

Bogotá, D.C., 31 de julio de 2017

Doctor
PABLO FELIPE ROBLEDO
SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Ciudad
E. S. D.

Asunto: Comentarios **FENALCO** al proyecto de circular transferencia de datos personales a terceros países

Estimado Doctor Robledo:

En atención al proyecto de circular de la referencia, puesta en conocimiento en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “Superindustria” o “SIC”) el pasado 17 de julio, la **Federación Nacional de Comerciantes – FENALCO**, dentro del término dispuesto para comentarios, se permite elevar de manera respetuosa algunas consideraciones respecto de la citada iniciativa.

Para ello, a continuación, exponemos las siguientes

I. CONSIDERACIONES

1. Respetto de los estándares de un nivel adecuado de protección del país receptor de la información –artículo 3.1–

Como es bien sabido, el artículo 26 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 – Régimen General de Protección de Datos Personales–, materia de regulación mediante la iniciativa de circular *sub examine*, dispone que solo es admisible la transferencia de datos personales a terceros países cuando dicho Estados

Presidencia Nacional

proporcione **niveles adecuados de protección de datos**. En ese orden de ideas, establece la regla citada, **la Superindustria fijará los estándares para determinar el ya mencionado nivel adecuado de protección de datos que, en ningún caso, puede ser inferior a los que la Ley 1581 de 2012 consagra.**

En ese orden de ideas, el núcleo fundamental de la reglamentación que la SIC esta llamada a expedir, tiene como objetivo medular **establecer el denominado nivel adecuado de protección de datos que permita su transferencia a un tercer país. Eso sí, con sustento en las reglas dispuestas en la Ley 1581 de 2012.**

Para ello, y fundados en el derecho comunitario europeo y extranjero, donde por demás el asunto ya ha sido abordado, consideramos que deben establecerse unos criterios o estándares generales, que no un listado exhaustivo y cerrado de condiciones, a efectos de determinar que el tercer país ofrece un esquema apropiado de protección de datos.

En efecto, la Directiva europea 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, dispone en su artículo 25, acerca de los principios aplicables a la transferencia de datos personales a países terceros y particularmente en el nivel adecuado de protección, que “[...] 2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero **se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurren en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos;** en particular, **se tomará en consideración** la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países. [...]” (se subraya y resalta).

Más aún, las normativas internas europeas, en línea con lo dispuesto por la Directiva citada, recogen un criterio idéntico. A manera de ejemplo, en España, el artículo 33 –norma general en materia de movimiento internacional de datos– de la Ley Organiza 15 de 1999, referente a la Protección de Datos de Carácter Personal, dispone: “[...] 2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia de Protección de Datos **atendiendo a todas las**

circunstancias que concurren en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.”.

Nótese entonces, el análisis que propone la normativa europea para determina el nivel adecuado de protección es dual: primero, un estudio de contexto o circunstancial aplicable al caso concreto de transferencia de datos, y; segundo, unos criterios generales que deben considerarse pero que no comportan un *numerus clausus* o un listado taxativo de estándares a examinar.

Es más, el Grupo de Protección del Tratamiento de Datos Personales europeo –también conocido como Grupo del artículo 29, de donde emana o nace– ha establecido¹, más allá de lo consignado en la Directiva, que un nivel de protección adecuado depende de dos factores esenciales: primero, unos de naturaleza regulatoria, referente a normas sustanciales que reconozcan derechos y obligaciones para los titulares de los datos, así como para los responsables de su tratamiento, y; segundo, unos de carácter procesal e institucional, lo que comprende una serie de reglas procesales y la existencia de autoridades que salvaguarden los derechos de los citados titulares.

Por esas razones, consideramos que la redacción del numeral 3.1 del proyecto de reglamentación bajo análisis debe establecer una serie de estándares que correspondan, justamente, a criterios y no a un listado taxativo, a modo de *check list* absoluto a efectos de verificar el varias veces mencionado nivel adecuado de protección. En ese sentido, el evaluador del nivel adecuado se soportará en unas reflexiones, nuevamente, (i) de contexto en cuanto a la transferencia de los datos, (ii) de derecho sustancial y (iii)

¹ Comisión Europea, Grupo de Protección de las Personas en lo que respecta al Tratamiento de Datos personales, *Primeras orientaciones sobre la transferencia de datos personales a países terceros: posibles formas de evaluar la adecuación* (Bruselas, 1997).

Comisión Europea, Grupo de Protección de las Personas en lo que respecta al Tratamiento de Datos personales, *Transferencia de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE* (Bruselas, 1998).

procesal - institucional aplicable a la protección de los titulares y que, evidentemente, sean homologas o superiores a las colombianas.

· *Algunas apreciaciones formales y de fondo sobre el listado de estándares:*

Primero. Sobre los literales a), b), c) y d). Es importante tener en cuenta que sistemas jurídicos diferentes al colombiano, de tradición eminentemente continental, de Derecho Civil y caracterizados por el Derecho escrito, basan sus normas jurídicas en el derecho consuetudinario, en el que prima la costumbre y la fuerza de las decisiones judiciales. Ello para afirmar, en el caso que nos convoca, que aun cuando no exista norma escrita sobre la protección de datos personales en países con tradición de Derecho consuetudinario, si pueden establecerse principios y reglas jurisprudenciales que mandan la defensa de los titulares de los datos.

De ahí, nuevamente, que se justifique un listado de criterios de evaluación y no unos estándares absolutos. Ver punto anterior.

Segundo. Sobre el literal b). Como una apreciación netamente formal, en la primera línea se lee: “en otros”, cuando, se entendería, debería ser “entre otros”.

2. En cuanto al Parágrafo Primero y Segundo del numeral 3.2, “Países que cuentan con un nivel adecuado de protección de datos personales”

El Parágrafo Primero del numeral 3.2 consagra y desarrolla en este campo, el principio de la responsabilidad demostrada. En efecto, establece la disposición: “Sin perjuicio de que las transferencias de datos personales se realicen a países que tienen un nivel adecuado de protección, los Responsables del Tratamiento, en virtud del principio de responsabilidad demostrada, deben ser capaces de demostrar que han implementado medidas apropiadas y efectivas para garantizar el adecuado tratamiento de los datos personales que transfieren a otro país y para otorgar seguridad a los registros al momento de efectuar dicha transferencia.”.

Sin embargo, no se establece cuál será ese procedimiento, ni como se podrá acreditar las señaladas medidas apropiadas y efectivas para garantizar el

adecuado tratamiento de los datos personales que se transfieren a terceros países. Este hecho abre un amplio ámbito de discusión y vuelve a establecer a las empresas en el campo de, nuevamente, buscar el permiso y la conformidad de la SIC para realizar el tratamiento de datos transfronterizo.

Muy en línea con lo anterior, el Parágrafo Segundo del numeral 3.2 dispone: “Cuando la Transferencia de datos personales se vaya a realizar a un país que no se encuentre dentro de los relacionados en el presente numeral, corresponderá al Responsable del tratamiento que efectuará la transferencia verificar si la operación está comprendida dentro de una de las causales de excepción establecidas en el artículo 26 de la Ley 1581 de 2012, **o, si ese país cumple con los estándares fijados en el numeral 3.1 anterior, casos en los cuales podrá realizar la transferencia**, o, de no cumplirse ninguna de las condiciones anteriores, solicitar la respectiva declaración de conformidad ante esta Superintendencia.” (se subraya y resalta).

Al respecto, y con fundamento a la parte resaltada, estimamos riesgoso dejar a la interpretación de cada empresario la consideración relativa al cumplimiento de los estándares de que trata el numeral 3.1. En esencia porque, en un análisis posterior por parte de la SIC, una vez movilizados los datos a un tercer país –bajo el buen criterio del responsable–, puede apreciarse como equivoca la evaluación inicial y, con base en ello, el responsable encontrarse incurso en algunas de las sanciones de que trata el artículo 23 de la Ley 1581 de 2012.

De ahí que en esos casos también estimemos conveniente que el Responsable del Tratamiento informe a la Superindustria de su decisión, fundada en los criterios que al respecto se determinen. Para ello, y aunado al comentario del Parágrafo Primero, debería establecer un procedimiento mucho más expedito que el de conformidad que permita a la SIC enterarse y conocer sobre la evaluación y medidas apropiadas asumidas por el Responsable del Tratamiento en Colombia, que se dirige a movilizar al extranjero los datos.

Con todo, estimado Doctor Pablo Felipe, solicitamos que las observaciones y comentarios elevados mediante el presente escrito sean tenidas en cuenta al momento de la expedición de la reglamentación propuesta. De igual manera, **FENALCO** está a su entera disposición para trabajar

Presidencia Nacional

conjuntamente en una reglamentación que además de salvaguardar los derechos de los titulares, reconozca la realidad de mercado.

Reciba un atento saludo,



GUILLERMO BOTERO NIETO
Presidente