

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY GENERAL DE INTERNET

I. INTRODUCCIÓN

El 1 de diciembre del 2021 se presentó el Proyecto de Ley N° 878/2021-CR, a través del cual se propone una Ley General de Internet que abarque todos los aspectos relevantes vinculados al servicio de internet y las demás actividades económicas que se realizan a través de dicho espacio digital. El proyecto fue asignado a dos (2) comisiones, la Comisión de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Comisión de Transportes) y la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera (Comisión de Economía), siendo que la primera comisión aprobó un dictamen favorable en mayoría el 9 de junio del 2022.

Si bien el proyecto fue debatido al interior de la Comisión de Transportes con la participación de algunos agentes del mercado y con una intervención mayoritaria de entidades estatales, lo cierto es que no se convocaron mesas de trabajo propiamente dichas ni tampoco participaron otros stakeholders relevantes para el ecosistema digital. Esto genera que el dictamen aprobado por la referida comisión, sin perjuicio de ser un gran avance en comparación con el texto primigenio del proyecto, aún necesite precisiones y/o modificaciones respecto a ciertos aspectos relevantes para el mercado, como el título dedicado al comercio electrónico.

En ese sentido, atendiendo a que aún se está debatiendo el proyecto al interior de la Comisión de Economía, nos permitimos realizar los presentes comentarios a fin de coadyuvar a la discusión técnica de la propuesta legislativa y enfatizar la necesidad de convocar mesas de trabajo multipartidarias que involucren a todos los agentes del mercado que potencialmente estarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley General de Internet. Cabe precisar que nuestra intención no es abogar por un mercado sin regulación y control, ya que entendemos la importancia de establecer reglas claras que rijan ciertos aspectos de los servicios prestados a través de internet, como el comercio electrónico. Sin embargo, consideramos que la eventual regulación a aprobarse y discutirse en el Pleno del Congreso de la República debe ser producto de un debate extenso y técnico que involucre a todos los stakeholders del mercado y entidades administrativas competentes.

Finalmente, precisamos que nuestros comentarios se ceñirán exclusivamente al capítulo de comercio electrónico y sobre la base del Dictamen aprobado por la Comisión de Transportes.

II. EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Antes de efectuar nuestros comentarios, resulta necesario definir qué es el comercio electrónico y como éste ha venido siendo regulado a nivel comparado. Así pues, la Organización Mundial de Comercio (OMC) define al comercio electrónico como la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos¹. Esta forma de comercio, por lo tanto, permite el intercambio de productos y servicios mediante el uso de herramientas electrónicas propias o a través de plataformas digitales de terceros.

¹ Punto 1.3. del Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico de la OMC.
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm#top

Por su parte, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el comercio electrónico es “(...) *la venta o compra de bienes o servicios que se realiza a través de redes informáticas con métodos específicamente diseñados para recibir o colocar pedidos (...). Por consiguiente para determinar si una transacción comercial se puede considerar como comercio electrónico se toma en cuenta el método de pedido y no las características del producto que se adquiere, las partes implicadas, el método de pago o el canal de entrega.*”²

Debido a sus características -estrictamente digital y altamente flexible para las necesidades de cada comercio-, el comercio electrónico genera beneficios a todo tipo de empresas, sobre todo a las pequeñas y medianas. Estos beneficios son advertidos por Alba Guzmán Duque y Carlos Abreo Villamizar, quienes señalan que dicha forma de comercio, entre otros beneficios, (i) aporta a la reducción de costos en los procesos, (ii) optimiza los procesos debido a la personalización de los deseos del consumidor, (iii) facilita la venta de bienes y servicios alrededor del mundo y (iv) otorga altos niveles de reputación en el mercado.³

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que esta forma de comercio es muy bien valorada por las empresas en general en la medida que maximiza sus ventas y reduce costos de transacción, como el tener un establecimiento presencial fijo. De hecho, a propósito de las diversas medidas de distanciamiento social por COVID-19, la OMC⁴ y la Cámara de Comercio Electrónico del Perú (CAPECE)⁵ han reconocido que el comercio electrónico significó una gran fuente de ingresos para las empresas en general, siendo las pequeñas y medianas empresas las más beneficiadas.

En suma, el comercio electrónico es una forma de comercio cuyas operaciones de compraventa de servicios y/o bienes se llevan a cabo por medios estrictamente digitales. Su dinámica, por lo tanto, es distinta a las operaciones de comercio tradicional, por lo que resulta importante conocer su evolución y desarrollo a nivel global antes de emitir una regulación, de modo tal que la misma sea consistente

² OCDE. *Panorama del comercio electrónico: políticas, tendencias y modelos de negocio*. Traducción de la Asociación de Internet. Fecha de consulta: 14 de abril del 2021. Pp. 17.
<https://www.oecd.org/sti/Panorama-del-comercio-electro%CC%81nico.pdf>

³ GUZMÁN DUQUE, Alba Patricia y ABREO VILLAMIZAR, Carlos Alberto. “Del comercio electrónico al comercio social: La innovación al alcance de las organizaciones. Estudio para el sector calzado Bucaramanga, Colombia”. En *Contabilidad y Negocios N° 24*, Lima, 2017. Pp. 109.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/contabilidadyNegocios/article/view/19785/19841>

⁴ Nota Informativa del 04 de mayo del 2020, cuyo texto en inglés fue el siguiente:
“*The result has been a spike in online purchases of some products, as well as an increased demand for a wide range of digital services, as many consumers resorted to online shopping – either internet enabled or by telephone. Several brick-and-mortar businesses have therefore shifted resources to e-commerce. The increase in the number of consumers flocking to digital services has spurred both suppliers of these services and telecommunications operators to enhance their network capacity and to offer advantageously priced or free data and service packages.*”

⁵ CÁMARA DE COMERCIO ELECTRÓNICO DEL PERÚ (CAPECE). *Reporte Oficial de la Industria Ecommerce en Perú. Impacto del Covid-19 en el comercio electrónico en Perú y perspectivas al 2021*. Lima, pp. 15, 2021.
<https://www.capece.org.pe/wp-content/uploads/2021/03/Observatorio-Ecommerce-Peru-2020-2021.pdf>

con dicho desarrollo, debiendo homologarse sus disposiciones con lo establecido por los Organismos Internacionales.

II.1 Tipos de comercio electrónico

Los esquemas tradicionales de comercio electrónico más extendidos en el Perú son el “B2C” y los Marketplaces, los cuáles se diferencian por la estructura de las operaciones.

Business to Consumer (B2C)

El esquema B2C consiste en que el proveedor del producto o servicio (vendedor) utiliza su propia plataforma de comercio electrónico a fin de concretar ventas directas con sus clientes (consumidores). Sobre la dinámica de las operaciones bajo este modelo, Roxana Silva Murillo señala que “[l]os clientes pueden acceder a información de los productos sin la necesidad de intermediarios y una gran ventaja es el hecho de que los precios se encuentran actualizados. (...)”⁶

En ese sentido, los comercios ofertan sus productos directamente a los consumidores, publicando imágenes de los bienes, información relacionada a los mismos y sus precios; siendo que el cliente interactúa con el comercio directamente a través de sus páginas de comercio electrónico. Una vez el cliente haya elegido el producto a adquirir, procederá con su pago en la misma plataforma digital, para lo cual podrá utilizar los sistemas de pago virtuales disponibles.

Una vez cancelado el precio del producto, los comercios realizan la entrega de los mismos a los clientes mediante el uso de su propio personal o mediante la contratación de operadores logísticos.

Como se podrá advertir, la infraestructura web para la comercialización electrónica de los productos y/o servicios es de propiedad del mismo comercio, el cual comúnmente se encuentra en su página web u otra plataforma virtual de su propiedad. Si en caso el comercio no tuviese su propia plataforma virtual de ventas, puede apalancarse en el otro esquema más común en Perú: los Marketplaces.

Marketplaces

La característica principal de este modelo de negocio es que el comercio o el usuario oferente de un producto o servicio, utiliza los servicios de una tercera empresa, a efectos de ofertar y vender sus productos a través de la plataforma virtual de dicha empresa. Esta tercera empresa únicamente tiene la función de facilitar los medios tecnológicos para que el comercio pueda publicar, vender, cobrar y/o enviar sus bienes y servicios por medios electrónicos, por lo que en ningún caso interviene directa, o indirectamente, en la producción de los productos y/o sus condiciones de comercialización.

Debido a la naturaleza del tercero propietario de la plataforma virtual, este modelo de Marketplace puede realizarse por distintos medios virtuales, tales como: (i) redes sociales (Facebook, Instagram y demás); (ii) páginas web; o (iii) apps de dispositivos móviles y tabletas. Estos medios no son excluyentes.

⁶ SILVA MURILLO, Roxana. “Beneficios del comercio electrónico”. *Perspectivas*. Cochabamba, núm. 24, julio-diciembre, 2009, pp. 160.
<https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942160008.pdf>

Los Marketplace son considerados instrumentos democratizadores del comercio, ya que permiten perfeccionar ventas a distancia que, de otra manera, no se podrían producir. Así, usuarios vendedores ubicados en Piura, Ayacucho o Arequipa, por ejemplo, tienen la misma posibilidad de ofrecer y vender un producto a un usuario comprador ubicado en Lima, sin distinción. Este gran poder democratizador, en infinidad de oportunidades, potencia las pequeñas economías regionales, haciéndolas igual de competitivas que las de los mercados más complejos.

II.2. Agentes económicos involucrados en el mercado

Teniendo en cuenta los esquemas de comercio electrónico anteriormente descritos, procedemos a describir el rol de los agentes económicos involucrados en este mercado:

- **Comercios:** Los comercios son los principales actores de la cadena de comercialización, dado que son quienes deciden poner a disposición del público en general los productos que ofrecen en venta. En la dinámica del comercio electrónico, estos comercios son los que ponen los precios y condiciones de las operaciones y, a su vez, determinan las características esenciales del producto y/o bien que comercializan. Asimismo, determinan la forma en que se entrega el producto y su publicidad.
- **Marketplace:** Tal y como describimos en el apartado anterior, los Marketplace son plataformas virtuales que, siendo administradas por un tercero, permiten que los comercios o usuarios vendedores de bienes y servicios, puedan ofrecer, vender y, en algunos casos, enviar sus productos a los consumidores. Sobre el particular, la OCDE ha señalado lo siguiente:

*“El término “plataforma en línea” en el contexto del comercio electrónico suele referirse a un mercado multilateral que permite a vendedores independientes interactuar con los clientes sin asumir la titularidad de los productos que ofrecen”.*⁷

De acuerdo a la definición realizada por la OCDE, los Marketplace no son responsables por la idoneidad del producto ni del cumplimiento de sus características, sino que son meras plataformas que conectan a vendedores independientes (los verdaderos proveedores) y los consumidores.

Ahora bien, las condiciones comerciales que rigen las relaciones entre el comercio y el Marketplace son establecidas en contratos o términos generales de contratación, los cuales establecen las principales obligaciones que deben cumplir las partes, penalidades, condiciones del servicio y la tarifa que debe pagar el comercio por permanecer en la plataforma virtual (usualmente, es un porcentaje de las ventas). Regularmente, estos contratos otorgan un derecho de resolución contractual unilateral a los Marketplace que les permite eliminar la oferta de los productos del comercio que infringen sus normas de convivencia electrónica. La relación contractual descrita, sin embargo, no puede confundirse con la relación de consumo que existe entre el proveedor y los usuarios, ya que en esta última los Marketplace no tienen incidencia alguna.

⁷ OCDE. Op. Cit.

- Facilitadores de pago o adquirentes con sistema online: En el Perú, existen dos (2) tipos de agentes económicos que ofrecen los servicios de pagos electrónicos.

En primer lugar, tenemos a los adquirentes, quienes se encargan de afiliar comercios y/o Marketplace a las marcas de tarjeta (VISA, MASTERCARD, AMERICAN EXPRESS y demás) a fin que sus clientes puedan pagar con dichas tarjetas.

Los facilitadores de pago, por su parte, ponen a disposición de los vendedores la posibilidad de ofrecer a sus clientes diversos medios de pago (e.g. tarjetas de crédito), mediante un procedimiento rápido y sencillo. En su carácter de facilitador de pagos, son dichas empresas quienes suscriben los contratos de adhesión con los múltiples adquirentes en lugar de los comercios y/o Marketplace, quienes sólo deben vincularse contractualmente con los facilitadores para acceder a las redes de tarjetas de los diversos adquirentes.

Es importante señalar que el sistema de medio de pago electrónico es de interés nacional, según lo establecido por el artículo único de la Ley N° 31057 – Ley que declara de necesidad pública e interés nacional el uso de medios de pagos electrónicos para facilitar el intercambio de bienes y la prestación de servicios.

- Operadores logísticos que prestan el servicio de “última milla”: El término de última milla se le da al proceso de entrega del producto adquirido vía e-commerce al usuario final. Al tratarse de un tramo corto de tránsito (de allí el término), la mayoría de comercios optan por tercerizar este servicio a través de operadores logísticos que cuenten con el personal y vehículos adecuados. Sin embargo, ello no impide que los comercios puedan adoptar su propio sistema de reparto. Tal es la relación entre las operadoras logísticas y el e-commerce que, en palabras de Jesús Majem, el primero se ha convertido en pilar fundamental del segundo:

“Debido a que los inversores están enfocados en el crecimiento y ganar nuevos clientes por medio del marketing, no disponen de la capacidad financiera para hacer frente a las mismas, por lo que suelen subcontratar también los procesos de almacenaje y preparación de pedidos. (...) Los operadores logísticos pasan de preparar pocos pedidos de muchos artículos y muchas unidades, a alistar muchos pedidos de pocos artículos con pocas unidades. Un ratio común en e-commerce es preparar pedidos de entre uno o dos artículos con uno o dos unidades, exceptuando el sector alimentación, donde el volumen es mucho mayor.”⁸

En suma, el e-commerce es una forma de comercio que involucra a varios agentes económicos, quienes cumplen un rol importante en el suministro de bienes y servicios por medios digitales. De allí que su realización beneficie a muchos comercios, sobre todo a las pequeñas y medianas empresas, en tanto reducen sus costos de colocación y entrega de productos, y les genera una alta exposición en el mercado digital; a la par favorecen al público consumidor en general permitiendo una amplia oferta de productos bajo libre competencia de precios, y benefician la salud pública de los

⁸ PERÚ RETAIL. “La gestión logística en el proceso de compra online”. Lima. Fecha de consulta: 20 de julio del 2022.

URL: <https://www.peru-retail.com/gestion-logistica-ecommerce/>

consumidores, en tanto pueden satisfacer sus necesidades sin contacto físico y previniendo el contagio por COVID-19.

III. COMENTARIOS AL TÍTULO DE COMERCIO ELECTRÓNICO DE LA LEY GENERAL DE INTERNET

Teniendo claridad sobre el fenómeno económico que se pretende regular en la Ley General de Internet, procederemos a formular nuestros comentarios al respecto.

Sobre el artículo VIII del Título Preliminar del Ley General de Internet aprobado en el dictamen de la CTC, relativo a la prohibición del apagón del servicio de internet

El artículo establece que el Estado tiene prohibida la interrupción del acceso a internet aplicada a nivel nacional, o, a segmentos de la población y sólo por mandato judicial motivado se podrá interponer una medida de interrupción temporal. Al respecto consideramos que la propuesta es positiva; sin embargo, además de las consideraciones estipuladas en el artículo, debe precisarse que la interrupción debe ser una medida excepcional, lo más limitada posible, con el menor alcance posible, siempre que exista una imperiosa necesidad, sin que existan otras alternativas de solución y mientras se cumpla con el principio de proporcionalidad, debiendo mediar una orden judicial debidamente motivada y proporcional a los fines que se busque alcanzar.

Sobre el art. 50° del texto de la Ley General de Internet aprobado en el dictamen de la CTC

El artículo en cuestión define al comercio electrónico como todas aquellas compras o ventas de bienes o servicios que se realizan a través de redes informáticas mediante métodos diseñados específicamente para recibir o realizar pedidos. Si bien estamos de acuerdo con dicha definición debido a que se asemeja a la práctica internacional- concretamente, a la definición propuesta por la OCDE-, consideramos oportuno que se omita definir conceptos adicionales como “Mensaje de datos”, ya que podría incentivar a interpretaciones extensivas a fin de incluir fenómenos- digitalización de servicios, por ejemplo- que bajo ninguna circunstancia pueden ser considerados como comercio electrónico. En ese sentido, proponemos que los incisos 1 y 2 del art. 50° se eliminen y, en su lugar, se mantenga la definición de comercio electrónico propuesta por la OCDE.

Sobre el art. 39°, 44°, 55°, 57° y 60° del texto de la Ley General de Internet aprobado en el dictamen de la CTC

Los artículos en cuestión definen a los proveedores de servicios en internet (PSI) y sus responsabilidades. Al respecto, nos permitimos reiterar que, en el comercio electrónico, existen varios actores que intervienen en la logística de ventas y servicios, tales como los mismos proveedores, empresas logísticas de última milla y Marketplace. Cada uno con sus obligaciones y responsabilidades específicas.

De esta manera, en relación al rol de los Marketplace, este ha ido evolucionando en el mercado, por lo que, en algunos casos, actúa únicamente como un canal digital y, en otros, podría llegar a considerarse como un verdadero intermediario en la relación de consumo; lo cual dependerá de las actividades que realice y si asume la titularidad de los productos y/o servicios ofrecidos.

Sin embargo, el proyecto establece que los intermediarios y PSI tienen las obligaciones que les imponga el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), invitando a las autoridades administrativas –sobre todo INDECOPI– a interpretar que es posible atribuirles responsabilidades por eventuales infracciones cometidas por los proveedores en el comercio electrónico, en lugar de zanjar la discusión al respecto y determinar claramente que estos actores no asumen responsabilidad frente a los consumidores por los productos y servicios ofrecidos por los proveedores a través de sus plataformas digitales.

Esta falta de claridad en la regulación podría desincentivar a los operadores de comercio electrónico a mejorar sus servicios, dado que cualquier servicio adicional que implementen lo podría convertir en intermediario con la responsabilidad que eso conllevaría, según lo establece el proyecto. En tal sentido, si los Marketplace tienen que responder por cualquier conducta de terceras personas (usuarios vendedores), por el sólo hecho de haberse publicado un contenido en su plataforma, es muy probable que sean mucho más restrictivos a la hora de posibilitar el comercio a distancia, o que encarezcan los costos de transacción. Esto ocasionará que sólo a aquellos comercios que puedan garantizar cualquier reclamo futuro, o incrementen los costos de transacción para cubrir eventuales garantías, puedan acceder al comercio electrónico.

Naturalmente, los requerimientos anteriores sólo podrán ser cumplidos por empresas ya establecidas en el mercado, siendo que los que se verán perjudicados directamente serán las Pequeñas y Medianas Empresas. Al respecto, según la Asociación Peruana de Emprendedores, *“(e)l sector comercio representa el 45.3% de todas las empresas formales, es decir más de 1 millón de empresas, de las cuales el 73.2% se dedican al comercio al por menor. De estas 800 mil empresas aprox., el 97% son micro empresas, el 1.9% son pequeñas y solo el 0.2 son medianas o grandes (INEI). Además, dentro del sector, el 88.7% están constituidas como Personas Naturales con Negocio”*. En ese sentido, vemos que el mercado peruano se compone en su mayoría por microempresas, cuyas ventas anuales no superan los 150 UIT’s (S/ 645,000.00)¹⁰, por lo que una eventual regulación del comercio electrónico afectará, principalmente, a estas pequeñas y medianas empresas.

Lo cierto es que los intermediarios no forman parte del proceso de creación o selección de la información que circula por sus servidores, puesto que su función se circunscribe a la apertura de canales para la difusión de contenidos. En dicho sentido, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, depende en gran medida del mantenimiento del rol neutral de los intermediarios. En ese sentido, conforme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *“[n]inguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (principio de mera transmisión)”*.

⁹ ASOCIACIÓN DE EMPRENDEDORES PERÚ (ASEP). Comunicado sobre la Resolución Ministerial de PRODUCE de Comercio Electrónico en contra de los emprendedores peruanos. Lima, 6 de mayo del 2020.

¹⁰ Esto se condice con el art. 5° del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial.

Por otra parte, es importante destacar en particular la importancia del comercio electrónico en los consumidores, toda vez que democratiza el acceso a bienes y servicios, favoreciendo el acceso a una mayor variedad de productos a precios más competitivos. Sólo a modo de ejemplo, los consumidores del interior del país ya no precisan que una tienda retail se instale en su localidad, sino que pueden acceder a la misma oferta de bienes que los consumidores de las grandes ciudades. Por cierto, no sólo acceden a los mismos bienes, sino también a los mismos precios.

Finalmente, importa resaltar cómo es que ha sido regulado esta figura en la experiencia comparada:

a) **Chile** → Se sometió a consulta un proyecto de Reglamento de Comercio Electrónico, en el cual recogieron expresamente la definición de Operador y Plataforma Digital. A continuación, reseñamos cuáles fueron las definiciones dadas en dicho proyecto:

- Operadores: *“los proveedores, personas naturales o jurídicas, que brinden servicios de intermediación en línea a vendedores a través de una Plataforma de Comercio Electrónico que sea de su propiedad o de tercero”.*
- Plataforma de comercio electrónico: *“todo sitio de internet, o plataforma accesible a través de medios electrónicos, que ofrezca productos o servicios a Consumidores. Para estos efectos no será relevante si las transacciones iniciadas a través de la Plataforma no se concretan o si lo hicieren por otro medio. Por otra parte, no se considerará como Plataforma de Comercio Electrónico a las plataformas de servicios de pago online, a las plataformas en que únicamente se exhiba publicidad, ni a las plataformas electrónicas que solo redirijan al consumidor a los sitios de internet de los Vendedores.”*

Como se puede advertir, el gobierno chileno reconoció a las plataformas digitales o Marketplace como un “jugador” completamente distinto al “proveedor de servicios y/o bienes” en el mercado del comercio electrónico, lo cual implica que el mismo no esté sujeto a las obligaciones que intrínsecamente recaen sobre los proveedores.

En conclusión, el proyecto normativo chileno recoge la definición de plataforma digital de comercio electrónico y su operador a fin de reconocer sus obligaciones y derechos en las transacciones electrónicas realizadas por los usuarios. Dichas definiciones, sin perjuicio de las precisiones que aún requieran, se encuentran en la línea de la definición planteada por la OCDE.

b) **México** → El 26 de febrero del 2021, la Secretaría de Economía y la Procuraduría Federal del Consumidor, aprobaron el Acuerdo por el que se emite el Código de Ética en materia de Comercio Electrónico, a través del cual se establecieron los valores y principios que todo proveedor adherido deberá observar en las actividades relacionadas con el comercio electrónico; así como también, los estándares mínimos, tanto de las actividades comerciales que se realicen en medios electrónicos digitales, así como de los mecanismos de verificación de cumplimiento.

Además de la simplicidad del texto, este código delimitó correctamente las responsabilidades y obligaciones de cada uno de los intervinientes en este tipo de actividades, conforme se aprecia a continuación:

- Comercio Electrónico: *Toda transacción económica que implica el ofrecimiento, comercialización o venta, de bienes, productos o servicios utilizando medios electrónicos digitales, ópticos o de cualquier otra tecnología a través de un sistema de información digital.*
- Proveedor: *La persona física o moral, en términos del Código Civil Federal que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios, a través de plataformas electrónicas o de comercio electrónico. Lo anterior en términos de lo dispuesto en el artículo 2, fracción II de la Ley Federal de Protección al Consumidor.*
- Plataforma de comercio electrónico: *Proveedor del servicio informático mediante el cual se ofrecen herramientas (software) para facilitar el ejercicio del comercio electrónico.*
- Tienda virtual: *Es un espacio dentro de un sitio web, en el que se ofrecen artículos a la venta.*

Complementando estas definiciones, el referido Código limitó las obligaciones de cada uno de los referidos actores en el comercio electrónico, conforme se lee del artículo 5, el mismo que señala "(las plataformas y tiendas virtuales) *serán responsables por los servicios que ofrezcan, con el alcance especificado en sus términos y condiciones, los cuales deben ser claros, precisos y fácilmente accesibles*".

- c) **Unión Europea (Directiva 2000/31/CE)** → La fuente originaria de esta corriente reguladora en todo el mundo es, sin dudas, la Directiva 2000/31/CE, puntualmente sus artículos 14 y 15, que consagran la inexistencia de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet respecto de los contenidos que alojan terceros en sus plataformas y la inexistencia de una obligación de monitoreo previo sobre los mismos.

Esto último ha ocasionado que el Tribunal de Justicia Europeo¹¹, interpretando lo dispuesto por el artículo 15 de la sección 4 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo, reconozca que una plataforma intermediaria en el comercio electrónico no pierde su condición de tal por realizar actividades propias de su función de intermediación, ni por que estas sean remuneradas; con lo cual resulta exento de responsabilidad:

115. Como observó acertadamente el Gobierno del Reino Unido, el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31 (...). (Énfasis agregado)

Aunado a lo anterior, la Relatoría Especial para la libertad de Expresión de la OEA ha expresado el rol democratizador de Internet y que cualquier regulación que se presente sobre ese medio, debe apuntar

¹¹ Emitida en el Asunto C-324/09. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=107261&doclang=ES>

a potenciar ese rol. En ese sentido *“Responsabilizar a un intermediario en el contexto de una red abierta, plural, universalmente accesible y expansiva, sería tanto como responsabilizar a las compañías de teléfono por las amenazas que por vía telefónica una persona profiere a otra causándole con ello incertidumbre y dolor extremo”* y *“salvo casos extraordinariamente excepcionales, este tipo de mecanismos pone a los intermediarios privados en posición de tener que tomar decisiones sobre la licitud o ilicitud de los contenidos y, por las razones que ya han sido explicadas, genera amplios incentivos hacia la censura privada”*.

En virtud de lo indicado, los PSI no deben ser obligados a monitorear proactivamente contenidos e información subida a la red por los usuarios, así como no ser responsables por los productos y servicios que se ofrecen en sus plataformas. Además de las imposibilidades técnicas que esto supone, se generarían tensiones fuertes frente a la capacidad de los usuarios de ejercer sus derechos a la libertad de expresión y acceso a la información. Por ende, se debe precisar que los proveedores no son responsables por contenidos específicos que estos no han intervenido ni modificado y que fueron generados por terceros, salvo que el proveedor tenga conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido, el cual se dará cuando el proveedor sea debidamente notificado por una orden debidamente fundada y motivada dictada por autoridad judicial, la cual cuente con competencia para definir sobre los derechos en puja y en la que, en su caso, se solicite el retiro, bloqueo, suspensión y/o inhabilitación de acceso a cierto contenido.

Una orden de esta naturaleza debe provenir única y exclusivamente de una autoridad judicial, y no de una autoridad administrativa, como lo plantea el texto. Ante una controversia sobre la licitud o no de un contenido, debe ser un juez quien determine esta condición con el fin de que sean observados los derechos fundamentales del usuario cuyo contenido se debate. De acuerdo con el marco constitucional peruano, le corresponde al juez definir si un contenido es abusivo o ilícito o no, en balance con otros derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Previo debido proceso, es la autoridad judicial quien puede establecer las medidas que previstas en la ley para remediar las violaciones y definir las reparaciones a quienes hayan sufrido daños. Entregar este tipo de facultades a las autoridades administrativas implicaría un riesgo inminente al debido proceso de los usuarios y al ejercicio de los derechos fundamentales en Internet.

En consecuencia, sugerimos la eliminación de los artículos en mención. En caso de no poder atender esta sugerencia, recomendamos ajustar el texto a efectos de garantizar la plena vigencia de principios como el del debido proceso, la proporcionalidad en las medidas que podrían restringir la libertad de expresión de acuerdo al fin perseguido y la facultad exclusiva de la autoridad judicial para determinar la ilicitud de un contenido. Para ello, el texto podría establecer que: *“Se entenderá que el proveedor de servicios en internet (PSI) tiene conocimiento efectivo cuando la autoridad judicial haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los proveedores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”*,

Sin perjuicio de lo anterior, también fijarse expresamente que los intermediarios no son responsables por las relaciones de consumo que se generan en sus plataformas digitales, ya que, como lo hemos demostrado, no intervienen en aquella bajo ninguna circunstancia.

Sobre el artículo 52 relativo al deber de colaboración de los PSI de intermediación

Como ya se ha expresado, dentro de los PSI existe gran diversidad de modelos de negocio que requieren una diferenciación adecuada. Por ejemplo, las plataformas digitales no generadoras de contenido tienen como objetivo principal facilitar las transacciones entre distintos usuarios, poniendo en contacto a la parte oferente con la demandante de un bien o servicio. Como tal, la plataforma no generadora de contenido no tiene injerencia sobre el producto o servicio ofrecido, el cual es responsabilidad del oferente. Este último es quien define la disponibilidad del bien, el precio, las condiciones y reglas aplicables, entre otros elementos contractuales.

Bajo este orden de ideas, carece de sustento y proporcionalidad, aún bajo los criterios fijados en el Proyecto, regular un supuesto donde una autoridad judicial pudiera ordenar la interrupción de la prestación de un servicio de intermediación por parte del PSI. Como hemos señalado en el artículo VI del Título Preliminar del Proyecto, los proveedores de servicios en Internet no tienen injerencia ni pueden intervenir sobre los contenidos generados o servicios provistos por los usuarios que se difunden a través de sus plataformas, aplicaciones u otros recursos digitales. El Proyecto pretende, justamente, que sean los PSI quienes intervengan el contenido de terceros. Esta disposición situaría a los proveedores de servicios de intermediación en una posición contraria al principio de neutralidad de la red.

También, si los proveedores de servicios de intermediación se encontraran efectivamente sujetos a la regulación propuesta e impedirían o limitarían el acceso a ciertos contenidos, situación que descartamos por los motivos comentados, la afectación a los derechos de los usuarios, titulares del contenido, sería irreparable ante un fallo equivocado o excesivo por parte de la autoridad judicial. El sistema judicial peruano contempla el derecho a la doble instancia y la posibilidad de acceder a la vía excepcional que el recurso de casación habilita, de modo que cualquier limitación de los derechos a la libre expresión y libre acceso a la información debe observar las más altas garantías, habida cuenta de sus impactos en la sociedad, evitando cualquier decisión arbitraria y su uso con fines particulares. Por este motivo, la ejecución de los fallos judiciales debe respetar el camino previsto en las normas que los regulan, en garantía del derecho constitucional al debido proceso de los justiciables, sin que sea necesaria la incorporación de reglas adicionales de carácter procesal en el proyecto. Menos aún si estas reglas no han sido objeto de una discusión adecuada.

Por los motivos expuestos, consideramos que el artículo 52 debe retirarse del Proyecto de modo tal que el ejercicio pleno del derecho constitucional a la libertad de expresión, la libertad de acceso a la información y la garantía de neutralidad de la red no sean perjudicados por las decisiones de terceros. Su eventual regulación se encontraría afectada por un vicio de inconstitucionalidad, otra razón por la cual respetuosamente solicitamos su eliminación.

Sobre el Capítulo VIII que contiene las Disposiciones sobre Comercio Electrónico

Al tratarse de una disposición relativa al régimen de defensa del consumidor, y al hacer mención específica al Código de Consumidor, no es pertinente regular respecto de la temática en este Proyecto, si no instalar la discusión en una propuesta de modificación al Código de Consumidor. En este ámbito se podrá tener un mejor y más amplio debate sobre la procedencia de esta disposición, y, de ser el caso, se evitará la adopción de medidas discriminatorias hacia sectores específicos de la economía, como la economía digital. Por lo tanto, estimamos que no se debe incluir este capítulo en el Proyecto

y que los asuntos relacionados al comercio electrónico deben ser tratados en las discusiones de reglamentación a las relaciones de consumo.

Sobre el art. 53.3 del Proyecto de la Ley General de Internet

Si bien este inciso no forma parte del texto de la ley aprobado en el dictamen de la Comisión de Transportes, consideramos importante reiterarles por qué es que el dictamen de la Comisión de Economía debe ratificar dicha exclusión. Ciertamente, en la redacción primigenia del art. 53.3 del Proyecto de Ley, se contempló la obligación de los proveedores a dejar constancia de la aprobación previa de padres, tutores y apoderados en caso de contratos de consumo de comercio electrónico con menores de edad.

Al respecto, la implementación de mecanismos para verificar la edad del consumidor digital no es un postulado que se condiga con las mejores prácticas internacionales sobre la materia. Así pues, esta obligación no sólo incrementaría los costos de la operación, sino que también desconoce el principio de la buena fe en las transacciones de comercio electrónico, siendo que son los padres los responsables de supervisar y autorizar las actividades comerciales de sus menores hijos.

Por otro lado, el hacer referencia a “prestaciones no relacionadas con las necesidades ordinarias” sin definir tal concepto genera incertidumbre para los proveedores respecto a qué productos específicos deberá implementar las medidas requeridas por el proyecto. En segundo término, no se definen pautas claras de qué se entiende por “medidas necesarias” para verificar la edad de la persona que recibe los productos, así como tampoco se entiende la razonabilidad de dicha medida ya que, a efectos de la norma, importa tutelar los derechos del consumidor digital y no necesariamente a la persona que recibe el producto. En tercer lugar, se sigue sin reconocer la buena fe contractual que opera en este tipo de transacciones digitales.

Lo anterior genera que los proveedores del comercio electrónico se vean afectados por una incertidumbre importante que, en muchos casos, podrían impedir el cabal cumplimiento de las obligaciones regulatorias que se pretenden incluir en el proyecto. Ciertamente, si no es posible conocer cuáles son las medidas que se deben implementar para verificar la edad del consumidor ni tampoco es claro el tipo de transacciones que debe contenerlas, se hace difícil el cumplimiento de la regulación.

Es por ello que le solicitamos a la Comisión de Economía que reitere la exclusión realizada por la Comisión de Transportes y no incluya referencias a un eventual control parental de las transacciones llevadas a cabo en el comercio electrónico.

Sobre el art. 57° del Proyecto de la Ley General de Internet

Al igual que en el caso anterior, el derecho de arrepentimiento (art. 57) fue suprimido en el texto aprobado por la Comisión de Transportes. Atendiendo a ello, presentamos nuestros comentarios a fin que la Comisión de Economía ratifique la posición adoptada por su par en este extremo del proyecto legislativo.

Si bien es cierto que la finalidad del derecho de arrepentimiento es tutelar los derechos de los consumidores, también lo es que dicha regulación no puede perjudicar los derechos económicos de

los proveedores del comercio electrónico en aras de salvaguardar los del consumidor digital, ya que ambos se encuentran en el mismo rango legal. En ese sentido, el Proyecto debería incluir requisitos objetivos para el ejercicio del derecho de arrepentimiento, un procedimiento estándar y razonable para el ejercicio del mismo (incluyendo la posibilidad de réplica de los proveedores), y los posibles remedios que pudiesen emplear los proveedores ante un eventual uso abusivo del derecho en cuestión.

Lamentablemente, lo anterior está ausente en el texto del Proyecto, lo cual refuerza desproporcionalmente la posición del consumidor digital en desmedro de los proveedores. Y es que no debemos olvidar que el derecho de arrepentimiento, en sí mismo, ya es una tutela extraordinaria que el ordenamiento jurídico les estaría concediendo a los consumidores digitales para dejar sin efecto, sin razón objetiva, un contrato previamente celebrado con los proveedores.

Por lo tanto, solicitamos que se ratifique la exclusión del derecho de arrepentimiento o, en su defecto, se regule de una mejor forma en el eventual dictamen a aprobarse en la Comisión de Economía.

Sobre el art. 58° del Proyecto de la Ley General de Internet

Con relación a la definición de intermediarios en comercio electrónico propuesta en el artículo 58, estimamos que la misma no corresponde a la naturaleza de los proveedores de servicios en Internet.

La naturaleza de los proveedores no generadores de contenido en el comercio electrónico es principalmente la de brindar un servicio de conexión entre oferta y demanda de proveedores con consumidores. Los intermediarios en comercio electrónico: (i) no fijan precios del producto o servicio ofertado y (ii) no atribuyen características a los productos o servicios ofrecidos. Por tanto, no son responsables de los contenidos publicados por los proveedores de servicios ni por la relación de consumo. Así, es fundamental excluir a los agentes que brindan un servicio de intermediación de cualquier responsabilidad por el contenido, en aquellos casos en que este es generado por terceros y no ha sido modificado o alterado por el intermediario. En virtud al principio de causalidad, los intermediarios sólo podrían hacerse responsables únicamente por las prestaciones expresamente ofrecidas en su carácter de intermediario y por el servicio de intermediación ofrecido a los usuarios.

Sobre el Capítulo X referente a los nombres de dominio

El Capítulo X crea una definición de nombres de dominio (DNS, por sus siglas en inglés) alejada de los estándares internacionales. La definición más aceptada internacionalmente es la del ICANN (entidad internacional para la asignación de nombres y números) que establece que: *“Un nombre de dominio consiste en dos o más segmentos de texto separados por puntos.”*

La propuesta también desconoce la naturaleza del sistema internacional de nombres de dominio al crear los conceptos de *“alquiler”* y territorialidad, los cuales no son aplicables ya que Internet y el DNS son sistemas de uso libre y global. Adicionalmente, el artículo 68 equipara al DNS con un sistema de registro de marca, creando un requerimiento de verificación fonética de los nombres de dominios. El registro de dominio no es un registro marcarío y no debe ni puede ser administrado como tal.

El capítulo en comentario se aleja de los estándares internacionales en aspectos estructurales del funcionamiento de Internet, carece de cualquier tipo de sustento y presenta un riesgo para la naturaleza interconectada de la web. A su vez, el articulado pone en evidencia la falta de discusión

con la comunidad académica, técnica y de la sociedad civil en aspectos fundamentales como este. Por los motivos expuestos anteriormente, respetuosamente sugerimos que este capítulo sea eliminado en su totalidad.

Sobre el capítulo XI del Proyecto de la Ley General de Internet

Con respecto a esta sección del Proyecto, consideramos que su inclusión no ha sido correctamente analizada y podría generar desconcierto en los agentes económicos del mercado.

Ciertamente, a pesar de que la Comisión de Transportes estableció, como respuesta a una observación realizada, que “recoge la indicación del INDECOPI y se efectúa la modificación del Capítulo XI de la fórmula legal originalmente propuesta”, creemos que aún existen serias discrepancias con la normativa vigente.

En efecto, partir de la premisa de que los correos electrónicos de SPAM tienen asidero en nuestra normativa atenta contra las disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC) y puede afectar seriamente la seguridad jurídica de los agentes económicos del mercado. A modo de ilustración, en el año 2010, fecha en el que se promulgó el CPDC, el lit. e) del 58.1 del art. 58° estaba redactado de la siguiente manera:

“(…) están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

(…)

e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas. (…)”

Como se puede observar, INDECOPI implementó un registro a través del cual el usuario podía informar a los proveedores que no deseaba recibir llamadas, mensajes de texto o correos electrónicos publicitarios. No fue hasta el mes de septiembre del año 2018 que, a través del D.L. N° 1390, el artículo en cuestión sufrió una modificación definitiva, la cual ha quedado inamovible hasta el día de hoy. De allí que, en la actualidad, el texto del lit. e) del 58.1 del art. 58° quedó redactado de la siguiente manera:

“e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales.”

Este cambio se realizó porque el artículo, en su concepción primigenia, funcionaba de manera reactiva; es decir, el consumidor debía esperar que le llegaran los correos electrónicos de SPAM para poder incluirlos en el registro implementado por INDECOPI. Actualmente, el espíritu de la norma busca anteponer la obtención del consentimiento previo del consumidor antes de que se realicen las

comunicaciones publicitarias y/o comerciales. Asimismo, con la disposición actual, se eliminó toda referencia al registro implementado por INDECOPI, lo que trajo consigo un cambio de paradigma: el consumidor debe dar su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco para poder recibir este tipo de correos electrónicos de SPAM.

Por lo antes señalado, llama la atención que la cuarta disposición complementaria derogatoria del Proyecto busque derogar una norma que ya había sido tácitamente derogada por la modificación del Código (efectuada a través del Decreto Legislativo N° 1390), la Ley “Anti SPAM” (Ley 28493, Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado – SPAM). Esta norma es del año 2005 y, como puede suponerse, su ámbito de protección se desplegaba de forma reactiva, sin tomar en consideración el consentimiento previo del consumidor para recibir este tipo de correos electrónicos de SPAM.

Por otra parte, no es factible que el inc. d) del art. 68° del Proyecto haga referencia a la cuenta implementada por INDECOPI para “registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción”, ya que dicho registro, como hemos reseñado, no está vigente. Con ello nos podemos dar cuenta de que esta sección del proyecto parte de premisas erradas, pues trata de conciliar las nuevas disposiciones del CPDC con referencias derogadas.

No dudamos de la loable motivación que llevó al legislador a pensar en el consumidor y su protección frente a los correos electrónicos de SPAM; no obstante, es importante tener en cuenta que esta temática ya fue abordada por el mismo CPDC, por lo que podría llevar a confusiones a todos los proveedores que, de alguna manera, envían correos electrónicos publicitarios –incluso, aquellos que caen en la categoría de SPAM-. Como puede esperarse, estos proveedores no sabrán a qué atenerse ni a qué regulación dirigirse, creando un esquema de profundo desconcierto e inseguridad jurídica.

Por ende, somos de la idea de que toda esta sección del proyecto debe ser removida, en tanto crea inseguridad jurídica para todos los agentes del mercado, en especial, para aquellos que realizan el envío de correos electrónicos de publicidad, ya que se está pretendiendo regular una conducta que ya estaba prohibida desde la modificación del CPDC en el año 2018. Y es que, como señalamos en las líneas anteriores, la sección en comentario daría la libertad –bajo ciertas prerrogativas– a los agentes económicos de enviar correos electrónicos de SPAM, sin hacer énfasis en lo que realmente importa: solicitar el consentimiento del consumidor de manera previa.

IV. CONCLUSIONES FINALES

Conforme se ha desarrollado en el presente escrito, el mercado del comercio electrónico peruano involucra a varios agentes económicos cuyas actividades están debidamente delimitadas a la venta (proveedor), infraestructura digital (Marketplace o canales digitales), pagos (adquirentes y facilitadores de pago) y envío de productos (operadores logísticos de última milla).

En ese sentido, se hace necesario que la Ley General de Internet defina claramente estos conceptos, a fin de evitar cualquier interpretación que afecte la dinámica del comercio electrónico y, sobre todo, a los miles de agentes que intervienen y viven del mismo, así como afecte a millones de consumidores.