VÍA ELECTRÓNICA

P/ 280.11.2021/TIC-CC
Lima, 17 de noviembre de 2021

Señor Congresista
JOSÉ LEÓN LUNA GÁLVEZ
Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y
Organismos Reguladores de los Servicios Públicos
Congreso de la República
Presente. -

De nuestra consideración,

Es grato dirigirnos a usted para saludarlo cordialmente y a la vez hacerle llegar nuestros comentarios y sugerencias en relación al Proyecto de Ley 415/2021-CR referido a modificaciones de diversos artículos del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, para la protección en el comercio electrónico y la seguridad de productos y servicios.

Al respecto, el citado proyecto de Ley ha sido revisado y analizado por la Comisión de Competencia de nuestra institución y por el Gremio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones – TIC de CCL, encontrando importantes coincidencias en el análisis, las mismas que han sido compiladas en el documento de trabajo anexo.

Conforme puede apreciarse del adjunto, encontramos aspectos positivos en la propuesta, destacándose aquellos que se orientan a transparentar las operaciones que se realizan a través de los distintos canales digitales, pues permitirán dotar de confianza a estas transacciones; sin embargo, también hemos ubicado temas que requieren ser evaluados y corregidos, en tanto su aplicación desincentivaría el actual dinamismo y crecimiento continuo del comercio electrónico.

En línea con los comentarios y opiniones recogidas en el documento anexo, es necesario que la propuesta legislativa se oriente a reconocer una distribución justa y equitativa de las cargas entre los distintos actores involucrados en el comercio electrónico.

De este modo, se conseguirá evitar reducir los incentivos para desarrollar una actividad, que beneficia no solamente a gran parte de las industrias sino a los consumidores, quienes se han involucrado y avanzado en esta forma de hacer comercio.

Por lo anterior, aquellos instrumentos y normas que se elaboren para acompañar el desarrollo de la actividad de comercio electrónico deben contemplar las realidades e intereses de cada parte de la relación comercial para evitar discriminaciones injustificadas y arbitrarias en las actividades del comercio electrónico que tiendan a desincentivar y desacelerar su evolución.

Ello, por supuesto, cuidando el cumplimiento de los derechos y garantías que deben tener los consumidores, sin dejar de considerar que la sobreprotección del consumidor no puede resultar en una limitante para la transformación digital del Perú o barreras de entrada para la creación de nuevos modelos de negocio que nacen a partir de las tecnologías, ni tampoco en una interpretación errada del rol de intermediario en internet.

CCL CÁMARA DE COMERCIO LIMA
La Fuerza de los Empresarios

VÍA ELECTRÓNICA

En tal sentido, mucho agradeceré se sirva disponer la evaluación de los comentarios alcanzados, convoque a los espacios y mesas de trabajo que correspondan, a fin de profundizar en estos temas y corregir los aspectos negativos de la propuesta legislativa, a fin de garantizar que las disposiciones propuestas, cautelen los derechos de los consumidores, sin entorpecer el normal desarrollo del comercio electrónico, actividad que ha sido preponderante en el sostenimiento de la atención de necesidades durante la pandemia y que ha permitido dar inicio a gran parte de la reactivación de actividades económicas.

Es propicia la oportunidad para renovarle los sentimientos de nuestra especial consideración.

Atentamente,

PETER ANDERS MOORES
Presidente
Cámara de Comercio de Lima

ROSA BUENO DE LERCARI
Presidenta
Comisión de Competencia
Cámara de Comercio de Lima

JOSE ANTONIO CASAS
Presidente
Gremio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones – TIC
Cámara de Comercio de Lima

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 415/2021-CR
LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, LEY 29571, PARA SU PROTECCIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO, LA SEGURIDAD DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

1. Cuestión Previa:

Es preciso resaltar que el 16 de octubre 2021, mediante Decreto Supremo N° 164-2021-PCM, el Poder Ejecutivo hizo pública su Política General de Gobierno para el periodo 2021-2026, la misma que se desarrolla sobre diez (10) ejes interrelacionados y que guardan consistencia con el marco de políticas y planes del país que orientan las acciones de las distintas entidades públicas.

Así, destaca su línea de intervención "8.1.2 Impulsar la economía digital, el comercio electrónico, el emprendimiento digital, la innovación, los datos abiertos, la digitalización y resiliencia de las pymes y los procesos productivos del país", contenida en el "Eje 8: Gobierno y transformación digital con equidad".

Ello en tanto el propio gobierno reconoce la prioridad de impulsar la economía y desarrollo digital, así como el comercio electrónico; por lo que resulta imperante que el presente proyecto de ley y las demás iniciativas legislativas, coadyuven de manera articulada y coherente al trabajo que los distintos poderes del gobierno realizan para alcanzar el desarrollo integral del país.

En dicho contexto, es preciso resaltar que los intermediarios de internet actúan como meros conectores de la oferta y demanda, por lo que no amerita que se les atribuya responsabilidad u obligación alguna.

Por el contrario, a raíz de la pandemia generada por el COVID-19, los intermediarios de internet han sido grandes impulsores para el sostenimiento de distintos microempresarios, así como un factor clave para la reactivación económica del país.

Por ello, imponer obligaciones innecesarias al comercio electrónico, atentando contra la naturaleza de los intermediarios de internet, va en contra el proceso de digitalización y desarrollo de una industria nacional que refleja el crecimiento del país y que, si bien al año 2020 implicó USD 6 000 millones[1], según cifras de la Cámara Peruana de Comercio Electrónico (CAPECE), todavía se encuentra en desarrollo y mayormente concentrado en la ciudad de Lima; por lo que a su vez atentaría contra su expansión en otras regiones y provincias del Perú[2] .

2. Aspectos positivos:

Encontramos algunos aspectos positivos en la propuesta legislativa, como, por ejemplo, lo relacionado con la información relevante que debe contener la oferta a través de medios electrónicos, tales como las características del producto o servicio ofertado, la información sobre la contratación, los datos del proveedor, así como los mecanismos para una comunicación rápida y eficaz; el proceso de confirmación de compras, el perfeccionamiento del contrato, en el entendido que todo ello se orienta a transparentar las operaciones a través de medios electrónicos, generando confianza en los consumidores.

3. Aspectos Negativos:

Estimamos que la propuesta legislativa propone temas que deben ser revisados, pues de quedar tal cual, producirían situaciones negativas, conforme se expone a continuación:

3.1 Definición de comercio electrónico

[1] Cámara Peruana de Comercio Electrónico (CAPECE). Reporte Oficial de la Industria Ecommerce en Perú (2021), Pág. 17. Recuperado de https://www.capece.org.pe/gracias-observatorio-ecommerce/

[2] El 70% de empresas que hacen e-commerce se concentran en Lima y, solo el 30%, en provincias. Cámara Peruana de Comercio Electrónico (CAPECE). Reporte Oficial de la Industria Ecommerce en Perú (2021), Pág. 18. Recuperado de https://www.capece.org.pe/gracias-observatorio-ecommerce/.

El Proyecto plantea incorporar la definición de comercio electrónico, indicando que se basa en aquellas relaciones comerciales concertadas a través del intercambio de mensajes de datos entre consumidor y proveedor.

Dicha regulación no es adecuada, en tanto el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que sus disposiciones resultan aplicables a todos los contratos de consumo celebrados por cualquier modalidad, por lo cual se incluye la modalidad de comercio electrónico.

De ese modo, no existe la necesidad de regular expresamente la modalidad del comercio electrónico al existir una normativa vigente aplicable para sus operaciones. Sin perjuicio de ello, consideramos que la definición propuesta por el Proyecto no resulta clara, en tanto no toda relación de intercambio de mensajes de datos representa un negocio de comercio electrónico, por lo que puede llevar a confusiones por parte de los administrados.

Tal definición no se encuentra alineada a lo dispuesto y recomendado por la OCDE, lo cual iría en contra por lo dispuesto por el Gobierno de tomar las acciones necesarias para formar parte de dicha organización internacional[3]. Por ello, sostenemos que, en caso de mantenerse la iniciativa de regular el comercio electrónico, se opte por la definición de la OCDE al ser completa, sencilla y directa.

3.2 Inclusión de "intermediarios"

La propuesta legislativa plantea la incorporación de los intermediarios como proveedores de acuerdo con el Código, definiéndolos como aquellas personas naturales o jurídicas que prestan servicios de intermediación física o a través de canales digitales y que además (i) establecen los términos y condiciones en la relación de consumo, (ii) fijan el precio del producto o servicio ofrecido, o que (iii) atribuyen cualidades o características a los productos o servicios ofrecidos.

Como ya se ha indicado al inicio de estos comentarios, consideramos que es errónea su inclusión dentro del mismo rango que los proveedores y exigirles las mismas obligaciones, siendo que, por la naturaleza de su labor, son ajenos a la información correspondiente al producto o servicio que se ofrece en los medios digitales, circunscribiéndose a servir de plataforma para la realización de transacciones.

En efecto, calificar a los intermediarios y, particularmente a los intermediarios de internet, como proveedores y atribuirles las mismas obligaciones que éstos últimos al amparo del Código es ir contra la propia naturaleza de los intermediarios de internet, en tanto éstos son únicamente puntos de enlace en el proceso comunicativo de la información entre los generadores de los contenidos en la red y los otros usuarios como destinatarios finales de la comunicación.

Es de resaltar que los intermediarios de internet no toman parte en el proceso de creación, selección o publicación de la información que circula por sus servidores, puesto que su función se circunscribe a habilitar canales para la difusión de contenidos, que incluye la promoción de productos y servicios, conforme lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Por lo que, en todo caso, correspondería darles un tratamiento que guarde relación con sus actividades y participación.

Respecto del funcionamiento de los intermediarios es menester indicar que quienes generan, en un contexto de comercio electrónico, la promoción de productos y/o servicios son sus usuarios, pues los intermediarios únicamente facilitan un espacio para que los generadores de contenido puedan incluir el mismo y así otros usuarios puedan tener acceso a este.

Es decir, que: (i) quienes determinan los elementos esenciales de la relación son los usuarios, (ii) si se genera una relación de consumo, esta se genera entre los usuarios, y (iii) si celebran un contrato se celebra entre los usuarios.

[3] El Peruano. Perú ratifica firme aspiración de ser miembro de OCDE (2021). Recuperado de: https://elperuano.pe/noticia/130858-peru-ratifica-firme-aspiracion-de-ser-miembro-de-ocde

Por lo tanto, los intermediarios no pueden tener incidencia o injerencia en dichos elementos y solo quienes acceden al contenido publicado por los usuarios pueden o no ponerse de acuerdo con el usuario que publica las ofertas respecto de las condiciones en que se va a adquirir el bien o hacer uso del servicio.

Con ello, es de mencionar que la tendencia que predomina a nivel de derecho comparado es que los prestadores de servicios de Internet no deben ser responsabilizados por las publicaciones y promociones realizados por terceros. Debiendo resultar exclusivamente responsables, aquellos proveedores que, al realizar las actividades de comercio electrónico, incumplen las obligaciones a su cargo, en el marco de un régimen de defensa del consumidor.

De este modo, no debe responsabilizarse a las plataformas debido a la posición neutral que estas tienen, ya que se tratan de un mero canal, llevando a cabo una actividad técnica, automática, sin una participación activa sobre la promoción de bienes y/o servicios y publicación realizada por el usuario (en el caso, el proveedor en el comercio electrónico).

Es sensato concluir que las plataformas no tienen la capacidad ni el rol para controlar el contenido y la publicación realizada por los usuarios, por lo cual no pueden fiscalizar ni asegurar que el contenido sobre productos y/o servicios cumpla con ciertas características. Por ello, las plataformas electrónicas, además de no tener responsabilidad sobre lo que sus usuarios comparten en ellas, no tienen la capacidad física ni económica para ejercer esta facultad de supervisión sobre obligaciones que corresponden a quienes generan el contenido respecto de productos y/o servicios y lo publican en la plataforma.

Se trata de brindar un marco de seguridad jurídica acorde con la normativa aplicable, que permita el aprovechamiento de Internet, fomente el desarrollo de mayor cantidad de plataformas y servicios en Internet, e incentive el desarrollo de la economía digital y la innovación.

Es así que, los intermediarios de internet no deben contar con las responsabilidades y obligaciones atribuidas a los proveedores de productos y/o servicios, ya que al hacerlo se estaría desconociendo su propia naturaleza de funcionamiento.

Por ello, sugerimos la eliminación de los intermediarios de internet dentro de la lista de proveedores, así como también sugerimos la eliminación de las modificaciones propuestas para incluir a los intermediarios como medios de ofrecimiento de productos o servicios.

3.3 Soporte duradero

El Proyecto propone la definición del término “soporte duradero” considerándolo como todo instrumento que permita al consumidor y proveedor almacenar la información que se haya compartido personalmente, y esta debe poder ser consultada durante un período de tiempo mínimo de dos (2) años.

Tal definición podría ser contraria a los principios de finalidad y calidad tipificadas en la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-2013-JUS (en adelante, “Normativa de protección de datos”), en tanto la conservación de la información, tal como datos personales, debe almacenarse por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento.

De ese modo, existirán supuestos en los que no será necesaria la conservación del mínimo de dos (2) años, puesto que puede que se haya extinguido la finalidad que motivaba su conservación o pueden existir escenarios en donde la conservación de la información sea más larga para el cumplimiento de normas paralelas, por tanto, sugerimos la eliminación del plazo de 2 años exigido en la presente propuesta del Proyecto.

3.4 Requisitos sin considerar situaciones especiales

Se pretende establecer que el proveedor de productos y servicios deberá poner a disposición de los consumidores su identidad especificando su nombre comercial, razón social, registro único de contribuyente, domicilio fiscal o domicilio fijado para atención de reclamos, teléfono, correo electrónico y canales de atención.

Se exigiría entonces – a los proveedores en general – a que cuenten con RUC, sin considerar que, tratándose de proveedores no domiciliados, este requisito resulta contraproducente, puesto que se les estaría obligando a que fijen un domicilio o al menos una oficina en nuestro país.

En efecto, no se está considerando la situación particular de los proveedores domiciliados en el extranjero, que operan a nivel global, en tanto que se estarían estableciendo requisitos de información de difícil cumplimiento para estos.

Existen proveedores internacionales cuya oferta cubre el Perú, sin embargo, respecto de estos proveedores no se está tomando en cuenta que:

a) Al estar constituidos bajo ley extranjera, no cuentan con número de RUC, que es un registro oficial peruano o las leyes bajo las cuales están constituidos podrían no contemplar la obligación de contar con un registro tributario equivalente.

b) Al ser empresas extranjeras no suelen tener un domicilio fijado en el Perú para la atención de reclamos.

c) Podrían tener funcionando perfectamente solo uno de los canales de atención de reclamos de la lista propuesta, pero como quiera que la lista está redactada como una lista taxativa, se tratará de una obligación de difícil cumplimiento para los proveedores internacionales.

Pero además, obligar a que los proveedores del bien o servicio deban contar necesariamente con el RUC representa una carga innecesaria y una medida restrictiva a la competencia, pues obliga a que los proveedores sean nacionales o se inscriban en una institución nacional, en este caso ante la Sunat, lo cual restringe la oferta en el mercado al excluir a muchas empresas extranjeras, en muchos casos de gran relevancia para el sector de comercio electrónico y a grandes aliados de comercios locales, lo que consecuentemente generaría graves afectaciones económicas y barreras de entrada a los sectores involucrados al restringir la competencia con tales imposiciones.

Esta propuesta, por otro lado, pone en riesgo la observancia al derecho fundamental a la libertad de expresión pues en la medida en que el Proyecto define a los intermediarios como proveedores, estos deberían realizar un escrutinio de la información que se publicará por parte de los usuarios que quieren iniciar una relación de consumo.

Considerando la naturaleza de las plataformas intermediarias que se trató con anterioridad, esta medida llevaría a que un tercero privado revise la información sobre productos y/o servicios que un usuario pretende comercializar que se busca publicar en línea.

Por ende, es necesario no incluir obligaciones que impliquen medidas previas de control y verificación de información, pues ello provocará un detrimento para la libertad de expresión, al fomentar el control privado del libre flujo de información y de ideas y además un desincentivo para actividades tendientes al desarrollo de la economía digital y la innovación, al imponer barreras de entrada elevadas a cualquier plataforma o medio digital que permita el ofrecimiento de productos y/o servicios.

Asimismo, la exigencia de contar con un domicilio físico, en caso no se cuente con domicilio fiscal, no tiene en cuenta el crecimiento y existencia, gracias al contexto de desarrollo digital que se ha fortalecido durante la pandemia, de emprendedores y proveedores de micro y pequeñas empresas que operan y se desarrollan únicamente en canales digitales enfocados principalmente en modelos de negocio Business to Consumer (B2C) y Business to Business (B2B), tales como plataformas web, redes sociales u otros medios como aplicativos digitales, a través de los cuales se accede a un catálogo, se procede con la orden de compra y se paga digitalmente, es decir, la totalidad o gran parte de la transacción económica se realiza digitalmente.

Finalmente, es importante destacar que un requisito de este tipo resulta también en una afectación seria a lo establecido en los diversos Tratados de Libre Comercio (TLC) firmados por el Perú con sus socios comerciales. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos - Perú establece que ninguno de

los países miembros debe obligar a establecer cualquier tipo de empresa u obligar a que uno de ellos sea residente en su territorio para el suministro de un servicio.

En ese sentido, se sugiere flexibilizar esta obligación de informar, de manera que se establezca como regla, únicamente la de brindar la información razonable para identificar y contactar al proveedor, teniendo como referencia la información listada en el Proyecto, pero de manera enunciativa.

3.5 Opciones preseleccionadas

Se pretende prohibir preseleccionar aquellas prestaciones accesorias que se integran al contrato, la contratación automática de prestaciones sucesivas o recurrentes, así como las referidas al tratamiento de datos personales del consumidor, las cuales se rigen por su normativa.

No obstante, la redacción artículo del Proyecto que se ocupa de este tema, da lugar a que se interprete que la contratación automática de prestaciones sucesivas o recurrentes para la venta de productos y servicios por canales digitales está prohibida.

Tal prohibición constituye un exceso a los límites de competencia conferidos al Indecopi, considerando además que vulnera directamente el principio constitucional de libertad de contratar.

Asimismo, la marcación de casillas es una práctica habitual en el comercio electrónico que permite reducir los costos de transacción a favor de los proveedores y consumidores y que ha devenido necesario para la efectuación de operaciones comerciales en el ámbito digital.

La regulación aplicable a la marcación de casillas cuenta con distintas aristas, como la normativa de consumidor, civil y protección de datos personales. En ese sentido, estimamos necesario que el Indecopi no se atribuya competencias que pueden corresponder a otras instituciones, como es el caso de la Dirección General de Protección de Datos Personales, entidad encargada de velar por el tratamiento de los datos personales dentro del territorio peruano.

Siendo ello así, el Indecopi podrá regular el ámbito de la marcación de las casillas cumpliendo las competencias atribuibles a su institución, dejando de lado la posible regulación del tratamiento de datos personales a través de las casillas.

Además, no debería prohibirse la preselección siempre que quede claro para el consumidor que la preselección se puede deseleccionar. Muchas veces, por estrategias de marketing, la preselección, en atención a como se implemente, puede ser solo sugerencia del proveedor para que el consumidor adquiera dichas prestaciones accesorias.

Incluso, las acciones de promoción de la contratación de estas prestaciones accesorias (E.g. resaltar con colores o aplicar diferentes formatos a la información sobre las prestaciones adicionales) podrían ser incorrectamente entendidas como una forma de preselección, cuando solo es una forma de llamar la atención.

Las empresas tienen el derecho de iniciativa privada y, en consecuencia, tienen el derecho de promover la contratación de sus productos y servicios siempre que no se produzca una afectación a terceros. Esta afectación respecto del consumidor se evita si es que puede entender claramente que la preselección es opcional.

Por otro lado, recomendamos no hacer referencia a las normas de protección de datos personales porque estas tienen su propia regulación y no son compatibles con esta regulación propuesta. En efecto:

a) La Ley de Protección de Datos Personales ya regula la libertad del consentimiento a efectos de que sea válido, cuya característica principal es que no haya existido condicionamiento para su obtención.

b) La legalidad en el tratamiento de los datos personales no depende si es para prestaciones principales o accesorias, sino de que se haya obtenido un consentimiento válido para el tratamiento de datos cuando

es necesario, y que el tratamiento sea proporcional a la finalidad para la cual fueron recopilados. El escenario propuesto nos llevará a que dos autoridades fiscalicen una misma materia, dando margen a que tengan posiciones contradictorias.

Este extremo de la propuesta legislativa debiera ser eliminado.

3.6 Prohibiciones no alineadas con el contexto internacional

Se plantea la prohibición de realizar transacciones con menores de edad, lo cual exigiría la puesta en práctica de mecanismos que permitan asegurar que la transacción se realiza en todos los casos con mayores de edad, incrementando los costos de la operación.

Esta prohibición no está contenida en el ámbito internacional; se parte del principio de la buena fe en las transacciones y, en todo caso, que son los padres los responsables de supervisar y autorizar las actividades comerciales de los menores.

Teniendo en cuenta que se pretendería regular una obligación de verificación de la edad, alternativamente, se podría considerar que las previsiones que deba adoptar el proveedor, a efectos de realizar tal verificación, deban estar en proporción a los bienes o servicios que se pretenden comercializar y los riesgos que puede generar si son adquiridos por un menor. Más no debe exigirse que se adopten todas las "previsiones posibles" para verificar la edad sin efectuar ningún balance, según se propone.

Ello, en efecto contribuiría a encarecer la contratación digital para cumplir con la adopción de estas previsiones, en tanto que para determinados bienes o servicios que no están relacionados con las necesidades ordinarias, podría no ser necesario adoptar todas las "previsiones posibles" para verificar la edad (E.g. obligar al consumidor a enviar documentos, contratar proveedores de verificación de información, contratar proveedores de bases de datos, etc.) porque el riesgo es muy bajo, sino, por ejemplo, simplemente podría bastar exigir una declaración jurada.

En estos escenarios, exigir que se implementen todas las "previsiones posibles", como se propone, propiciaría un incremento de los costos de la contratación digital, lo que finalmente afectaría al consumidor.

En ese sentido, recomendamos que no se exija "tomar las previsiones posibles", sino que se reconduzca esta disposición a afectos de considerar "las previsiones que resulten razonables y proporcionales".

Asimismo, en la medida que cada vez más productos que no están relacionados con las necesidades ordinarias se comercializan a través de internet, recomendamos que la obligación de adoptar las previsiones razonables y proporcionales aplique en los supuestos en los que sea indubitable que la contratación digital no involucra productos relacionados con necesidades ordinarias y cuando el producto o servicio en cuestión se promociona preferentemente a menores de edad.

En resumen, no es posible atribuir a los proveedores, y más aún a los intermediarios de internet, la responsabilidad de supervisar que los menores de edad no realicen transacciones comerciales en línea, pues resulta oneroso y en muchos casos imposible que los proveedores e intermediarios de internet verifiquen dicha mayoría de edad.

Además, dicha imposición es contraria a los principios y prácticas internacionales y promueve la internalización de costos innecesarios para los negocios de comercio electrónico, considerando que tales costos podrían ser trasladados a los consumidores finales.

Asimismo, el imponer una obligación a los proveedores e intermediarios de internet sobre la verificación de edad no es un aspecto que sea de competencia del Indecopi, siendo que existe normativa vigente que regula dichos escenarios, como es el caso de la legislación civil.

3.7 Comprobante de transacción efectuada por canales digitales

Ya el artículo 47 letra e) del Código de Protección al Consumidor establece la obligación de brindar una copia del contrato al consumidor y demás documentos relacionados, lo cual incluye información como el monto pagado, el producto o servicio contratado, el número de operación, el plazo de entrega, costos adicionales, etc.

Esta misma información es la que se lista en esta nueva obligación; y los requisitos propuestos de contenido mínimo de los comprobantes se superponen con las regulaciones tributarias en cuanto a comprobantes de pago, por lo que podría generarse un riesgo de que dos autoridades fiscalicen una misma materia.

Con lo cual, este extremo de la propuesta legislativa debiera ser eliminado.

3.8 Derecho de arrepentimiento

Este tema merece especial atención, pues una regulación inadecuada puede devenir más bien en situaciones de abuso del consumidor, en perjuicio de los proveedores.

El Proyecto pretende incluir la figura del derecho de arrepentimiento, indicando que es la facultad del consumidor de dejar sin efecto, de forma unilateral, el contrato celebrado a través de canales digitales, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.

Asimismo, indica que el consumidor podrá poner término al contrato celebrado a través de canales digitales en un plazo máximo de quince (15) días calendario contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio, siendo además un derecho irrenunciable y que genera al proveedor la obligación de devolver la contraprestación recibida en pago.

Sobre ello, la creación de la figura del derecho al arrepentimiento en el marco de la normativa de consumidor se aparta de los fines e intereses colectivos aceptados por la comunidad al desconocer la función social de la propiedad e incentiva a que los consumidores sean impulsivos, poco – o nada – conscientes y responsables con las compras efectuadas y a que actúen sin ninguna consideración sobre los intereses de los proveedores[4]. Del mismo modo, los derechos económicos que protege la presente norma a favor del consumidor, referido a que el consumidor tenga la posibilidad de evaluar mantener el producto que adquirió, son de igual jerarquía que los derechos económicos de los proveedores, quienes quedan sujetos al capricho del consumidor si consideran mantener (o no) los productos y/o servicios adquiridos en primera instancia[5].

Ahora bien, desde un punto de vista eminentemente práctico, si bien una compra a través del comercio electrónico no permite ver el producto sino hasta después de pagar por él y recibirlo, ello no ocurre en algunos casos específicos, que requieren ser excluidos o darles un tratamiento especial respecto del derecho de arrepentimiento. Tales son las modalidades "pagar contra-entrega" o "recoger en tienda o centro de distribución", pues en estos casos el consumidor tiene la oportunidad de ver el producto y según su apreciación, aceptarlo o no.

Debemos considerar, además, que existen modelos de negocio del tipo Brick & Click, que incluye a todos aquellos comercios que cuentan con establecimientos físicos, así como plataforma de comercio electrónico, en los que la modalidad recojo en tienda puede representar hasta el 40% de toda su operación eCommerce. También deberían excluirse aquellos casos donde el producto está averiado, por manipulación indebida del consumidor; y si tratándose de servicios ya prestados parcial o totalmente, con la conformidad del consumidor al inicio del mismo.

El derecho de retracto generará costos en las transacciones y, en consecuencia, incrementará los precios para los consumidores. Ello, debido a que los proveedores tendrán que incluir en los costos de sus productos o servicios las pérdidas o daños que puede generar el ejercicio del derecho de arrepentimiento.

---

[4] Pabón Camilo, Mora Andrea; Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto. Inconstitucionalidad en la sobreprotección del consumidor (2014). Revista de Derecho y Economía No. 41. Páginas 75-76.
[5] Ídem.

Además, se tratará de una norma que solo será fiscalizada en el sector formal, lo que pone a las empresas formales en una situación de desventaja porque solo estas, tendrán que asumir dichas pérdidas o daños, a diferencia del sector informal.

Sugerimos que se elimine la condición de que el consumidor debe haber brindado su consentimiento expreso debido a que, de la excepción, se estará haciendo la regla. En efecto, en los casos que el proveedor ya inició con la ejecución del servicio, ello de inmediato le generó costos (E.g. horas hombre).

El ordenamiento no debería establecer como regla que el proveedor deba soportar estos costos si el consumidor se arrepiente de haber contratado el servicio por una cuestión atribuible a éste, sino que debería reconocerse que, si el proveedor desea asumir el riesgo, en todo caso está en libertad de ofrecer el derecho de arrepentimiento incluso una vez iniciada la prestación del servicio.

De otro modo, según la propuesta, si el proveedor no obtiene el consentimiento, tendrá que soportar todos los daños que genere el ejercicio del derecho de arrepentimiento.

Debe advertirse que la contratación de servicios a través de canales digitales principalmente se da por medios como WhatsApp o redes sociales, de una manera muy dinámica, donde no suele haber un espacio para pactar condiciones tan a detalle, sino que la regla es confiar en los usos y costumbres, por lo que una regla de este tipo, que agrega etapas injustificadas en la contratación, finalmente afectará a los pequeños y medianos proveedores, que son la fuerza principal de la economía formal y que contratan a través de tales medios.

Pero, además, debe agregarse que el incumplimiento debe ser declarado por la autoridad administrativa en decisión firme, sino el consumidor podría invocar arbitrariamente cualquier tipo de incumplimiento, incluso de obligaciones no sustanciales o que son subsanables, para ejercer el derecho de arrepentimiento, lo que podría afectar la estabilidad de los contratos a plazo forzoso que establezca el medio de comunicación para generar relaciones a largo plazo.

Asimismo, estimamos que incluir este derecho en el Proyecto con un plazo de tiempo extenso (15 días) no resulta consecuentes ni razonables en el marco de una relación contractual, considerando que la mayoría de los negocios de comercio electrónico son Mypes y que el reconocimiento del presente derecho de arrepentimiento podría desincentivar la entrada de nuevos competidores al mercado por (i) los altos costos involucrados en la facultad unilateral del consumidor en devolver los productos y/o servicios y (ii) el riesgo latente que el consumidor ejerza su derecho al arrepentimiento en cualquier momento del periodo planteado por el Código.

De ese modo, tal falta de competidores ocasionaría que los consumidores tengan una menor gama de proveedores que escoger y, con ello, se pueda dar un escenario de oligopolio a falta de competidores en dicho mercado. Como se ha indicado anteriormente, la propuesta en comentario contradice los fines de transformación digital para el país.

Es así que, en cuanto al plazo para el arrepentimiento, siguiendo la línea de otros países, debería ser como máximo 7 días y no 15, como está propuesto.

Además, es pertinente señalar que, el hecho de regular el derecho de arrepentimiento únicamente para los canales digitales constituye una grave discriminación subjetiva a los negocios digitales sin sustento alguno y que además atenta contra el principio constitucional de libertad de competencia[6] al imponer cargas y sobrecostos a un solo sector que a las otras empresas que cuentan con establecimientos físicos, lo cual a su vez desincentiva a que más usuarios entren en el mercado de los negocios a través de canales digitales; la medida también resultaría en la vulneración del principio de neutralidad.

[6] Constitución Política del Perú, Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

En esa misma línea, se estaría generando duplicidad y confusión con las obligaciones ya existentes en la figura del derecho a la restitución contenida en el artículo 59 del Código y que aplica a todo tipo de contratación de productos o servicios, incluyendo al comercio electrónico.

Consideramos respetuosamente que una protección excesivamente asimétrica del consumidor no puede resultar en una limitante o barrera de entrada para la creación de nuevos modelos de negocio, que nacen a partir de las tecnologías imponiéndose cargas económicas y administrativas.

Además, se soporta en una suposición no verificable en la realidad para su incorporación, en tanto que el consumidor "no habría tenido suficiente contacto con el bien o servicio al momento de tomar la decisión de contratar".

No obstante, dicho argumento no es válido, pues los canales digitales otorgan la posibilidad de que los consumidores puedan acceder de manera inmediata e ininterrumpida a la información relevante del bien o servicio a contratar de manera previa, durante y posteriormente a la celebración de la transacción económica. Ello gracias a que la información es brindada en línea por distintos medios como el colgarla en el sitio web, vía mensajería directa o chatbots, blogs, reseñas, videos entre otras posibilidades; siendo accesible de forma mucho más rápida, uniforme, igualitaria, estandarizada, visible y completa; en contraste con la forma tradicional de brindar información vía una contratación presencial o directa.

La propuesta legislativa no especifica si el consumidor debiera aunque sea correr por cuenta propia con todos los gastos que generen a ambas partes el que se desvincule del contrato celebrado, lo que expone a los proveedores a sufrir perjuicios económicos ante la devolución de bienes que podrían haber sido usados y/o deteriorados, pero que, por encontrarse dentro del plazo legal de este artículo, deberán aceptar, atentando la seguridad jurídica de las relaciones comerciales celebradas en línea. Reiteramos que esta medida desincentivaría el comercio en línea y la transformación digital de empresas de todos los tamaños en Perú.

Se advierte grave peligro, dada la posibilidad para que se configuren escenarios de abusos del derecho por parte de los consumidores ocasionando que menos competidores ingresen al mercado y que ofrezcan sus servicios y/o productos y, también se otorga una potestad muy amplia al consumidor para que de manera injustificada y arbitraria decida desconocer un contrato que ha sido válidamente celebrado, incluso cuando este ya ha sido ejecutado.

Finalmente, debería considerarse el "historial" tanto de consumidores como de los proveedores, de tal manera que se limiten "abusos" de cualquiera de las dos partes. En esa línea, los comercios electrónicos que cumplan con brindar toda la información a sus clientes y se ciñen a la normativa vigente, deberían tener derecho de réplica respecto del arrepentimiento.

3.9. Libro de reclamaciones

La obligación de contar con libro de reclamaciones virtual debe aplicar a proveedores con inscripción en el Perú, en línea con lo establecido en el numeral 3.2 del Decreto Supremo N° 011-2011-PCM, Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor (el ""Reglamento""). En efecto, el numeral 3.2 del Reglamento acota la obligación de contar con libro de reclamaciones físico o virtual a proveedores domiciliados (que, en consecuencia, tienen un alcance más local), en tanto que exige como requisito que se cuente con inscripción en el Registro Único de Contribuyentes (RUC).

Ello es así porque se reconoce, de manera acertada, que los proveedores que operan a nivel global (no domiciliados en el Perú) necesitan implementar mecanismos para la atención de reclamos flexibles que se adapten a todos sus usuarios en el mundo.

No obstante, la incorporación planteada en la propuesta legislativa, conforme está redactada, podría interpretarse en el sentido de que todos los proveedores virtuales, a pesar de no contar con número de RUC, deben contar con un libro de reclamaciones que siga las formalidades establecidas en el Reglamento. Ello afectaría la capacidad de los proveedores globales de servicios digitales de contar con mecanismos de atención de reclamos flexibles para todos sus usuarios.

Por tal razón, recomendamos armonizar la obligación de contar con el libro de reclamaciones virtual, precisando que es aplicable a los proveedores inscritos en el RUC en el Perú únicamente, lo que excluiría del ámbito de aplicación a los proveedores con una operación con alcance global.

3.10 Ventanilla virtual

La propuesta legislativa considera la habilitación de una ventanilla virtual para la prevención de fraudes informáticos. Esta disposición podría devenir en ilegal porque la Policía es un apoyo del Ministerio Público, quien es titular de la acción penal y, en consecuencia, es quien debería administrar esta ventanilla.

Por otro lado, no se considera la reciente creación de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia, compuesta por distintos fiscales especiales en delitos informáticos, cuya principal labor es prevenir y detectar los fraudes informáticos.

En ese sentido, se podrían estar duplicando tareas, generando costos innecesarios para el Estado. Además, no se precisa cómo la Policía manejaría esta información (sus funciones y límites), por lo que podría ser utilizada de manera indebida.

4. Comentario final:

La propuesta legislativa no debería perder el espíritu de protección de los derechos del consumidor, pero resulta vital evitar un sobredimensionamiento de este propósito, a tal punto que los comercios electrónicos, sobre todo los que se ubican como medianas, pequeñas empresas o nuevos emprendimientos, se vean afectados gravemente o en escenarios insostenibles para sus negocios.

Por otro lado, es importante que Indecopi realice un trabajo coordinado con otras entidades gubernamentales, como Sunat, por ejemplo, de manera que la norma a expedirse, promueva la formalización y no tenga un efecto de fuga hacia la informalidad por parte de los comercios electrónicos.