

Bogotá D.C., Marzo 8 de 2017

Señora

María Claudia Caviedes Mejía

Superintendente Delegada para la Protección de Datos Personales

Superintendencia de Industria y Comercio

E.S.D.

Referencia: Comentarios CCCE frente al Proyecto de Circular de Transferencia Internacional de datos personales a terceros países.

Estimada doctora Caviedes:

Victoria Virviescas Calvete, en mi calidad de Directora Ejecutiva de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE) me permito formular a su autoridad los siguientes comentarios respecto del proyecto de Circular Externa mediante la cual se adiciona un "*Capítulo Tercero al Título V de la Circular Única, sobre transferencia internacional de datos personales, a terceros países*".

Primer comentario. La mayor preocupación de los afiliados de la CCCE es la ausencia de los Estados Unidos de América dentro de la lista de países previstos en el numeral 3.2. del proyecto de Capítulo Tercero al Título V de la Circular Única, en la cual se establece una presunción de los Países considerados por la Superintendencia de Industria y Comercio como contentivos de niveles adecuados de protección de datos. Lo anterior con base en las siguientes razones:

En primer lugar, el no incluir a los Estados Unidos de América conlleva una afectación negativa a la economía colombiana en general y a la economía digital en particular. En efecto, los Estados Unidos de América es el centro de las más importantes empresas de economía digital, a través de las cuales se prestan servicios especializados que permiten el desarrollo de muchas actividades digitales para empresas colombianas de todos los sectores y tamaños. Sólo para citar un ejemplo el servicio de Amazon Web Services posee el 35% de los servicios de "hosting" a nivel mundial y son los Estados Unidos de América el principal socio comercial de Colombia.

En segundo lugar, los Estados Unidos de América son un país que, en materia de protección de datos personales, tiene diferentes niveles de protección intercalados entre normas Estatales y legislaciones Federales, así como por sectores económicos. Empero, a pesar de su complejidad consideramos que se cumple materialmente con los requisitos establecidos en la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y en la sentencia de constitucionalidad C-748 de 2011. Lo anterior porque, de una parte, son el Estado que históricamente inició la protección del derecho a la intimidad¹, derecho

¹ El primer antecedente relevante es el Ensayo sobre el Derecho a la Privacidad de Warren y Brandeis, publicado en el Harvard Law Review (Vol. IV. No. del 15 de Diciembre de 1890) retomado por el propio Louis D. Brandeis, ya en su calidad de Magistrado Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de

que siguen protegiendo a través de sus Cortes las cuales han protegido los datos personales de los individuos con base en lo que se denomina en sus reglas jurídicas como "*derecho de privacidad*".

De otra parte, existe un robusto esquema de autorregulación en donde la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos certifica que empresas poseen un nivel adecuado de protección de los datos personales. En tal sentido, en nuestra opinión, Estados Unidos de América cumple con los principios y recomendaciones del documento denominado CP/CAJP-2921/10 de la Organización de Estados Americanos²

En tercer lugar, incluso la Unión Europea, que es la jurisdicción más restrictiva en materia de transferencia de datos personales, ha permitido, con condiciones, la transferencia de datos con los Estados Unidos de América³.

En cuarto lugar, existe con los Estados Unidos de América acuerdos para la transferencia permanente de datos de naturaleza fiscal, los cuales se rigen bajo la Ley Estatutaria 1581 de 2012. Si bien puede argumentarse que este intercambio se hace bajo la existencia de un tratado bilateral (excepción contemplada en el artículo 26 de la Ley 1581 de 2012), no es menos cierto que en el mismo las partes se obligan a hacer declaraciones respecto a la existencia de salvaguardias adecuadas para asegurar que la información recibida se tratará de manera adecuada, así como la existencia de una infraestructura para un adecuado manejo de la información por parte de cada País interviniente,⁴ y que sería poco razonable contar con Acuerdos de intercambio de datos privados con países con los cuales se tenga alguna duda respecto al respeto del derecho fundamental de Habeas Data.

Segundo Comentario. Reconociendo que la Ley 1581 de 2012 de manera expresa estableció que "*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*", estos estándares deben sujetarse a las reglas que dio la Corte Constitucional en sentencia C-748 de 2011, que definió el alcance de aplicación de dicho artículo con miras de ser declarado exequible.

Para tal efecto, la Corte Constitucional estableció dos (2) estándares para entender 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".

América. Salvamento de voto. Caso *Olmstead v. United States*, 277 US 479 (1928) y afianzado recientemente por la mayoría de esta Corte en el caso *SPOKEO, INC. v. ROBINS*. 578 U. S. ____ (2016).

² Escrito calendarado el 17 de octubre del 2011, que consagra los PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS.

³ Cf. Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión Europea del 12 de julio de 2016.

⁴ Acuerdo respecto al cumplimiento Fiscal relativo a Cuentas en el Extranjero (FATCA) suscrito el 20 de mayo de 2015.

En esa medida solicitamos, de manera respetuosa, que los estándares que establece la SIC se restrinjan a lo previsto por la Corte Constitucional, ya que el proyecto de Circular dispone de requisitos adicionales.

De acuerdo con lo anterior, nos permitimos sugerir la siguiente redacción para los estándares previstos en el numeral 3.1. del proyecto:

- "a) Existencia de normas aplicables al tratamiento de datos personales.*
- b) Existencia de principios aplicables al Tratamiento de datos.*
- c) Consagración normativa de derechos de los Titulares.*
- d) Consagración normativa de deberes de quienes realicen el tratamiento de datos.*
- e) Existencia de procedimientos para garantizar la protección de la información, los cuales podrán ser administrativos, judiciales, extrajudiciales o privados.*
- f) Existencia de autoridad (es) encargada (s) de protección de datos personales o de privacidad".*

Tercer comentario. Este comentario está relacionado con el literal b) del artículo 3.1. del Proyecto de Capítulo Tercero de la referencia que dispone:

"3.1 b) Consagración normativa de principios aplicables al Tratamiento de datos, entre otros: legalidad, finalidad, libertad, veracidad o calidad, transparencia, acceso y circulación restringida, seguridad y confidencialidad".

A juicio de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico, la exigencia consistente en que el país receptor de la información cuente con una consagración normativa de los principios aplicables al Tratamiento de datos, supone que dentro de sus normas pertinentes de protección y tratamiento de datos personales estén expresamente consagrados dichos principios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la expedición de normas vinculantes es diferente en cada jurisdicción dependiendo de cada tradición jurídica y la técnica legislativa de los Estados es diversa, por ejemplo, –a diferencia de lo que ocurre en Colombia en el Título II de la Ley 1581 de 2012– muchos países no destinan un apartado a los principios rectores que rigen una determinada normatividad y esta situación no debe entenderse ni deriva en que dichas normatividades no brinden una adecuada protección a los datos personales, o que si bien no están enunciados taxativamente los principios, si estén desarrollados implícitamente en el contenido normativo o incluso por su práctica judicial, tal como sucede en Países con tradición legal anglosajona, como se describió en el primer comentario respecto de los Estados Unidos de América.

Un claro ejemplo de una protección adecuada de los datos personales es la Ley 19628 de la República de Chile sobre "*Protección de la vida privada*"⁵ que, a pesar de contener los demás requisitos del numeral 3.1, no consagra expresamente los principios aplicables al tratamiento de datos, pero que si los protege adecuada y materialmente.

⁵ Ley del publicada el 28 de Agosto de 1999.

En este orden, solicitamos de manera respetuosa cambiar el texto propuesto de "*Consagración normativa de principios aplicables al Tratamiento de datos*" por el de "*Existencia de principios aplicables al Tratamiento de datos*".

Cuarto comentario. En el texto de la Circular Externa sugerimos incluir instrucciones respecto de lo consagrado en el parágrafo 1 del artículo 26 de la Ley 1581 de 2012 que trata "*la declaración de conformidad de la Superintendencia de Industria y Comercio*". Lo anterior para determinar cómo se realizaría dicho trámite, cuáles serían sus elementos y pasos y la duración de los mismos, incluso consideramos positivo que la SIC estableciera responder tales solicitudes en un plazo máximo de quince (15) días para que el trámite sea eficiente, a voces del artículo 209 de la Constitución Política.

5. Otras observaciones

Por lo demás, tenemos una última respetuosa sugerencia en la forma de listar los países que "*Cuentan con un nivel adecuado de protección de datos personales*", pues la misma a pesar de ser creativa y diferente, es muy compleja. Lo anterior porque se utilizan dobles letras para mantener el orden, por ejemplo, Suiza es nn) y Uruguay es oo). En nuestra opinión, es mejor usar un orden numérico secuencial como 3.2.1., 3.2.2 etc, pues es más claro y evita confusiones.

Gracias por la atención recibida.

Cordialmente,

F.D.O

Victoria Virviescas Calvete

Directora Ejecutiva

Cámara Colombiana de Comercio Electrónico