientes de terceros países como consecuencia del costo competitivo de sus servicios.

En el 2009, durante la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad se realizó el primer esfuerzo, por fuera del marco europeo, de establecer estándares mínimos en protección de datos y privacidad, según la experiencia y recomendaciones de alrededor de 24 autoridades de control a nivel mundial. La Resolución de Madrid constituye un gran esfuerzo que debería hacia el futuro materializarse en la adopción de estos estándares en la legislación interna de cada país o en la creación de un mecanismo normativo supranacional. Aun existe un largo camino por recorrer, sin embargo en un mundo globalizado donde las fronteras, en el universo de los servicios, se desdibujan rápidamente se hace indispensable que existan unos estándares mínimos internacionales en protección de datos como un principio fundamental para desarrollar el sector de tercerización de servicios a distancia.

Como se analizará a continuación, en Colombia existe una protección efectiva del derecho al “habeas data” mediante el mecanismo constitucional de la tutela, sin embargo no se ha desarrollado una normatividad que contemple por vía administrativa la protección de los datos personales. Actualmente el Gobierno Nacional está elaborando un proyecto de ley para incorporar los estándares internacionales en la legislación nacional como un esfuerzo para desarrollar el sector de tercerización de procesos de negocio a distancia en el marco del Programa de Transformación Productiva.

La protección de datos personales en Colombia

En Colombia la protección de datos personales es un derecho fundamental de rango constitucional. La Constitución Política de Colombia de 1991 consagró este derecho en el artículo 15 en los siguientes términos:

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

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

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

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

Este derecho fundamental, conocido comúnmente en Colombia como “habeas data”, ha sido desarrollado extensamente por sentencias de la Corte Constitucional desde 1992⁵.

El derecho al habeas data ha sido definido por la jurisprudencia constitucional colombiana como:

“aquel que otorga la facultad al titular de datos personales de exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de la información que sobre él reposa en los mismos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de sus datos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales. Este derecho tiene naturaleza autónoma y notas características que lo diferencian de otras

⁵ En 1992, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón en la sentencia T-414, la Corte Constitucional profirió el primer fallo de tutela que le ordenó a una central de información financiera (ASOBANCARIA) actualizar de forma inmediata un dato negativo de un ciudadano con una deuda prescrita. En esa ocasión, dicha Corporación sostuvo lo siguiente:

“INTIMIDAD Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. En casos de conflicto insoluble entre ambos, esta Sala no vacila en reconocer que la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial, a la vez, del Estado social de derecho en que se ha transformado hoy Colombia, por virtud de lo dispuesto en el artículo primero de la Carta de 1991”. (Subrayas fuera de texto).

garantías con las que, empero, está en permanente relación, como los derechos a la intimidad y a la información”⁶.

Por su parte, el dato personal, para efectos de la protección consagrada en el artículo 15 de la Constitución Política colombiana, ha sido delimitado como aquel que reúne las siguientes características:

“i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad (...) reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación”⁷.

Se debe resaltar que el derecho al habeas data, por disposición expresa del artículo 85 de la Constitución, es un derecho fundamental que goza de una especial protección frente a otros derechos de consagración constitucional. En efecto, según la norma, el derecho al habeas data es un derecho de aplicación inmediata, esto es, que no necesita de desarrollo legal para que pueda ser aplicado en la práctica. Sobre el particular, conviene resaltar la posición expuesta por el ex presidente de la Corte Constitucional, doctor Manuel José Cepeda Espinosa:

“Dentro de la gama de derechos hay algunos que se pueden aplicar en un caso concreto a solicitud del interesado porque para que así sea no se requiere el Estado precise su contenido, destine partidas presupuestales ni constituya entidades responsables de ejecutar dicho presupuesto (por ejemplo la libertad de expresión). Estos derechos podrían denominarse de aplicación directa, precisamente porque para ser exigibles en casos concretos no requieren de una ley que los desarrolle. Los derechos cuyo cumplimiento sólo puede ser exigido por un individuo en un caso concreto después de que el legislador los ha desarrollado, se denominan derechos de desarrollo legal”⁸.

Aunque el derecho al habeas data ha sido protegido mediante tutela y desarrollado mediante sentencias de la Corte Constitucional, en Colombia no existe una legislación general que proteja mediante un mecanismo administrativo los datos de carácter personal. En el 2008 se realizó el primer intento de promulgar una ley general, sin embargo la Corte Constitucional determinó en su revisión de constitucionalidad que esta ley no era general y que por el contrario se circunscribía específicamente a datos sujetos a análisis de riesgo crediticio. Actualmente Colombia posee una serie de legislaciones sectoriales y una protección efectiva mediante la acción de tutela, sin

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002, fundamento jurídico 4 c)

⁸ Cepeda Espinosa, Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Editorial Temis. Bogotá.

embargo, a excepción de los datos de carácter financiero, no existe un procedimiento administrativo que garantice la protección de los datos personales al igual que un control por parte de una autoridad de control.

Entendiendo esta problemática, el Gobierno Nacional viene trabajando, en el marco del *Programa de Transformación Productiva*, en el primer borrador de proyecto de Ley Estatutaria sobre protección de datos que será radicado en el Congreso el 20 de julio de 2010. Este trabajo articulado entre sector público y privado hace parte de estrategia para desarrollar un sector de tercerización de procesos de negocio a distancia que cumpla con los estándares internacionales y permita posicionar al país como un lugar seguro para el tratamiento de datos nacionales e internacionales.

Desarrollo de una estrategia público-privada para posicionar a Colombia como un país seguro en protección de datos: Programa de Transformación Productiva

En el 2008 el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo inició un proceso de identificación de sectores productivos potenciales y con alta y creciente demanda mundial, los cuales se volvieran los nuevos referentes en el desarrollo económico del país. Si bien el país venía avanzando en una estrategia de internacionalización de su economía a través de la apertura de nuevos mercados y la atracción de inversiones, en el largo plazo se presentaba el reto de transformar el aparato productivo consolidando una oferta exportable de alto valor agregado la cual aprovechará efectivamente las oportunidades que ofrece un mercado preferencial ampliado.

Como resultado de este proceso, en el 2008 la consultora McKinsey & Co. lideró el desarrollo de un plan de negocios sectorial para el sector de tercerización de servicios a distancia, con la participación activa del sector privado en cabeza de sus gremios y empresas, así como de representantes de diferentes instituciones del Gobierno. En este plan de negocios sectorial se identificó que la industria colombiana de BPO&O despertaba un alto interés internacional, en particular de compañías que intentan ingresar a nuevos mercados o establecer sus operaciones en Latinoamérica.

Aunque en el pasado un alto riesgo en aspectos de seguridad era asociado al país, las políticas gubernamentales han permitido un cambio en la percepción internacional que ahora señala a Colombia como un destino estable, de indicadores económicos favorables e infraestructura comparable a los destinos tradicionales de prestación de estos servicios.

El mercado del BPO&O no es nuevo en Colombia. Principalmente las instituciones financieras y las empresas de tecnologías de información habían externalizado sus procesos de servicio al cliente, transacciones y soporte de TI por más de una década. Como muestra de esta afirmación pueden citarse las cifras dadas por la Asociación Colombiana de Contact Centers y BPO&O que informa que durante el 2008 las empresas del sector emplearon, por ejemplo, más de 59.000 personas aunque la mayoría, cerca del 60%, trabajaron en Contact Centers (principal actividad de la industria).

La actividad en el mercado local es dominante en la industria: del total de las ventas, solo el 18% proviene de exportaciones y una alta porción de estas (más del 50%), tiene su origen en países vecinos. El bajo costo, el atractivo uso horario y la preponderancia del español parecen ser los factores determinantes de esta caracterización. Sin embargo, las compañías colombianas han empezado a ampliar su portafolio de servicios: Ahora además de servicios básicos de voz ofrecen también servicios de alto valor tanto de voz como de no voz o incluso, en algunos casos, hasta de operaciones bilingües.

Sin embargo en la medida en que se ingrese en sectores más especializados también los potenciales clientes van a ser empresas donde no sólo el costo es un factor de decisión sino también los mecanismos de protección de la información. Si bien las principales empresas de tercerización adoptan estándares mediante normas ISO, este cumplimiento voluntario no es suficiente para garantizar la protección efectiva de los derechos de los titulares de la información. Por esta razón es indispensable que aparte de ser una referencia en costos y capital humano, Colombia también lo sea por la adopción en su legislación interna de los más altos estándares en protección de datos.

Conclusiones

El desarrollo del sector de servicios y en especial el de la tercerización a distancia representa una alternativa importante de crecimiento en países emergentes. Sin embargo, para mantener un evolución sostenida en el tiempo es necesario ingresar en segmentos con alto valor agregado donde la adopción de estándares internacionales en protección de datos se constituye como una exigencia en la medida

en que el titular de la información y la empresa que externaliza el proceso demandará del más alto cumplimiento y protección efectiva de la información.