

Bogotá D.C., Agosto 1 de 2017

Señor

Pablo Felipe Robledo del Casillo

Superintendente de Industria y Comercio

Superintendencia de Industria y Comercio

E.S.D.

Referencia. Comentarios al 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" publicado por su autoridad el pasado 17 de julio de 2017.

Victoria Virviescas Calvete en mi calidad de Presidente Ejecutiva de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico me permito, dentro del término fijado para el efecto por la Superintendencia de Industria y Comercio, realizar consideraciones adicionales a su autoridad respecto del nuevo (segundo) texto de 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" publicado por su autoridad el pasado 17 de julio de 2017.

Se reconoce la importancia de la acción de la SIC de volver a publicar para comentarios el texto del proyecto, pues el mismo tiene importantes cambios respecto de la versión anterior puesta en conocimiento del público en general y de la industria en particular.

La CCCE reconoce los cambios positivos realizados en esta segunda versión de texto de 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", en especial la inclusión de los Estados Unidos de América plasmada del segundo texto del proyecto de Circular Externa, pues como se puede apreciar del nuevo texto del numeral 3.2. "Países que cuentan con un nivel adecuado de protección de datos personales del proyecto" incluye a esta nación.

Empero, si bien hubo una importante mejora en el texto del mencionado numeral 3.2., en todo caso respecto al mismo, son importantes las siguientes consideraciones:

Comentario primero

En primer lugar, vemos con preocupación que en esta nueva versión, se omiten del todo las instrucciones de la SIC relacionadas con la transmisión internacional de datos personales, instrucciones que sí estaban incluidas en la versión anterior.

La ausencia de instrucciones sobre las transmisiones internacionales de datos, puede generar una gran incertidumbre jurídica y sendas dificultades de interpretación de las normas vigentes. Si bien la Ley 1581 de 2012 hace referencia únicamente a las Transferencias de datos personales a terceros países, lo cierto es que la creación de las Transmisiones internacionales de datos personales que trajo consigo el Decreto 1377 de 2013 no es sino el reconocimiento de una especie de flujo transfronterizo dentro de un único género de Transferencias, lo cual lleva a concluir que las reglas e instrucciones impartidas por la SIC sobre las Transferencias (el género) deben aplicar a las Transmisiones (la especie). Lo cierto es que la Ley 1581 de 2012 establece las reglas generales para toda circulación de datos por fuera de Colombia (que denomina transferencia), a los cual el Decreto 1377 de 2013 reglamenta este principio en dos categorías, la Transferencia y la Transmisión. Por tal motivo no tiene ningún sentido que se pueda realizar Transferencia internacional de datos sin autorización a países con nivel adecuado de protección y no se pueda hacer una Transmisión internacional, cuando en este caso no se ha cambiado de responsable.

En ese sentido, pedimos muy respetuosamente a la SIC dar claridad expresa frente a este hecho, que aunque se desprenda lógicamente de una lectura de la Ley 1581, no es una regla que haya quedado clara en este nuevo borrador de circular.

Esta omisión genera, además, una afectación tanto a los consumidores colombianos de servicios que se prestan bajo Transmisión de datos a terceros países, como a las empresas extranjeras que pretenden prestar este tipo de servicios desde el exterior, dado que la omisión legal crea una percepción de desconfianza en los servicios provistos desde el extranjero que es imposible de contrarrestar con mensajes comerciales de tranquilidad desde el sector privado.

Esta omisión también lleva a establecer un régimen a las Transferencias internacionales más laxo que el que se daría a las Transmisiones internacionales, como si el riesgo para los datos personales involucrados en una Transmisión fuera mayor que el riesgo para los datos personales involucrados en una Transferencia, lo cual es un absurdo jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos a la SIC para que re-introduzca nuevamente en el proyecto de circular las reglas propuestas en la versión anterior en el punto 3.3, es decir: que las reglas de Transferencia internacional previstas en el puntos 3.1, 3.2 y 3.3 sean también aplicables a la Transmisión internacional. En ese sentido, proponemos incluir lo siguiente:

3.4 Transmisión Internacional de Información Personal

La transmisión de datos que ocurre cuando el Responsable del tratamiento de datos personales ubicado en Colombia remite la información personal a un receptor fuera del territorio nacional, con el objeto de que este último realice un tratamiento por cuenta del

Responsable, no requerirá ser informada al Titular ni contar con su consentimiento cuando exista un contrato de transmisión de datos personales en los términos del artículo 2.2.2.25.5.2 del Decreto 1074 de 2015.

Si no se tiene dicho contrato, deberá cumplirse con alguna de las siguientes reglas:

a) Informar al Titular la transmisión de datos y contar con su autorización para ello, o

b) Observar lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1581 de 2012, a saber:

(i) Transmitir datos personales solo a países que proporcionen niveles adecuados de protección de datos, para lo cual se deberá tener en cuenta lo establecido en los numerales 3.1 y 3.2 anteriores, o

(ii) Estar dentro de una de las excepciones establecidas en los literales contenidos en el artículo 26 de la Ley 1581 de 2012, o

(iii) Obtener una declaración de conformidad emitida por esta Superintendencia, para lo cual se deberá tener en cuenta lo establecido en el numeral 3.3 anterior”.

Comentario segundo

No consideramos apropiado incluir la siguiente frase “*y los países que han sido declarados con nivel adecuado de protección por la Comisión Europea*” pues remitir directamente a decisiones de sujetos de derecho internacional de los cuales Colombia no es miembro, podría generar riesgos de legalidad del proyecto de Circular Externa, por haber reconocido y estar aplicando decisiones de entidades extranjeras en el territorio Colombiano y a entidades de nacionalidad Colombiana.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la CCCE rechace la razón material de la inclusión de la frase en cita, pues estamos de acuerdo con la idea según la cual cualquier Estado que sea reconocido en la Unión Europea por contar con un nivel de adecuado de protección de datos personales, cumple con un estricto estándar y en esta medida debería ser incluido en la lista del numeral 3.2. del Proyecto de Circular.

En este orden, se solicita incluir en dicha lista nominalmente todos los Estados que han sido reconocidos en la Unión Europea por tener niveles adecuados de protección de datos, sin hacer la referencia a entidades internacionales como la Comisión Europea, las cuales no tienen competencia en el territorio Colombiano o respecto de los nacionales colombianos.

Comentario tercero

Llama la atención la exclusión de la República de Chile de la lista del numeral 3.2. del proyecto en la medida que, como ya lo había comentado esta Cámara en las

consideraciones sobre el primer proyecto de Circular Externa, un claro ejemplo de una protección adecuada de los datos personales en el plano internacional es la Ley 19628 de la República de Chile sobre "*Protección de la vida privada*"¹ que, a pesar de contener los demás requisitos del numeral 3.1, no consagra expresamente una lista de principios aplicables al tratamiento de datos, pero en dicha jurisdicción si se protege adecuada y materialmente los datos personales.

Respecto del caso de la República Federativa del Brasil, entendemos que las autoridades encargadas de la protección de datos privados están pendientes de la aprobación del Proyecto de Ley 5217 de 2016 que consagra "*Disposições sobre el tratamiento de datos personales para la garantía del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona natural*"², cuyo texto inicial se presentó desde el año 2012. En tal sentido, tal y como lo consagra el mismo numeral 3.2. la Superintendencia de Industria y Comercio deberá revisar la lista de países incluidos en la misma, para incluir otros que cumplan con los estándares colombianos sobre protección de datos privados.

Comentario cuarto

También se reconoce como positivo la inclusión del nuevo párrafo tercero al numeral 3.2. que dice en su tener literal: "*El simple tránsito transfronterizo o redirección de datos no comporta una transferencia de datos a terceros países*" en la medida que dicho párrafo parecería aclarar y excluir de la aplicación de la Circular Externa eventos que técnicamente no son una transferencia o transmisión de datos. Sin embargo, estos términos no están contemplados en las leyes de datos personales colombianas. Vemos, en efecto, que ni en la Ley 1581 de 2012 ni en el Decreto 1377 de 2013 se hace referencia a qué es un tránsito transfronterizo o redirección de información personal, lo cual deja grandes dudas sobre cuál es el verdadero significado de esta exclusión expresa. Es decir, no es claro si se refiere a tipos de transmisión o si, en cambio, son categorías nuevas de circulación de datos transfronterizas por fuera de los conceptos legales de transferencia o transmisión. Solicitamos dar plena claridad como quiera que es indispensable que exista certitud sobre el alcance de estos conceptos, en especial para quienes contratan servicios de procesamiento de datos desde el extranjero bajo modalidad de transmisión o bajo otras modalidades no comprendidas en las definiciones de Transmisión o Transferencia contempladas en las leyes colombianas.

¹ Ley del publicada el 28 de Agosto de 1999.

² Cuyo nombre en lengua portuguesa es "*Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural*". Lo anterior de acuerdo con la información de la Cámara de Diputados federales del Brasil. Cf.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378> visitada el 27 de julio de 2017.

Comentario quinto.

Finalmente, se resalta la inclusión del nuevo texto del numeral 3.3 del Proyecto de Circular Externa mediante el cual se consagra el procedimiento para que la Superintendencia de Industria y Comercio para obtener la "*Declaración de Conformidad para la transferencia internacional de datos personales*", instrucción que había sido solicitada por esta Cámara.

Respecto de este procedimiento, si bien se comparte -en líneas generales estas instrucciones- consideramos equivocado el uso del vocablo "*presumirá*" porque éste tiene una significación jurídica específica y propia del derecho probatorio: Una presunción es una hecho que el legislador ha relevado de la carga de la prueba. En tal sentido, se considera que su consagración debe ser por una norma de ley o con fuerza de ley, característica que no tiene el proyecto de Circular Externa.

Ahora bien, la CCCE considera que se debe cambiar la redacción, en concreto, la expresión "*presumirá*" por la palabra "*entenderá*", pues lo que la Superintendencia está haciendo con el proyecto del párrafo del numeral 3.3. simplemente consiste en instruir un trámite que le asignó el legislador, y en el mismo texto de la norma se hace claridad que los Responsables del Tratamiento deberán entregar las probanzas que soportan la aplicación del párrafo a la Superintendencia de Industria y Comercio, sin que se les esté relevando de la carga de la prueba, y en este orden, no siendo necesaria la consagración de una presunción como se consagra en la segunda versión del proyecto de Circular Externa.

Gracias por la atención recibida, atentamente

F.D.O

Victoria Virviescas Calvete
Presidente Ejecutiva