- DEFENSA DEL CONSUMIDOR y .....

PL 2942/2022-CR
3131/2022-CR
3541/2022-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
02 MAYO 2023
RECIBIDO
Firma ____ Hora 3:12 pm

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

OFICIO Nº 112 -2023 –PR

Lima, 02 de mayo de 2023

Señor
JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Autógrafa de Ley que modifica la Ley Nº 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de ampliar la prohibición de las comunicaciones SPAM. Al respecto consideramos conveniente observarla por lo siguiente[1]:

De la Autógrafa de Ley

1. El artículo único, la Autógrafa de Ley materia de análisis modifica los literales d) y e) del numeral 58.1 del artículo 58 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. A continuación, se muestra un cuadro comparativo entre el texto vigente de la Ley N° 29571 y la fórmula legal de la Autógrafa:

Ley N° 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor	**Autógrafa de Ley**
Artículo 58.- Definición y alcances	***Artículo 58.- Definición y alcances***
58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo. *En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:* *(...)* *d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.* *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*	*58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.* *En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:* *(...)* *d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.* ***<u>En ningún caso, las proposiciones solicitadas podrán realizarse entre las 20:00 horas y las 7:00 horas, ni los días sábados, domingos ni feriados</u>.***

[1] Sobre la base del Informe N° D000515-2023-PCM-OGAJ.

servicios, así como prestar el servicio de telemercadeo, 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. *(...)"*	*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 telemercadeo* ***a consumidor alguno. La única excepción a esta prohibición es el envío de comunicación comercial o publicitaria a aquel consumidor que se contacte directamente con el proveedor y autorice, expresando su consentimiento libre, previo, informado, expreso e inequívoco, de ser contactado a través de número telefónico, dirección electrónica o cualquier otro medio análogo de comunicación****. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales.* ***Infringir esta prohibición da lugar a una infracción muy grave sancionada por este código"*** *(...)"*

Observaciones a la Autógrafa de Ley

2. Al respecto debemos señalar lo siguiente:

Falta de un test de proporcionalidad pese a afectar derechos fundamentales

En principio, en un Estado constitucional y democrático todo derecho fundamental puede ser válidamente restringido en los casos que exista una afectación a otros derechos fundamentales o intereses constitucionalmente protegidos; no obstante, dicha restricción o afectación solo es posible cuando exista previamente un análisis de ponderación de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva. En el caso del presente proyecto de ley, su exposición de motivos no cuenta con un test de proporcionalidad que, en base a los principios antes enunciados, pueda justificar la legitimidad de la restricción del derecho a la libertad de empresa y a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, por lo que la propuesta carece de suficiente justificación respecto a su constitucionalidad.

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia (incorporado por el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia recaída en el Exp. 0050-2004-AI/TC); constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: De acuerdo con el: 1) principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine, 2) Principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo

que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Por último, de acuerdo con el 3) principio de proporcionalidad strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

En atención a lo indicado, la propuesta para que los proveedores únicamente puedan enviar información y publicidad cuando los consumidores se contacten directamente con ellos - modificación del literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor contenida en la Autógrafa de Ley - podría resultar limitativa en el marco de las libertades económicas reconocidas constitucionalmente en los artículos 58 en delante de la Carta Magna, en virtud a las cuales los proveedores de bienes y servicios pueden realizar sus actividades económicas de manera libre, siempre que no afecten la moral, seguridad o salud públicas.

Por tanto, al no contar el Dictamen que sustenta la Autógrafa de Ley, con el test de proporcionalidad que permita determinar la constitucionalidad de la restricción del derecho de libertad de empresa de los proveedores (artículo 59 de la Constitución Política del Perú)[2] y del derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (artículo 65 de la Constitución Política del Perú)[3], se puede afirmar que la propuesta legislativa no se encuentra adecuadamente sustentada.

Afectación al principio de coherencia normativa

El Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico N°48 de la Sentencia EXP. N°047-2004-AI/TC, define el principio de coherencia normativa, indicando lo siguiente:

> *"48. De lo dicho se concluye que la normatividad sistémica descansa en la* ***coherencia normativa****. Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, indica la existencia de una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman.*
>
> *Asimismo, presupone una característica permanente del ordenamiento que hace que este sea tal por constituir un todo pleno y unitario.*
>
> *Ella alude a la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica, lógica, etc., entre los deberes y derechos asignados; amén de las competencias y responsabilidades establecidas que derivan del plano genérico de las normas de un orden constitucional". (El subrayado es nuestro)*

Sobre la modificación del literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, contenida en la Autógrafa de Ley, es preciso señalar que involucra establecer una prohibición absoluta para contactar a los consumidores, dejando como único supuesto permitido para el ofrecimiento de productos y servicios, que estos brinden su consentimiento a través de una solicitud

2 "**Artículo 59.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

3 "**Artículo 65.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

expresa y previa al proveedor; sin tomar en consideración que tal modificación no guarda concordancia con la figura del primer contacto, la misma que se encuentra prevista en el numeral 1) del artículo 28 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. Asimismo, dicha modificación resultaría contraria a los pronunciamientos emitidos por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales en el marco de la Ley citada.

Al respecto, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva N° 01-2022-DGTAIPD de fecha 13 de enero de 2022, ha establecido lo siguiente:

> *"28. El primer contacto tiene como objetivo poder cumplir con la obligación de recopilar el consentimiento, el cual tratándose de personas jurídicas que ofrecen bienes y/o servicios, tiene como finalidad obtener el consentimiento para el tratamiento de datos con fines de publicidad o prospección comercial. Es decir, para ofrecer bienes y/o servicios de forma general y no por producto o servicio".*

Por tanto, como consecuencia de contravenir la Ley de Protección de Datos Personales, interpretada por la Autoridad respectiva, la propuesta de modificación del literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor contraviene el principio de coherencia normativa, al no tomar en consideración lo previsto en la citada normativa.

Falta de justificación de la necesidad de las propuestas contenidas en la Autógrafa de Ley

El artículo 2 de la Ley N° 26889, Ley marco para la producción y sistematización legislativa, establece que los proyectos normativos deben estar debidamente sustentados en una exposición de motivos.

Asimismo, el artículo 7 del Reglamento de la Ley marco para la producción y sistematización legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2022-JUS, precisa que la exposición de motivos describe el contenido de la propuesta normativa, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes, marco jurídico y las habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta, así como su justificación de manera detallada, operando como sustento de su elaboración y aprobación. Asimismo, fundamenta la propuesta normativa, con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada, jurisprudencia y doctrina que se ha utilizado para su elaboración. En tal sentido, incluye, necesariamente, el fundamento técnico que justifica la necesidad de la aprobación de la norma, el análisis de impactos cuantitativos y/o cualitativos de la misma y el análisis del impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.

El Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República[4] señala que la Exposición de Motivos contiene la fundamentación de la propuesta, la cual "*contiene la identificación del problema, análisis del estado actual de la situación fáctica o jurídica que se pretende regular o modificar y la precisión del nuevo estado que genera la propuesta, el análisis sobre la necesidad, viabilidad y oportunidad de la ley, el análisis del marco normativo; y, cuando corresponda, el análisis de las opiniones sobre la propuesta*".

4 Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República, aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 106-2020-2021/MESA-CR. Página 83.

El artículo 9 del citado Reglamento señala que, como parte del análisis de impactos cuantitativos y/o cualitativos se debe conocer en términos cuantitativos y/o cualitativos los efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permita cuantificar los costos y beneficios, o en su defecto posibilite apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. No se debe limitar al análisis de materias únicamente patrimoniales y/o presupuestales. Asimismo, la necesidad de la norma debe estar debidamente justificada dada la naturaleza de los problemas existentes, los costos y beneficios probables de la aprobación y aplicación de la norma y los mecanismos alternativos que existan para solucionar dichos problemas.

En ese mismo sentido, cabe destacar que el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República dispone que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, y el análisis costo-beneficio de la futura norma legal.

El Análisis de impactos (económico, social, político, institucional, ambiental, etc.) debe determinar el beneficio en favor de los ciudadanos, asimismo, se debe evitar la frase genérica *la presente ley no irroga gasto*[5].

En esa línea, el adecuado desarrollo del Análisis Costo Beneficio (ACB) debe permitir advertir la necesidad, viabilidad y oportunidad de la regulación. Asimismo, dicho análisis integral "debe incluir las razones por las cuales la norma no solo es viable, sino que es necesaria"[6].

El análisis señalado, es imprescindible en el contexto actual de nuestro ordenamiento jurídico, que se caracteriza por una tendencia a la sobrerregulación, "inflación legislativa" o "inflación normativa"; que como bien ya ha señalado la doctrina, "tiene graves consecuencias sobre el ordenamiento jurídico porque, al final de cuentas, este termina siendo excesivamente complejo, confuso, disperso y, en algunos casos, encontramos normas que sobran o que parecen innecesarias"[7].

En ese contexto, se considera que el dictamen que sustenta la Autógrafa de Ley carece de una adecuada justificación en el extremo referido a que:

- No se analizan los efectos perjudiciales en lo referido a la protección a los consumidores; pues el texto vigente del literal d) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, contiene una prohibición absoluta en cuanto a que los proveedores realicen visitas al domicilio del consumidor o proposiciones no solicitadas con fines comerciales; y, con la modificación propuesta - contenida en la Autógrafa de Ley - tal prohibición se circunscribiría a un horario y días. Es decir, la modificación tendría un efecto desfavorable para el consumidor, en la medida que con ello se facultaría a los proveedores a comunicarse cualquier día y dentro de los horarios no prohibidos, aun cuando el consumidor no hubiese solicitado recibir tales propuestas.

5 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Guía de Técnica Legislativa para elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo. Lima, 2018, p. 58.
6 Asociación Civil TRANSPARENCIA. Guia para la evaluación de proyectos de ley. Lima, 2008, p. 33.
7 GONZALEZ GOMEZ, Agapito. La importancia de la técnica legislativa, p. 134. En: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/650B029B82E65D1D0525773800642477/$FILE/La_importancia_de_la_t%C3%A9cnica_legislativa.pdf

- No se advierte un análisis de otras medidas o alternativas que resulten menos restrictivas y, posiblemente, más efectivas para evitar las comunicaciones sin consentimiento para ofertar productos y servicios.

- No se desarrollan los argumentos que sustenten que con las modificaciones propuestas a los literales d) y e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, se dará solución al problema referido a las constantes comunicaciones SPAM que reciben los consumidores, máxime si se tiene identificado que la solución al referido problema involucra un campo de acción bastante amplio.

- El dictamen que sustenta la Autógrafa de Ley no ha tenido en consideración que el problema que se quiere solucionar con la fórmula legal requiere la intervención articulada de diversas instituciones y del sector privado.

- No se ha realizado una evaluación del impacto que las medidas contenidas en la Autógrafa de Ley, generaría en el mercado laboral.

Por lo tanto, podemos afirmar que la fórmula legal de la Autógrafa de Ley y el Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos recaído en los Proyectos de Ley N° 2942/2022-CR, N° 3131/2022-CR y N° 3541/2022-CR, no cuentan con una adecuada justificación, en los términos señalados en la normatividad citada.

Por las razones expuestas, se observa la Autógrafa de Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,

DINA ERCILIA BOLUARTE ZEGARRA
Presidenta de la República

LUIS ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA
Presidente del Consejo de Ministros

Proyecto de Ley: 2942/2022-CR,
3131/2022-CR
y 3541/2022-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **2** de **mayo** de **2023**

Pase a la Comisión de **DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**, con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.

JAVIER ÁNGELES ILLMANN
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA LA LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, A FIN DE AMPLIAR LA PROHIBICIÓN DE LAS COMUNICACIONES SPAM

<u>Artículo único</u>. Modificación de los literales d) y e) del numeral 58.1 del artículo 58 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

Se modifican los literales d) y e) del numeral 58.1 del artículo 58 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, con los siguientes textos:

*"**Artículo 58.- Definición y alcances***

58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

[...]

d) Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades. En ningún caso, las proposiciones solicitadas podrán realizarse entre las 20:00 horas y las 7:00 horas, ni los días sábados, domingos ni feriados.

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 telemercadeo a consumidor alguno. La única excepción a esta prohibición es el envío de comunicación comercial o publicitaria a aquel consumidor que se contacte directamente con el proveedor y autorice, expresando su consentimiento libre, previo, informado, expreso e inequívoco, de ser contactado a través de número telefónico, dirección electrónica o cualquier otro medio análogo de comunicación. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales. Infringir esta prohibición da lugar a una infracción muy grave sancionada por este código.

[...]".

Comuníquese a la señora Presidenta de la República para su promulgación.

En Lima, a los diez días del mes de abril de dos mil veintitrés.

JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del Congreso de la República

MARTHA LUPE MOYANO DELGADO
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

A LA SEÑORA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA