

Bogotá D.C 26 agosto de 2021

Señores
MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
Ciudad

Asunto. Proyecto de Decreto – “Por el cual se adiciona la Sección 7 al Capítulo 25 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, sobre normas corporativas vinculantes para la certificación de buenas prácticas en protección de datos personales y su transferencia a terceros países”

Reciban un cordial saludo:

Me dirijo a ustedes en nombre de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE), entidad gremial que tiene como objetivo promover en nombre de sus agremiados y, en su calidad de vocero, un entorno favorable para el desarrollo del comercio electrónico en el país, aportando así a la construcción de la Política Pública y la generación de conocimiento y confianza en el sector, para presentar comentarios al Proyecto de Decreto, “Por el cual se adiciona la Sección 7 al Capítulo 25 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, sobre normas corporativas vinculantes para la certificación de buenas prácticas en protección de datos personales y su transferencia a terceros países” en los siguientes términos:

- **Sobre “grupo de empresas”**

El artículo Artículo 2.2.2.25.7.2 establece que son Normas Corporativas Vinculantes (en adelante NCV) “*las políticas o códigos de conducta de obligatorio cumplimiento asumidas por el responsable del tratamiento de datos, establecido en el territorio colombiano, para realizar transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable que se encuentre ubicado por fuera del territorio colombiano y que haga parte de un mismo grupo de empresas.*” (negrillas fuera de texto).

Al respecto, respetuosamente solicitamos mayor claridad respecto del ámbito de aplicación de las NCV que adoptarían los responsables del tratamiento de datos personales en Colombia, en especial frente a la definición de “grupo de empresas” al que se refiere el artículo citado, y si este hace referencia al “grupo empresarial” en los términos de la Ley 222 de 1995, lo que implica necesariamente que exista entre las sociedades control y unidad de propósito y dirección. Estimamos necesario que se defina con claridad el alcance de las NCV respecto de las personas jurídicas a las que podrían vincular.

Sumado a lo anterior, resulta importante indicar si la política debe publicarse en algún lugar específico para conocimiento general de todos los titulares o es reservado y de conocimiento exclusivo de los miembros del grupo empresarial.

Por otra parte, si se tienen en cuenta las memorias justificativas del proyecto de decreto establecen los siguiente en cuanto a la obligatoriedad de acoger un conjunto de normas corporativas vinculantes:

“Las medidas adoptadas en este Decreto están dirigidas a los grupos de empresas que quieran hacer uso de las normas corporativas vinculantes como una alternativa más para la transferencia de datos personales y a la Superintendencia de Industria y Comercio como entidad encargada de aprobar su uso.”

Acorde con lo anterior, se identifica una clara diferencia entre lo pretendido y lo plasmado, pues mientras que el proyecto de decreto establece una obligatoriedad y consecuente con ello, un marco legal previo y autorizado para realizar una transferencia internacional de datos personales entre entidades de un mismo grupo empresarial, las memorias establecen esto como algo facultativo y complementario que las entidades pueden o no tomar.

De otra parte, el proyecto de Decreto no incluye la posibilidad de incluir o excluir la transmisión internacional de datos personales, de un marco de Normas Corporativas Vinculantes (NCV), situación que, si se ve asimilable en el parágrafo cuarto, del numeral 3.2., del capítulo 3, Título 5, de la de la Circular Única, sobre transferencia internacional de datos personales, de la Circular Externa 005 de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio, como a continuación se transcribe:

“Es posible realizar la transmisión de datos personales a los países que cuentan con un nivel adecuado de protección de datos personales, en los términos que rigen la transferencia de datos personales.”

- **Sobre las consecuencias de contar con NCV frente a transferencias de datos personales**

Respetuosamente solicitamos se añada un artículo que establezca las consecuencias de contar con NCV aprobadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues el Proyecto como se encuentra en el momento no indica que, de ser aprobadas, estas constituirían garantías adecuadas que autorizarían transferencias internacionales de datos personales a Estados donde se encuentren empresas parte del mismo grupo que el responsable que se encuentra en Colombia, incluso cuando estos no ofrezcan un nivel adecuado de protección de datos de acuerdo con los estándares fijados por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Estimamos que el Proyecto no es claro en indicar que las NCV son una alternativa para realizar transferencias internacionales de datos personales a Estados que no cuentan con niveles adecuados de protección de datos personales.

- **Sobre el carácter voluntario de suscribir NCV**

Aunado al punto anterior, consideramos respetuosamente que es necesario incluir una redacción en el Proyecto que dé cuenta del carácter voluntario de suscribir NCV. En esa medida, es relevante que se establezca que las NCV no podrán ser requeridas para la suscripción de actos jurídicos, ni para la transferencia internacional de datos personales cuando el responsable receptor se encuentre en un Estado que ofrece un nivel adecuado de protección de datos de acuerdo con los estándares fijados por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la materia, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio profiera una declaración de conformidad relativa a la transferencia internacional de datos personales a la que se refiere el parágrafo 1 del artículo del artículo 26 de la Ley 1581 de 2012, o 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.
- **Sobre el Artículo 2.2.2.25.7.3. “De la garantía que frente a los principios deben proveer las Normas Corporativas Vinculantes”**

Solicitamos respetuosamente se elimine el Artículo 2.2.2.25.7.3. “De la garantía que frente a los principios deben proveer las Normas Corporativas Vinculantes” pues este agrega requisitos adicionales frente a lo que deben contener las NCV que no están contenidos en el Artículo 2.2.2.25.7.4. *Requisitos generales de las Normas Corporativas Vinculantes*.

- **Sobre los numerales 6 y 7 del Artículo 2.2.2.25.7.4. “Requisitos generales de las Normas Corporativas Vinculantes”**

Frente al numeral 6°: “La aceptación por parte del responsable en el territorio de colombiano de la responsabilidad por cualquier violación de las normas corporativas vinculantes por parte de cualquier miembro del grupo de empresas no establecido en Colombia; el responsable del tratamiento solo podrá ser exonerado de esta responsabilidad, total o parcialmente, si prueban que el acto que originó el daño no es imputable a dicho miembro”, consideramos que se genera cierta incertidumbre para los responsables, ya que:

- (i) Por más que las normas corporativas vinculantes sean un documento sujeto a aprobación de la SIC, se trata de un documento, que, en última instancia es de carácter interno de una organización, y, en consecuencia, el responsable debe tener autonomía para determinar cómo manejar la violación a sus procesos internos sin necesidad de realizar la declaración exigida por la SIC. Adicionalmente, el numeral se refiere a la violación de las normas corporativas vinculantes (que es un documento de adopción facultativa) y no de un cuerpo normativo nacional o de los derechos de los titulares.
- (ii) Se está realizando una declaración a priori dentro de las normas corporativas vinculantes de un hecho incierto o condicional y además presenta un lenguaje confuso para el intérprete de la norma.
- (iii) Se sugiere remover la expresión del artículo subrayada en énfasis: “por parte del responsable en el territorio de colombiano”, pues corresponde a un yerro gramatical.

Respecto al numeral 7, solicitamos respetuosamente se elimine este numeral, según el cual las NCV que adopte un mismo grupo de empresas deberán contener los siguientes requisitos: “7. Las medidas adoptadas para impedir las transferencias a otras entidades que no pertenecen al grupo de empresas”. Lo anterior dado que esta medida impone restricciones adicionales a la transferencia de datos personales que no se encuentra establecida en la Ley 1581 de 2012, asimismo interferiría en el giro ordinario de los negocios de aquellas empresas que requieren

realizar transferencias de datos a sociedades receptoras que no pertenecen al mismo grupo de empresas.

En otras palabras, incluir esta disposición dentro de las normas corporativas vinculantes cierra la puerta para que se realicen transferencias de datos personales a terceros bajo cualquier circunstancia (desconociendo, por ejemplo, la voluntariedad y libertad del consentimiento del titular). Incluso impide la transferencia internacional de datos personales por fuera de un grupo empresarial, lo que contraría lo preceptuado en el citado artículo de la Ley 1581 de 2012, y deja por fuera a su vez las excepciones que la misma ley permite para este tipo de operaciones internacionales.

Por último, en lo que respecta al siguiente aparte:

“La aceptación por parte del responsable en el territorio de colombiano de la responsabilidad por cualquier violación de las normas corporativas vinculantes por parte de cualquier miembro del grupo de empresas no establecido en Colombia; el responsable del tratamiento solo podrá ser exonerado de esta responsabilidad, total o parcialmente, si prueban que el acto que originó el daño no es imputable a dicho miembro.”

Si bien de forma excepcional se puede invertir la carga de la prueba en detrimento de la presunción de la buena fe, dicha carga recae en buena medida cuando existe la necesidad de equilibrar una relación contractual o comercial, sin embargo, en el caso bajo examen del citado numeral, la inversión de la carga de la prueba no refiere a un desbalance de la relación contractual entre distintas entidades de un mismo grupo empresarial, por lo que se identifica que no existe fundamento legal suficiente para su aplicación.

- **Sobre el artículo 2.2.2.25.7.6. “Aprobación de la Superintendencia de Industria y Comercio”**

Establece que *“Las Normas solo estarán vigentes a partir del momento en que la Superintendencia de su visto bueno y es, a partir de ese momento, que pueden iniciar a aplicarse”*, consideramos que en este caso, si bien la implementación de las normas corporativas vinculantes estará sujeta a la aprobación de la SIC, nada obsta para que un responsable implemente documentos o procedimientos internos equivalentes a las normas corporativas vinculantes, cuya vigencia no debe estar atada a la aprobación de la autoridad, por lo que se debe hacer una salvedad similar a la siguiente: *“las Normas que sean formalmente presentadas ante la Superintendencia de Industria y Comercio sólo estarán vigentes a partir del momento en que la Superintendencia de su visto bueno y es, a partir de ese momento, que pueden iniciar a aplicarse.*

Adicional, no hay claridad sobre la necesidad de determinar a un conjunto de empresas con domicilio en distintos países como una sola entidad responsable del tratamiento de datos personales, pues dicha consideración es así descrita en el artículo 2.2.2.25.7.6. Aprobación de la Superintendencia de Industria y Comercio, generando un alcance de extraterritorialidad, cuando si bien, la aplicación de las NCV debe ser transfronteriza, la calidad de responsable sujeto al cumplimiento de la Ley 1581 de 2012 y sus decretos reglamentarios, debe ser la entidad domiciliada en Colombia, siendo las demás entidades receptoras y afectas a su propia legislación.

- **Sobre el artículo 2.2.2.25.7.7. “Formatos y modelos de Normas Corporativas Vinculantes”**


Se debe considerar que los formatos que sean presentados por la SIC, son en última instancia, una guía o apoyo para los responsables del tratamiento, ya que cada organización implementará unas normas corporativas vinculantes que se ajusten a la realidad de sus operaciones y sus negocios, por lo que se debe aclarar que la implementación del formato puesto a disposición por la SIC no es un requisito legal, sino que estos formatos son ilustrativos o de apoyo. En consecuencia, cada organización deberá estar en libertad de implementar su propio formato, por supuesto verificando que cumpla con los requisitos de información o contenido mínimo exigido por el proyecto de decreto.

Por último, resaltamos que surjen varias inquietudes respecto al proyecto de decreto, a continuación remitimos algunas inquietudes:

- ⇒ El proyecto de decreto se refiere a mantener medidas para rectificar o suprimir datos, surge la duda si ¿serán las mismas establecidas por la Ley 1581 de 2012 para la atención de dichas solicitudes?
- ⇒ ¿cuál será el procedimiento para realizar las notificaciones ante la SIC?
- ⇒ Frente al mecanismo de cooperación con la SIC, resulta importante indicar a través de que mecanismos se pondría a disposición de la SIC los resultados de las medidas y cada cuanto se deberá proceder de conformidad ¿a petición de la SIC o con cada auditoría?

De antemano agradecemos su atención a la presente y expresamos nuestra disposición para resolver las dudas que sean requeridas.

Cordialmente,


María Fernanda Quiñones-Z.
Presidenta Ejecutiva