



COLOMBIA
FINTECH

COMUNICADO INTERNO

OBSERVACIONES CIRCULAR SIC - TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS

El pasado 16 de febrero, la Superintendencia de Industria y Comercio ("SIC") publicó un [proyecto de Circular Externa, con el fin de adicionar un Capítulo Tercero, sobre la transferencia y transmisión internacionales de datos personales](#), al Título V de la Circular Única, el cual reúne las reglamentaciones e instrucciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a la protección de datos personales, principalmente, reglas aplicables a la información financiera, crediticia, comercial, de servicios, y la proveniente de terceros países, así como las reglas aplicables al Registro Nacional de Bases de Datos.

[COLOMBIA FINTECH](#), en su propósito de fortalecer la economía digital y crear un ecosistema innovador para la generación de productos y servicios financieros confiables e incluyentes, en colaboración con el gobierno y el sector financiero, y en su rol como interlocutor representativo de la industria Fintech local y de dar información responsable y completa a nuestra comunidad y asociados, es importante mencionar lo siguiente:

1. No es cierto que se prohíbe el uso de servicios como AWS, Azure o Bluemix

Se ha difundido en redes sociales una información incorrecta y que ha llevado a equívocos al no mencionar a Estados Unidos y Brasil, entre otros, dentro de los países considerados como "*puertos seguros*", asegurando que se va a prohibir cualquier tipo de tratamiento de la información en estos países. Lo anterior es una interpretación errada del proyecto de circular.

El proyecto debe verse de manera integral teniendo en cuenta toda la normatividad vigente en materia de protección de datos personales que rige en Colombia. El proyecto establece que al realizarse cualquier tipo de tratamiento de la información en aquellos países que no son considerados puertos seguros, debe existir una expresa autorización de los titulares de los datos o acuerdo de transmisión de datos según los lineamientos de la normatividad vigente en Colombia.

2. Hay que diferenciar entre transferencia de datos personales y transmisión de datos personales

Las empresas deben diferenciar dos aspectos de la normatividad. Cuando se considera *transferencia*¹, la empresa debe contar con la declaración de conformidad de la SIC cuando el país no sea puerto seguro, solo en caso de no contar con la autorización expresa e inequívoca del titular de los datos a lo que se suman otras contadas excepciones.

¹ *Transferencia*: la transferencia de datos tiene lugar cuando el responsable y/o encargado del tratamiento de datos personales, ubicado en Colombia, envía la información o los datos personales a un receptor, que a su vez es responsable del tratamiento y se encuentra dentro o fuera del país.



COLOMBIA
FINTECH

COMUNICADO INTERNO

OBSERVACIONES CIRCULAR SIC - TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS

En materia de *transmisión*², no es necesario contar con la autorización del titular de los datos para el envío o tratamiento de la información en un país, así no sea considerado puerto seguro, en la medida en que se apliquen acuerdos o contratos de transmisión que contengan los pormenores requeridos por la legislación colombiana con el proveedor de los servicios, como lo contempla el artículo 25 del decreto 1377. Teniendo en cuenta esto, las empresas deben hacer una revisión de los acuerdos con el fin de verificar que cumplan todos los requisitos de la normatividad vigente. Por lo tanto, propenderemos desde COLOMBIA FINTECH para que se apliquen acuerdos de transmisión que consideren las obligaciones de responsables y encargados, donde se informe al titular la transmisión de datos y cuenten con su autorización para ello, y así tengan claridad en que se podrá realizar algún tipo de tratamiento en el exterior, incluyendo almacenamiento de los datos.

--

Teniendo en cuenta lo anterior, las empresas asociadas y aliados de COLOMBIA FINTECH hicieron un ejercicio de identificar aquellas oportunidades, tendencias, beneficios, riesgos potenciales, incertidumbres jurídicas y barreras de entrada que puede derivar la introducción de esta normativa, donde el gremio consideró **INCONVENIENTE** que se proceda con la expedición formal de la mencionada Circular Externa, por las siguientes consideraciones y solicitando claridad en lo siguiente:

- A. Impacto con la exclusión de Estados Unidos.
- B. Claridad en la declaración de conformidad.

Impacto con la exclusión de Estados Unidos

Las empresas agremiadas, en su mayoría, mantienen acuerdos o se han abonado para diferentes aspectos del tratamiento de la información a entidades con cobertura mundial tales como Amazon, Microsoft y Google, muchas de las cuales mantienen sus servidores en EEUU u otros países no considerados como puertos seguros.

En esa medida se solicita a la Superintendencia mediante su circular concretar si además de los requisitos generales establecidos en la normatividad ya vigente para los acuerdos de transmisión internacional se requiere cumplir con algún otro aspecto con el fin de no tener que realizar un proceso de declaración de conformidad.

² *Transmisión*: tratamiento de datos personales que implica la comunicación de los mismos dentro o fuera del territorio de la República de Colombia cuando tenga por objeto la realización de un tratamiento por el encargado por cuenta del responsable.



COLOMBIA
FINTECH

COMUNICADO INTERNO

OBSERVACIONES CIRCULAR SIC - TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS

Para ello, es importante destacar que aun cuando en Colombia el marco general de protección de datos personales, fue inspirado en el modelo europeo, el mismo es un país independiente cuyas reglas y análisis de autoridad deben hacerse de forma propia y soberana. En consecuencia, no es admisible que se incluya una lista de países que ofrecen un nivel adecuado de protección, determinados así única y exclusivamente por el análisis realizado por las autoridades europeas competentes, cuando la autoridad colombiana no ha procedido de forma local e independiente a determinar si cada uno de ellos cumple con los estándares colombianos para ser considerado como un país receptor garantista de un “nivel adecuado de protección”.

Adicionalmente, es importante considerar que la Unión Europea ha hecho esfuerzos comunes con Estados Unidos a fin de crear modalidades de operación que permitan el flujo pacífico de información personal entre los mismos (por ejemplo: el anterior *Safe Harbor* o *Puerto Seguro* y el actual *Privacy Shield* o *Escudo de Privacidad*, entre otros). Es válido entonces cuestionar a la autoridad colombiana si cuenta con herramientas o acercamientos similares que permitan justificar la exclusión directa de Estados Unidos, de la lista de países que garantizan un nivel adecuado de protección en los términos descritos en el proyecto de Circular Externa.

Finalmente, puede que la autoridad colombiana considere que el hecho de que Estados Unidos no cuente con una ley general (nivel federal) de protección de datos personales, entre otros, sea suficiente para excluirlo de la lista de países que garantizan un nivel adecuado de protección, sin embargo, se considera válido anotar que de conformidad con la Directiva Europea 95/46/CE artículo 25, “*el nivel de protección de datos ofrecido por un tercer país se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos; en particular las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el tercer país de que se trate*” (en referencia a la Decisión de Ejecución UE 2016/1250 de la Comisión donde se analizó el Escudo de Privacidad con Estados Unidos).³

Sería entonces contraproducente que se excluya a Estados Unidos de la lista de países establecidos en el proyecto de la Circular Externa, sin analizar/examinar de forma clara, por parte de la autoridad colombiana, si sus normas sectoriales garantizan o no un nivel adecuado de protección. Se destaca el antecedente europeo en la medida en que es la línea exclusiva de estudio que ha sido observada por la SIC para el proyecto de Circular Externa. En coherencia con esta línea de análisis, se sugiere a la SIC incluir a Estados Unidos en la lista de países presentados en la Circular Externa.

Claridad en la declaración de conformidad

³ Es relevante mencionar que el análisis hecho para establecer aquellos estándares adecuados de protección en un país receptor de información personal, no tiene en cuenta las diferentes familias de tradición jurídica y excluye todos aquellos países de tradición jurídica anglosajona, en los que la creación del derecho se da principalmente por vía jurisprudencial.



COLOMBIA
FINTECH

COMUNICADO INTERNO

OBSERVACIONES CIRCULAR SIC - TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS

Los requisitos consagrados en el literal b aparte I y III del numeral 3.3. exceden aquellos contenidos en el artículo 26 de la Ley 1581 de 2012. El artículo 26 de la ley 1581 de 2012 prohíbe la transferencia internacional de datos personales a países que no proporcionan niveles adecuados de protección salvo que se trate de “información respecto de la cual el titular haya otorgado su autorización expresa e inequívoca para la transferencia”, entre otros. Acto seguido, establece el parágrafo del artículo 26 que sólo en los casos no contemplados como excepción, corresponderá a la SIC proferir la declaración de conformidad. De manera que al establecer este proyecto de Circular Externa que para la transmisión se requiere que la misma se haga a un país que garantice la protección y se tenga una declaración de conformidad, desconociendo los eventos en los que un titular, pese a no cumplirse estos requisitos ha consentido libremente que la transmisión se dé, como bien lo indica la excepción del artículo 26 de la Ley 1581 de 2012, es ir más allá de lo que legalmente se estableció para esta clase de tratamiento.

Por lo tanto, la medida debería ser más específica y práctica acerca de los criterios mínimos de verificación que a su juicio aplicaría la Superintendencia para la respectiva declaración de conformidad de un país no incluido en la lista. Y en caso de llegarse el caso de tener que acoger el requisito de una declaración de conformidad, es fundamental indicar en la resolución qué documentos se deben allegar y que requisitos deben ser cumplidos por el solicitante.

--

Finalmente, COLOMBIA FINTECH propone organizar mesas de trabajo con todos los sectores interesados para socializar y profundizar en esta iniciativa que merece un debate real con cuidado, conocimiento y responsabilidad, para atender estos cuestionamientos y ampliar el esfuerzo público-privado para promover la economía y la transformación digital en el país.