

## **COMENTARIOS AL PROYECTO DE CIRCULAR EXTERNA DE LA SIC QUE TIENE COMO PROPOSITO ADICIONAR UN CAPITULO TERCERO AL TITULO V DE LA CIRCULAR UNICA**

La Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, ha invitado a los interesados para que presenten sus comentarios frente al Proyecto de Circular externa que tiene como propósito dar lineamientos tanto para la transferencia como para la transmisión de datos personales, lo que conlleva a que esté dirigida tanto a los Responsables como a los Encargados del Tratamiento de datos personales, éstos últimos, toda vez que es posible que hayan sub encargos que deban realizarse fuera del país.

De manera previa a expresar algunos comentarios que consideramos pueden ser de utilidad, queremos señalar la importancia de la iniciativa, sin duda es un esfuerzo valioso que deja ver el ánimo de la SIC por dar lineamientos que faciliten a los Responsables y Encargados el poder seleccionar el país de destino, así como el poder formalizar las relaciones de alojamiento, o tratamientos preexistentes.

Ahora bien, dicho lo anterior pasamos a señalar que, de la lectura integrada que hemos hecho del proyecto y de las previsiones pertinentes de la Ley 1581 de 2012 y del Decreto 1377 de 2013, nos surgen algunas inquietudes, tanto en el tema de la transferencia como en el de la transmisión, las cuales queremos compartirles, junto con algunas propuestas que esperamos puedan contribuir al análisis y regulación de este importante tema:

### **1. Transferencia Internacional de Datos Personales:**

1.1. El Régimen General de Protección de Datos prohíbe como regla general la transferencia de datos a terceros países que no proporcionen un nivel adecuado de protección equivalente en lo esencial al ofrecido en Colombia<sup>1</sup>; esto salvo que la operación de flujo transfronterizo se enmarque dentro de alguna de las seis (6) excepciones establecidas en la misma norma. Cita la Ley 1581:

**“Artículo 26. Prohibición.** Se prohíbe la transferencia de datos personales de cualquier tipo a países que no proporcionen niveles adecuados de protección de datos. Se entiende que un país ofrece un nivel adecuado de protección de datos cuando cumpla con los estándares fijados por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la materia, los

---

<sup>1</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Precisó el Alto Tribunal: “En este sentido, y con sujeción a lo indicado por el referido Grupo de Trabajo de Protección de Datos de la Unión Europea, se entenderá que un país cuenta con los elementos o estándares de garantía necesarios para garantizar un nivel adecuado de protección de datos personales, si su legislación cuenta; con unos principios, que abarquen las obligaciones y derechos de las partes (titular del dato, autoridades públicas, empresas, agencias u otros organismos que efectúen tratamientos de datos personales), y de los datos (calidad del dato, seguridad técnica) y; con un procedimiento de protección de datos que involucre mecanismos y autoridades que efectivicen la protección de la información. De lo anterior se deriva que el país al que se transfiera los datos, no podrá proporcionar un nivel de protección inferior al contemplado en este cuerpo normativo que es objeto de estudio.”.

cuales en ningún caso podrán ser inferiores a los que la presente ley exige a sus destinatarios. Esta prohibición no regirá cuando se trate de:

- a) Información respecto de la cual el Titular haya otorgado su autorización expresa e inequívoca para la transferencia;
- b) Intercambio de datos de carácter médico, cuando así lo exija el Tratamiento del Titular por razones de salud o higiene pública;
- c) Transferencias bancarias o bursátiles, conforme a la legislación que les resulte aplicable;
- d) Transferencias acordadas en el marco de tratados internacionales en los cuales la República de Colombia sea parte, con fundamento en el principio de reciprocidad;
- e) Transferencias necesarias para la ejecución de un contrato entre el Titular y el Responsable del Tratamiento, o para la ejecución de medidas precontractuales siempre y cuando se cuente con la autorización del Titular;
- f) Transferencias legalmente exigidas para la salvaguardia del interés público, o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.”.

Existe entonces una prohibición general de transferir a países que no garanticen un estándar mínimo de protección como el nuestro, salvo que se trate de determinadas transferencias listadas de manera taxativa o de aquellas que hayan sido autorizadas por la SIC mediante declaración de conformidad, al respecto señala la misma norma:

“(…)

**Parágrafo 1º.** En los casos no contemplados como excepción en el presente artículo, corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio, proferir la declaración de conformidad relativa a la transferencia internacional de datos personales. Para el efecto, el Superintendente queda facultado para requerir información y adelantar las diligencias tendientes a establecer el cumplimiento de los presupuestos que requiere la viabilidad de la operación.

(…).” (Negrilla y Subrayado del fuera de texto original).

Lo anterior permite concluir que el flujo transfronterizo de datos es viable legalmente en los siguientes escenarios, cuando: **i)** el país receptor ofrezca un nivel adecuado de protección en lo que respecta a la transferencia de datos personales procedentes de Colombia; **ii)** la operación de transferencia se encuentre enmarcada dentro de las excepciones fijadas por el artículo 26 arriba citado; **iii)** La SIC profiera una declaración de conformidad relativa a la transferencia internacional de datos personales, referida a una operación en concreto que se le pone a su consideración.

1.2. El proyecto de Circular por su parte establece lo siguiente: **1º** Los elementos o estándares de garantía necesarios para determinar si un tercer país garantiza un nivel adecuado de protección de datos personales (Numeral 3.1.). **2º.** Un listado de cuarenta y cuatro (44) países que en concepto de la SIC “*garantizan un nivel adecuado de protección*” (Numeral 3.2.). **3º.** La facultad otorgada a los Responsables del Tratamiento para determinar si un país receptor, que no se

encuentre en el listado establecido en el proyecto de circular, cuenta con ese nivel adecuado de protección (Parágrafo, Numeral 3.2). **4º.** La posibilidad de solicitar la declaratoria de conformidad relativa a la transferencia internacional de datos personales, cuando el Responsable considere que el país no cumple con los requisitos del Núm. 3.1. (Parágrafo, Numeral 3.2).

Así las cosas, y siguiendo los parámetros establecidos en el documento de la SIC, se puede concluir que el flujo transfronterizo de datos es viable legalmente en los siguientes escenarios, cuando: **i)** el país receptor se encuentre dentro del listado de los cuarenta y cuatro (44) países; **ii)** el país receptor ofrezca un nivel adecuado de protección de datos. El cual podrá determinarse por parte del Responsable con base en la verificación de los estándares o criterios establecidos por la SIC; **iii)** el tercer país receptor no está en la lista, o, no cumple con los estándares fijados en el numeral 3.1 del proyecto, y se solicita la declaración de conformidad a la SIC.

El punto que nos genera inquietud está referido a la facultad otorgada al Responsable para determinar si el tercer país que no está en la lista cumple con los criterios establecidos en la norma, ya que si bien, visto desde una perspectiva positiva otorga una flexibilidad importante que ha de facilitar el flujo transfronterizo de datos a terceros países, a la vez delega esa función de verificación que el legislador estableció en cabeza de la Autoridad en un particular, a lo que se suma que ese particular debe asegurar un cumplimiento que de por sí ya luce complicado cuando es la Autoridad quien lo realiza.

Esta posición ya fue fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad C-748 de 2011, cuando indicó:

“En relación con el ahora proyecto de Ley que es objeto de estudio, debe decirse en primer lugar que difiere de lo señalado en la Ley 1266 de 2008[297], pero coincide con el modelo europeo, en cuanto otorga la competencia de determinar qué países proporcionan un nivel adecuado de protección de datos en el órgano de control, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio, y no en los operadores que manejan los datos.

En consecuencia, e inclusive, integrando lo contemplado en la Ley 1266 de 2008, por disposición del parágrafo 2º del artículo 26 del Proyecto de Ley en estudio[298], será la Superintendencia de Industria y Comercio la encargada de determinar si un país otorga garantías de protección de datos”<sup>2</sup>.

Es ante esta dificultad, respetuosamente quisiéramos proponer que se evaluaran alternativas tales como: adopción de “cláusulas tipo de protección de datos” adoptadas por la Autoridad Nacional de Protección de Datos o cláusulas contractuales autorizadas por la autoridad de control, siguiendo para ello el Reglamento 0679 de la Unión Europea<sup>3</sup>, con lo cual se podría suplir la falta de la declaración expresa de conformidad o cumplimiento por parte de los países no

---

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

incluidos en la lista, garantizando el mínimo de derechos que corresponden al Titular del Dato. Así mismo, se podría también considerar la adopción de un modelo de contrato de transferencia internacional de datos personales, tal como lo estableció Argentina en el año 2016 al adoptar la figura del contrato modelo para llevar a cabo la transferencia internacional de datos personales; de esta manera se genera un instrumento equivalente al concepto de declaración de conformidad, a la vez que se imprime agilidad a los procesos que requieran la circulación de los datos.

## **2. Transmisión internacional de datos personales:**

Ahora bien, en relación con la inclusión de las operaciones de transmisión dentro de las mismas premisas que se utilizaron para el tema de la transferencia tenemos la siguiente inquietud:

¿Resulta apropiado equiparar la transmisión a la transferencia, cuando ambas operaciones han sido reguladas de manera independiente y específica por parte de la Ley y el decreto reglamentario?

Veamos las normas que consagran estos tipos de operaciones:

**“Decreto 1377 de 2013, artículo 24. De la transferencia y transmisión internacional de datos personales.** Para la transmisión y transferencia de datos personales, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Las transferencias internacionales de datos personales deberán observar lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1581 de 2012.
2. Las transmisiones internacionales de datos personales que se efectúen entre un responsable y un encargado para permitir que el encargado realice el tratamiento por cuenta del responsable, no requerirán ser informadas al Titular ni contar con su consentimiento cuando exista un contrato en los términos del artículo 25 siguiente.” (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, de acuerdo con las normas vigentes pueden operar la transmisión cuando exista autorización del Titular o cuando se haya suscrito un contrato en los términos establecidos en el Art. 25 del Decreto 1377.

No obstante, lo anterior, el proyecto de circular, añade una posibilidad de transmitir los datos por fuera del territorio colombiano a países que según la SIC o según el particular (atendiendo lo señalado en los numerales 3.1. y 3.2. de la Circular), proporcionen un nivel adecuado de protección de datos, con lo cual se está creando una tercera forma de legitimar la transmisión internacional de datos, que no fue contemplada en la Ley Estatutaria ni en el decreto 1377 de 2013, que la reglamenta.

Si bien, debe resaltarse el esfuerzo que hace la SIC por ayudar a flexibilizar estos aspectos, también es cierto que la garantía a los derechos de los titulares es fundamental, y que el contar con el contrato de transmisión garantiza en gran medida los aspectos fundamentales que a éste en principio atañen, podría enriquecerse, claro que sí, pero no debería sustituirse por una evaluación interna

que hace la empresa, que además quedará expuesta a una revisión del cumplimiento de los criterios, que podría no llegar a coincidir con la aplicación de los parámetros que habría efectuado la SIC. Con lo cual quedan expuestos tanto la empresa como el titular.

Extender la figura de la declaratoria de conformidad, propia de la transferencia, por vía de circular puede resultar generando un vicio a la norma.

Por último, quisiéramos dejar estas preguntas como corolario de lo hasta aquí expresado.

1. ¿Pueden extenderse, vía circular, los criterios que la Ley 1581 previó para la transferencia a la transmisión?
2. Sí lo anterior fuera así, ¿por qué se omitió mencionar las excepciones previstas en el artículo 26º de la Ley 1581 de 2012, entre ellas, contar con la autorización del Titular?
3. ¿Cómo puede un Responsable del Tratamiento, frente a casos de transferencia, estar seguro que su criterio de validación de requisitos ha sido suficiente e idóneo para enviar los datos sin autorización del Titular?
4. ¿Es seguro para un particular asumir la responsabilidad de definir si los criterios para poder transferir o transmitir a un país que la misma Autoridad no ha considerado seguro, se cumplen?
5. ¿Qué metodología y periodicidad se ha pensado establecer para actualizar la lista inicialmente aprobada por la SIC?
6. ¿Qué tipo de evidencia o pruebas debería conservar un particular que decida que determinado país cumple, bajo su criterio, con un nivel adecuado de protección de datos?
7. ¿Bajo qué parámetros, estándares o marcos de referencia realizará la Superintendencia de Industria y Comercio la revisión de la forma como se llevó a cabo dicho proceso de evaluación y verificación de estándares? Esto nos parece fundamental, pues si se tiene en cuenta el rigor y el grado de detalle con el que se expidió la única declaración de conformidad conocida hasta ahora, sería muy aconsejable que se expresará de manera clara en qué grado y con qué detalle se va a llevar a cabo esta verificación por parte de la SIC, cuando haya lugar a ello.
8. ¿El particular puede llegar a ser sancionado en aquellos casos en que sus criterios para determinar que un tercer país cumple con un nivel adecuado de protección difieran de los que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) considere correctos?

### **Reflexiones finales:**

- ✓ El régimen colombiano se fundamenta en el régimen europeo de protección de datos personales. En dicho régimen el concepto de transferencia incluye el concepto colombiano de transferencia y transmisión. Sin embargo, el régimen colombiano se apartó de ese concepto, y las reguló de manera separada. Extender ahora los mecanismos previstos para la transferencia a la transmisión vía circular puede generar una mayor confusión, a la vez que puede dar lugar a la aplicación de distintos tipos de rigor y detalle en el proceso de análisis y verificación que a la postre lleven a una falta de homogeneidad en la forma en como se aprecia la conformidad o no en el cumplimiento por parte de terceros países.
- ✓ Sería muy deseable que, si la citada aproximación, es decir el haber regulado de manera separada la transferencia de la transmisión, no se considera hoy adecuada, se hagan los ajustes por la vía de una modificación a la ley y/o del decreto reglamentario en lo que sea pertinente, pero no veríamos recomendable hacerlo vía circular.
- ✓ Existen otros mecanismos que pueden dar mayor seguridad jurídica para facilitar la circulación de los datos, tales como las cláusulas y los contratos tipo, bajo el análisis efectuado se ve deseable que se consideren estas figuras, con ello se evita el dejar el tema tan abierto a las interpretaciones y verificaciones generales de cada particular. O, en su defecto, se sugiere enriquecer los lineamientos de verificación y su alcance para hacer más robusta la circular y menos susceptible de diversas y disímiles interpretaciones.

Agradecemos la oportunidad que se ha dado de presentar estos comentarios y quedamos a su entera disposición para lo que ustedes puedan considerar útil.

Cordial saludo,

**Stella Vanegas**