



Bogotá D.C., 1 de agosto de 2017

Doctor

Pablo Felipe Robledo del Castillo

Superintendente

Superintendencia de Industria y Comercio

Ciudad

Doctora

María Claudia Caviedes Mejía

Superintendente Delegada para la Protección de Datos Personales

Superintendencia de Industria y Comercio

Ciudad

Asunto: Comentarios a proyecto de Circular para adicionar un Capítulo Tercero al Título V de la Circular Única - Responsables y Encargados del Tratamiento de Datos Personales.

Apreciados doctores:

En nombre de la Asociación Latinoamericana de Internet (ALAI) reciban un cordial saludo y agradecemos la oportunidad brindada para comentar el proyecto de la referencia.

En primer lugar quisiera manifestar que apreciamos enormemente el largo trabajo que ha realizado la SIC para revisar y analizar diferentes modelos y legislaciones de varios países respecto al Título V de la Circular Única, así como el haber llegado a la conclusión, después del largo y fructífero debate, que los Estados Unidos de América, efectivamente cuenta con un sistema de protección de datos personales que garantiza un nivel adecuado de protección a los datos personales de los colombianos.

No obstante lo anterior, vemos con preocupación que en esta nueva versión se omiten del todo algunas instrucciones de la SIC relacionadas con la transmisión internacional de datos personales, instrucciones que sí estaban incluidas en la versión anterior que hemos analizado. Al respecto, nos gustaría hacerles llegar, con el mayor de los respetos, los siguientes comentarios para su consideración:

- Creemos que la ausencia de instrucciones sobre la realización de transmisiones internacionales de datos, puede generar una gran incertidumbre jurídica y serias dificultades de interpretación de las normas vigentes en Colombia. 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) debe aplicar también a las transmisiones (la especie).
- En este sentido, solicitamos a la SIC disipar cualquier duda al respecto y hacer 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 meridianamente clara en este nuevo borrador de circular.
- Creemos que omitir, como este borrador hace, el hecho lógico de que las transmisiones corren con la misma suerte -y se rigen por la misma regla- que las transferencias, solamente generaría una grave incertidumbre que puede afectar tanto a los consumidores colombianos de servicios que se prestan bajo transmisión de datos a terceros países, como a las empresas que pretenden prestar este tipo de servicios desde el exterior. Así, la omisión a las transmisiones genera una falta de confianza en los servicios provistos desde el extranjero que es imposible de contrarrestar con mensajes comerciales de tranquilidad desde el sector privado en su conjunto.
- Teniendo en mente al consumidor colombiano, pero también al proveedor de servicios desde países que proveen niveles adecuados de protección de datos personales, hacemos un amable llamado a la SIC para que vuelva a introducir 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 de datos.
- Si otro fuera el caso, el tratamiento que el proyecto de circular estaría dando a las transferencias internacionales sería mucho más laxo que el que se daría a las transmisiones internacionales, de manera que 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 sería un total contrasentido, dada, en primer lugar, la naturaleza de género/especie indicada anteriormente y, en segundo lugar, la circunstancia de que las

transmisiones, por su propia naturaleza (de responsable a encargado), se encuentran de por sí mucho más limitadas que las transferencias (de responsable a responsable).

- Por otra parte, si el proyecto de circular omite hacer extensiva la regla de las transferencias a las transmisiones, estaría poniendo en seria desventaja competitiva a los proveedores de servicios originarios de los países “con niveles adecuados” frente a los proveedores de servicios colombianos.
- 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 lo 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. Puede añadirse que incluso en las transmisiones existe mucho mayor certidumbre para el titular de los datos de que estos no serán usados para finalidades distintas para los que fueron recabados por el responsable. En estos casos, el encargado solo actúa por cuenta del responsable, y es por esa misma razón que ni siquiera el consentimiento es requerido. Asimismo, este régimen aplica en una gran parte de las leyes de protección de datos regionales¹ y globales², donde los responsables pueden transmitir datos a encargado dentro o fuera del país, sujetando el tratamiento a reglas establecidas en cláusulas contractuales.
- En ese sentido, para que la Circular pueda ser implementada vemos indispensable incluir el siguiente numeral:

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.

¹Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (LFPDPPP) de los Estados Unidos Mexicanos.

² Personal Data Protection Act (PDPA) de la República de Singapur

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”.

Por último, vemos en el párrafo tercero del artículo 3.2 del borrador de circular unas referencias a “tránsito transfronterizo” y “redireccionamiento”, términos que no están contemplados en las normas de datos personales aplicables en Colombia. Observamos, 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. ¿Se refiere a la “transmisión” internacional de datos que venimos hablando en este documento? Si así lo es, vemos un grave contrasentido en este borrador de circular; si, por el contrario, se trata de una nueva categoría jurídica, es fundamental definir cuál es la noción nueva que se está añadiendo a la normativa, para dar absoluta claridad y tranquilidad a 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 normas colombianas. Esto, pues es fundamental dar seguridad jurídica a quienes realicen tales actividades de “tránsito transfronterizo” y “redireccionamiento”, y no dejarlos al arbitrio de interpretaciones posteriores que puedan realizar las autoridades presentes o futuras.

Frente a este escenario, el cual podría generar incertidumbre jurídica dada la falta de claridad en la norma, respetuosamente solicitamos la eliminación del párrafo en cuestión pues, observamos que en efecto 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 y, por lo tanto, no quedaría del todo clara su propósito ni finalidad.

Agradeciendo la atención prestada y una favorable acogida a los temas aquí planteados, me suscribo de usted con sentimientos de consideración y aprecio,

quedando desde ya a su entera disposición para seguir trabajando junto a ustedes en aras del progreso de la economía digital, tanto en Colombia, como en la región.

Les saluda cordialmente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'G' followed by a series of loops and a long diagonal stroke extending downwards and to the left.

Gonzalo Navarro Cabrera
Director Ejecutivo
ALAI