

El auge del comercio electrónico: Reflexiones y discusiones entorno a la contratación y la protección al consumidor.

The rise of electronic commerce: Reflections and discussions about the procurement and consumer protection

Pavel Flores Flores¹

Resumen. El exponencial crecimiento del comercio electrónico, en los últimos meses, ha permitido identificar una serie de desafíos entorno al cumplimiento contractual y la protección al consumidor, lo que determina una discusión dual entorno a la genealogía de la contratación y la implementación de nuevas herramientas electrónicas con vistas a observar la protección de los derechos del consumidor en las nuevas relaciones de consumo generadas bajo este medio. En este sentido, las siguientes líneas esgrimen una serie de reflexiones sobre los espacios de comercio electrónico, su incidencia en la práctica contractual, la aplicación de las herramientas tecnológicas y la promoción de modelos innovadores de negocios, lo que trae consigo una nueva discusión sobre el fomento del consumo por medios electrónicos y los niveles de protección al consumidor, tomándose en consideración la viabilidad de las propuestas normativas y las decisiones jurisprudenciales.

***Abstract.** The exponential growth of e-commerce in recent months, identifies a number of challenges to contractual compliance and consumer protection, which determines a dual discussion around the genealogy of contracting and the implementation of new electronic tools with a view to observing the protection of consumer rights in the new consumption relations generated through this medium. The following lines propose a series of reflections on e-commerce spaces, their impact on contractual practice, the application of technological tools and, the promotion of innovative business models, resulting in a new discussion on the promotion of consumption by electronic means and levels of consumer protection, taking into account the feasibility of legislative proposals and case-law decisions.*

Palabras clave. Buena fe, Comercio electrónico, Contrato Mercado digital, Protección al consumidor, Relación de consumo.

Keywords. *Good faith, E-commerce, Contract Digital market, Consumer protection, Consumer relation.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El comercio electrónico y su prospección en el mercado. 2.1. ¿Qué es comercio electrónico? 2.2. Sobre la formación del contrato. 2.3. Sobre el incumplimiento contractual. 2.4. Sobre las cláusulas generales de contratación. 3. ¿Qué nos dice el Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre la contratación electrónica? 4. Reflexiones finales.

¹ Abogado y magíster en Educación e Investigación por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de maestría en Educación e Investigación por el ICED. Estudios de especialización en contratos y consumo en la Universidad de Salamanca, España. Especialista y coordinador legal de la Subdirección de Transporte Especial de la Autoridad de Transporte Urbano. Miembro del Centro de Estudios en Políticas de Protección al Consumidor y la Sociedad Peruana de Derecho. Premio Darío Herrera Paulsen 2017. Premio Mario Alzamora Valdés 2020. pavelflores.202@gmail.com.

1. Introducción

*“(...) se ha comenzado a hacer las compras por computadora, a través de esa pantalla que será la ventana por la que los hombres sentirán la vida. Así de indiferente e intocable”. Ernesto Sábato.*²

En el último año, se ha presenciado el auge del comercio electrónico en el Perú, esto en relación con el advenimiento de la pandemia y la crisis mundial a causa del covid-19, lo que, en efecto, provocó espacios de comercialización y la utilización de canales virtuales que permitiesen el suministro de los diversos bienes y servicios, al mismo tiempo que, se presenciaba nuevas formas de llevar a cabo la actividad económica por parte de muchas empresas, las cuales tuvieron que adaptarse a nuevos espacios o potenciar los que tenían previamente constituidos.

En este contexto, se observó particularidades sobre las relaciones de consumo, que, en definitiva, también sufrieron el impacto de la intensificación de las herramientas electrónicas, de tal manera que se abrió paso a nuevas modalidades de contratación, así como a una variedad de productos y servicios que permitieron reforzar determinados sectores relacionados, por ejemplo, a los productos destinados a cumplir las necesidades básicas.

Desde la perspectiva del consumidor, se hace latente un estado de vulnerabilidad más amplio que en el contrato de consumo ordinario, esto

en sentido que se enfrenta a un nuevo escenario³ -con sus ventajas y desventajas- y que, en efecto, permite hacer una disgregación selectiva, por un lado, aquellos que podrían acentuar su vulnerabilidad frente a la dinámica virtual, que recién conocen y en muchos casos, no entienden; y, por otro lado, aquellos, que podrán acceder de manera idónea y se muestran proclives a tal modalidad de contratación. Una ambivalencia que, desde diversos dispositivos -normativos, jurisprudenciales o políticos-, debe reducirse, sin afectar la nueva modalidad de contratación.

Se alude entonces a la posibilidad de partir de diversas premisas entorno a la protección al consumidor y su relación con el proveedor, donde se evidencia un grado de desigualdad técnica, jurídica y fáctica⁴; situación que se agrava dentro de la contratación electrónica; lo acompaña datos sobre reclamos y denuncias interpuestas ante la autoridad administrativa, la cual tiene como gran desafío, proponer nuevas vertientes de solución a problemas prácticos y, por supuesto, establecer una relación adecuada entre la jurisprudencia existente y aquella derivada de los nuevos conflictos.

Lo expuesto, impregnado bajo el matiz Constitucional⁵, que determina la defensa del interés del consumidor, y en referencia a un principio rector de la política social y económica del Estado, como es la protección de los derechos de los

2 Ernesto Sábato, *La resistencia* (Buenos Aires: Editorial Planeta, 2000), 17.

3 En referencia a la vulnerabilidad, y la secuencia de eventos que puede desencadenar una desprotección al consumidor véase Cesar Carranza Álvarez, <<De la tutela constitucional del consumidor al reconocimiento de su vulnerabilidad por el Código de Protección y Defensa del consumidor peruano. Primera exploración jurisprudencial>>, en *Derecho del consumidor. Temas actuales*, coor. por Cesar Carranza Álvarez (Lima: Editorial Normas Jurídicas, 2017), 99.

4 Julio Durand Carrión, <<El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho Civil, frente a la contratación de consumo de mercado>>, *Vox Juris*, N.º 24(2) (2012): 108, hace referencia al déficit de negociación, reflexión e información, lo que se traduce como un estado de inferioridad material del consumidor frente al proveedor al momento de la contratación.

5 Véase el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, sobre la defensa del interés del consumidor, convirtiéndose en pilar del régimen de economía social del mercado establecido en el artículo 58 del mismo cuerpo normativo, el cual debe tomarse en consideración a través de la actuación del Estado en las políticas públicas, decisiones ejecutivas, propuestas legislativas, criterios jurisprudenciales, entre otros supuestos.

consumidores⁶, lo que permite sustentar que tales derechos son de “orden público de protección u orden público social”.⁷ Lorenzetti alude a un orden racional que se propone regular diversas latitudes⁸.

Solo así se puede apreciar cómo el derecho vigente soluciona -o pretende buscar soluciones-, pero no extingue los conflictos de consumo, siendo el auge del comercio electrónico, una nueva incertidumbre que impacta en la aplicación e interpretación jurídica, no solo por su importancia actual en la comercialización de productos reduciendo el contacto físico, acelerando los procesos de compra y facilitando las transacciones desde el hogar⁹, sino por su crecimiento sostenido y perpetuidad.

Así, el objetivo del artículo, es analizar la práctica del comercio electrónico desde la perspectiva de la protección al consumidor y las aristas que involucran la promoción de la contratación electrónica, virtualización de procedimientos, vacíos normativos sobre el tema, la labor de la autoridad tutelar, entre otros supuestos que se han suscitado a lo largo de este tiempo y que merecen ciertas discusiones y reflexiones que aborden no solo las incidencias ante el incumplimiento contractual, sino aquellas que se producen desde la formación contractual. Este aspecto no solo tiene un alcance teórico entre el derecho del consumidor y el derecho común, sino que toma mayor relevancia en su matiz práctica.

Para desarrollar las siguientes líneas, se ha seleccionado fuentes de información que permiten

abordar una investigación de carácter descriptivo y enfoque cualitativo, mostrándose instituciones, conceptos y teorías, contrastadas con la realidad material y casos hipotéticos, dando como resultado aquello que es observable, y que resulta la tesis central de la investigación: la tecnología ha facilitado y permitido la contratación de bienes y servicios, pero al mismo tiempo, el consumidor se ha enfrentado a un nuevo escenario donde es más vulnerable, por lo que más allá de una necesaria regulación normativa y criterios jurisprudenciales sólidos, se necesita del compromiso de los agentes del mercado para viabilizar el cumplimiento de los contratos, mejorar las relaciones de consumo, reducir la asimetría informativa y promover los derechos del consumidor de manera íntegra y equitativa.

2. El Comercio electrónico y su prospección en el mercado

Si se alude al comercio electrónico del último año, es imposible continuar sin las cifras que dan cuenta de su evolución y crecimiento. Se observan las siguientes:

Existió un crecimiento del 50% al cierre del año 2020, lo que significó ventas por más de \$6,000.00 millones de dólares el mismo año.¹⁰ Al mismo tiempo, se conoce que el número de compradores online ascendió a 11.8 millones de personas, mientras que los negocios online llegaron a un total de 263, 200 empresas o emprendimien-

6 Véase el artículo I del Código de Protección y Defensa del Consumidor

7 Tamara Adrián Hernández, *La protección jurídica del consumidor y los criterios objetivos que determinan la aplicación de dicha protección* (Caracas: UCV, 1996), 45.

8 Ricardo Lorenzetti, <<La descodificación y fractura del Derecho Civil>>, *La Ley*. Año. LVIII. n.º 153. (1994): 74.

9 La crisis mundial producto de la pandemia causada por el brote del covid-19 impone exigencias funcionales a los operadores del mercado, quienes se han apoyado en las herramientas tecnológicas, como aplicativos de celular o páginas web, para continuar comercializando productos y prestando servicios, cumpliendo con los requerimientos dispuestos por el gobierno central.

10 <<Perú: Las ventas e-commerce alcanzaron los USD 6,000 millones en el 2020>>, Perú Retail, acceso 10 de mayo de 2021, <https://www.peru-retail.com/peru-las-ventas-e-commerce-alcanzaron-los-usd-6000-millones-en-el-2020/>

tos, constituyéndose en un 5% de penetración del *e-commerce* sobre el total del comercio.¹¹

En este contexto, también existió un incremento de reclamos y denuncias ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual -en adelante, INDECOPI-. En el reciente Documento de gestión denominado “Propuestas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la seguridad de productos”, elaborado por la autoridad administrativa, se detalla que solo los reclamos concluidos fueron de 38, 144, cifra que representa el 43% del total de reclamos reportados a nivel nacional.¹² Estos números se complementan con los más de 200, 000 reportes ciudadanos registrados a través del Centro Especial de Monitoreo del Indecopi (CEMI)¹³; así, los principales problemas relacionados a la entrega del producto, se presentan en referencia al plazo acordado, el reembolso del dinero ante la cancelación de la compra y la falta de identidad en el objeto de la relación de consumo.

Por supuesto, que los niveles de consumo – realmente superiores a cualquier año pre aislamiento social- son hábitos que los consumidores han adquirido con el tiempo, pero que, sin lugar a dudas, se consolidan por la necesidad de acceder a determinados productos, procurando no poner en riesgo su salud. En el último año se han demostrado avances significativos en relación al comercio electrónico, cifras que quizá se hubiesen calculado en cinco o siete años; en paralelo, tam-

bién se busca fortalecer este aspecto, con la finalidad de mitigar riesgos, generar mayor confianza en el consumidor e implementar herramientas de transparencia en el mercado. A continuación, se revisarán algunas cuestiones matriciales que emprenden el análisis del presente artículo.

2.1 ¿Qué es comercio electrónico?

Como cualquier labor de conceptualización, no es, *per se*, finalista, de hecho, dada la amplitud de los términos que se abarcan, solo tendremos aquella definición que sea útil para los efectos explicativos que se buscan. Dreyzin, citando a Pardini, nos señala que el comercio electrónico se trata de “aquel en el cual toda la transacción se materializa en un entorno electrónico”¹⁴, en la misma línea, Guisado, con una cosmovisión contractualista, precisa que tal concepto abarca una serie de transacciones comerciales a través de soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y comunicación.¹⁵

Dentro de una postura institucional, la Organización Mundial del Comercio -en adelante, OMC-, en referencia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, define al comercio electrónico como “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”¹⁶, al mismo tiempo, precisa que las transacciones electrónicas no se basan en las características de los productos, sino que abarcan las compras en línea, tanto de

11 CAPECE, *Reporte oficial de la industria ecommerce en Perú. Impacto del covid-19 en el comercio electrónico en Perú y perspectivas al 2021* (Lima: CAPECE, 2021), edición en PDF, 15.

12 INDECOPI, *Documento de trabajo institucional del INDECOPI. Propuestas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la seguridad de productos* (Lima: INDECOPI, 2021), edición en PDF, 23.

13 << Más de 200 mil reportes ciudadanos fueron registrados durante la pandemia a través del Centro Especial de Monitoreo del Indecopi (CEMI)>>, INDECOPI, acceso 10 de mayo de 2021, <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/345041-mas-de-200-mil-reportes-ciudadanos-fueron-registrados-durante-la-pandemia-a-traves-del-centro-especial-de-monitoreo-del-indecopi-cemi>

14 Adriana Dreyzin de Klor, <<Derecho aplicable al comercio electrónico>>, *Revista Sequência*, n.º 50 (2005): 278.

15 Angela Guisado Moreno, *Formación y perfección del contrato en Internet* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 59.

16 OMC, *Panorama del comercio electrónico. Políticas, tendencias y modelos de negocio*. (Ciudad de México: Asociación Mexicana, 2020), 17.

bienes como de servicios, no dependiendo de un modo de entrega específico o de un formato concreto del producto, y mucho menos de un método de pago específico.¹⁷

Esto explicaría la implicancia del concepto a diferentes mecanismos que se observan en la realidad, como las compras por páginas web y aplicativos móviles, o la posibilidad de comprar bienes materiales o electrónicos, pagando a través de procedimientos virtuales, sin dejar de mencionar, el hecho que el consumidor puede recoger el producto en la tienda o esperar su entrega a domicilio. Se añade, al respecto, que el proveedor podría ser directo o a través de un intermediario, lo que, en sustancia, no varía la noción sobre comercio y contratación electrónica, y mucho menos el marco institucional de los derechos del consumidor.

Una concepción similar se ha establecido por la Comisión de Protección al Consumidor, en la Resolución N° 2329-2015/CC2, la cual ha indicado, hace algunos años, que la contratación electrónica es aquella donde la oferta y el pedido del bien o servicio deben efectuarse a través de la internet en formatos o sitios virtuales acondicionados para ello, no siendo necesario que el pago y la entrega o prestación final de los bienes o servicios se realicen en línea.

En contexto, los consumidores ahora pueden acceder a los mecanismos electrónicos a través de las redes informáticas y realizar una transacción a escala internacional o nacional –dependiendo del país del proveedor–, dentro de un amplio mercado competitivo, lo que, *per se*, se convierte en un aspecto favorable para el propio consumidor, en tanto su margen de elección sobre los bienes y servicios, y la posibilidad de acceder a estos, se amplía.

2.2 Sobre la formación del contrato

Se discutía si, dentro del entorno digital, se hace posible determinar la categorización de la contratación electrónica, es decir, si se está ante una especie contractual propia y autónoma; sin embargo, gradualmente, la doctrina ha dado respuesta al debate, en tanto se considera un modelo de contratación y no una categoría o especie de contrato, así, los derechos referidos a la contratación de consumo y contratación en general serán de aplicación extensiva al comercio electrónico, específicamente a la contratación por estos medios.

En el mismo sentido, es conveniente hacer la diferenciación entre la contratación electrónica, es decir, por medios informáticos, de aquella referida a la contratación informática, aquella sobre bienes informáticos. Así, se ha precisado que la primera utiliza como medio las herramientas electrónicas, virtuales o informáticas, mientras que, en la segunda, este medio constituye el objeto de la contratación.¹⁸

Habiéndose detallado dos cuestiones matriciales sobre la temática que se aborda, se hace necesario precisar el marco normativo de aplicación a la modalidad contractual

Por regla general, el contrato, según el Código Civil –en adelante, CC–, se perfecciona en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; mientras que, para la contratación denominada “entre ausentes”, se aplica lo dispuesto en el artículo 1374, estableciéndose la regla: “*si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo*”.

17 OMC, *Panorama...*, 19.

18 Alfonso García Campo, <<La contratación electrónica. Aspectos jurídicos>>, en *Encuentros sobre Informática y Derecho*, coor. por Miguel ángel Dávora (Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1995), 63.

Observamos la importancia del juego entre la oferta y aceptación en la contratación electrónica, más aún si consideramos la preocupación de autores como De Miguel¹⁹ o Scotti²⁰, quienes precisan que la aplicación de las reglas generales de la contratación puede ser insuficiente para salvaguardar la seguridad jurídica, si se tiene en cuenta que el ordenamiento exige requisitos de forma específicos, resquebrajando la confianza de los contratantes por la falta de garantías sobre ciertos elementos, tales como la identidad del producto, los lugares de recepción, el ámbito de jurisdicción, entre otros.

Esto permite reflexionar sobre tres aspectos: las cuestiones genealógicas de la formación del consentimiento, la problemática ante el incumpliendo; y, el régimen de las cláusulas generales de contratación. Solo teniendo tales presupuestos –no siempre interconectados, pero de relevancia práctica– se podrá proponer soluciones y perspectivas que mejoren el *statu quo* actual.

Al respecto, sobre la instrumentalización de la autonomía de la voluntad a la aplicación de la legislación común, se le suma el régimen especial, de tal manera que se considera la integración de la publicidad a la oferta, regla que, por lo demás, se toma en cuenta con mayor preponderancia, ante la abundante invasión de publicidad expuesta en las páginas web –por colocar un ejemplo–. Se había dicho, en palabras de Sirvent, que el derecho a la información –sacrosanto en las relaciones de consumo– está estrechamente relacionado con el control de la publicidad.²¹

En referencia a ello, el control se realiza a través de las leyes específicas, en nuestro país, principalmente el Decreto Legislativo 1044- Ley de represión de la competencia desleal, aunado a la finalidad que cumple esta norma, la publicidad cumple con sus funciones ontológicas, el persuadir hacia el consumo y el suministrar información, como tal, influye en la decisión del consumidor. Se aplica, a razón de ello, lo expuesto en el artículo 46 del CPDC, en tanto el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Tal caso debe tenerse presente aún con la utilización de medios electrónicos, sin descuidar la cúpula de información que al consumidor le interesa, aquella relevante, como, por ejemplo, la identidad del producto, el precio, el plazo de entrega. Sin embargo, habrá cuestiones que se deberán tomar con la misma importancia –aunque no siempre suceda–, como las relacionadas a la protección de datos personales, reputación del proveedor, mecanismos de solución de controversias, garantías, entre otros.²²

Cualquier intención de ofertar sin respaldo material consistirá en una vulneración de los derechos del consumidor y los principios de transparencia y buena fe, así como cualquier intención de resolución unilateral del contrato, más cuando se ha recibido el acuse de recibo, dando lugar a la perfección del negocio jurídico. En general, se

19 Pedro Alberto De Miguel Asencio, *Derecho Privado de internet* (Madrid: Editorial Civitas, 2003), 88.

20 Luciana Scotti <<La contratación electrónica en el código civil argentino: una mirada al derecho internacional>>, *Lecciones y Ensayos*, n.º. 90 (2012):130-132.

21 Jorge Sirvent García, *La oferta en los contratos de consumidores* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 15.

22 Tapias menciona los riesgos a los que se presenta el consumidor en este tipo de operaciones, señalando que algunos de esos son: la suplantación de identidad o de sitios web, la manipulación indebida de datos personales, la vulneración a derechos fundamentales, la creación de softwares maliciosos para fraudes y engaños en línea, entre otros. Véase en Natalio Tapias Torres, <<La protección al consumidor en el comercio electrónico>> *Escritos en la facultad*, año.12 (2016): 43.

aplica lo dispuesto para la protección mínima en el contrato de consumo y las sanciones para las cláusulas abusivas.

Así, dentro de los márgenes de aplicación del derecho común y especial, al consentimiento en la contratación electrónica, se puede afirmar que se le aplica la presunción de conocimiento -igual que en la contratación típica- considerando la presunción de conocimiento que existe al momento que el oferente proveedor recibe la aceptación del consumidor.

Sobre esto, conviene hacer dos precisiones: a) En el mismo sentido que lo describe De la Puente y Lavalle²³, la recepción de la aceptación del aceptante no implica la posibilidad de cognoscibilidad, sino el efectivo conocimiento por parte del oferente, es por ello que la presunción se destruye, no con la falta de conocimiento sino con la imposibilidad de conocer; y, b) Para evitar discusiones de tal tipo, es conveniente que, una vez se haya emitido la aceptación del contrato por parte del consumidor, se envíe una notificación a su bandeja – correo o usuario de la plataforma- que da cuenta de la aceptación de este, habiéndose la conformidad del contrato.

2.3 Sobre el incumplimiento contractual

Otro aspecto relevante es el relacionado al incumplimiento. Las bondades de la contratación electrónica también traen consigo una serie de riesgos que pueden conllevar al incumplimiento de las obligaciones contractuales, y, por otro lado, la exigencia coactiva ante un proveedor en particular.

Esto se agrava si consideramos que, en el actual contexto, muchos consumidores han dejado de subutilizar las herramientas electrónicas, y las han vuelto verdaderas opciones para la adquisición de productos o servicios, es decir, podemos estar ante una exigencia creada por una realidad que invita a tal determinación.

Al respecto, ante los problemas que, eventualmente, pueden suscitar en el comercio electrónico, se esgrimen una serie de soluciones que, dentro del marco normativo o dentro de las acciones que tomase cada proveedor, buscan dar solución ante los reclamos de los consumidores.

En primer lugar, se puede hablar de los mecanismos de auto ejecución. Para De la Maza se tratan de mecanismos implementados para contratos cuyo objeto son bienes o servicios de información, abundantes en la internet, por ejemplo, películas, música, *e-books*, entre otros.²⁴

Esto permite que los proveedores puedan identificar, a través de un software, la utilización de los productos y sus contenidos, de manera que evitan su uso prohibido como, por ejemplo, copias o impresiones a material protegido por derecho de autor; y, por otro lado, ante cualquier reclamo, permiten identificar la condición de los productos virtuales y ser fácilmente reemplazados.

En segundo lugar, se puede referir a todas aquellas herramientas relacionadas con la reputación del proveedor. Esta se convierte en un valor para los proveedores que tiende a generar la confianza necesaria para que los consumidores prefieran determinadas marcas. Esto implica una serie de variables relacionadas, por ejemplo, a los aspectos de calidad, atención de reclamos, inmediatez de

23 Manuel De la Puente y Lavalle, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Lima: Editorial Palestra, 2017), 425.

24 Íñigo Andrés De la Maza Gazmuri, <<Contratos electrónicos: el problema del incumplimiento. Soluciones a la sombra de la ley>> *Los contratos en el Derecho Privado*, edit. por Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Terner Barrios (Bogotá: Legis Editores y Universidad del Rosario, 2007), 886.

entrega, y otras conexas como relaciones laborales, cuidado del medio ambiente, buenas prácticas de gobierno corporativo y responsabilidad social empresarial²⁵.

Las variables se relacionan con la entrega de información y la conducta del proveedor, es decir, se reúne y publica información sobre las acciones de los proveedores ante determinados supuestos, que no solo se reducen al cumplimiento contractual, sino que se extienden a los deberes *ex ante* y *ex post*. Los consumidores tendrán mayor confianza en aquellas plataformas donde puedan acceder con facilidad a los términos y condiciones, botones sobre garantías y seguridad, cumplimiento de medidas sobre protección de datos personales, libro de reclamaciones virtual, canales de comunicación y atención de reclamos, entre otros elementos que también pueden ser fácilmente replicados en las compras por aplicativo.²⁶

En tercer lugar, se puede tomar en consideración a aquellos mecanismos que la autoridad administrativa ha puesto a disposición de los consumidores, algunos de ellos, implementados en época de aislamiento social, y otros ya existentes. Se llega a la utilización de los mismos, ante la no respuesta o insatisfacción del consumidor sobre la atención recibida por parte del proveedor ante un reclamo.

En estos casos, a través las herramientas virtuales²⁷, se busca que el administrado pueda ejercer

sus derechos ante la autoridad, donde se ofrezcan las alternativas de solución o las vías administrativas para la interposición de la denuncia. En general, si bien se han “virtualizado” las etapas y procedimientos, en el fondo, los esquemas –tanto virtual como físico– responden al mismo modelo, y con similares resultados prácticos.

El usuario observa el seguimiento de su reclamo, recibe la asesoría profesional, se comunica ante el proveedor, se reducen los costos de desplazamiento, y los riesgos que conlleva la movilización, entre otros beneficios que se han identificado. Sin embargo, ha de considerarse los plazos como una preocupación no menor, toda vez que, aún con los mecanismos virtuales, el tiempo invertido en la búsqueda de una solución es extendido. Stiglitz y Stiglitz, sobre el acceso del consumidor a la justicia han mencionado que “*en la mayor parte de los casos, una justicia lenta, aunque esté bien administrada, es una justicia ineficaz*”.²⁸

2.4 Sobre las cláusulas generales de contratación

Conviene precisar argumentos sobre la utilización de las cláusulas generales de contratación en la contratación electrónica.

Las cláusulas se convierten en un tema crucial en la contratación de consumo, por lo que no es in-

25 Pavel Flores Flores, << Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la marca y su relación con el consumidor >> *Actualidad Jurídica*, n°. 301 (2018): 183; se considera que existen variables positivas que inciden en la elección del consumidor y su relación con la marca del bienes o servicios, al mismo tiempo que las malas prácticas empresariales, más aún cuando estas se relacionan a temas medio ambientales o de alto impacto social, tienden a incidir en la decisión de consumo, pese a no discutirse la calidad del producto o servicio.

26 Un ejemplo particular, es el *marketplace*; aquellas plataformas virtuales que permiten albergar a diversos proveedores, así, comúnmente se establecen mecanismos de evaluación sobre la atención y calidad de productos o servicios, lo que permite otorgar un puntaje que el proveedor puede utilizar como variable de reputación al momento de escoger entre la diversidad de proveedores. Los comentarios y las puntuaciones pueden seleccionarse entre positivos, neutrales o negativos.

27 Se conocen la plataforma de *Reclama Virtual* y *Concilia fácil*. Es necesario precisar que los canales telefónicos y de correo electrónico, sirven para alertar o comunicar al INDECOPI sobre reclamos o denuncias. Se considera que, dada su viabilidad y alta demanda, superado el estado de emergencia, se seguirán utilizando y promoviendo.

28 Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz, *Contratos por adhesión: cláusulas abusivas y protección al consumidor* (Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1985), 252.

diferente, en el ámbito del uso de las herramientas tecnológicas, más aún, si se trata del verdadero contenido de los alcances y restricciones del contrato.

En primer lugar, todos los contratos electrónicos incorporan cláusulas generales de contratación, por lo que estas deberían ponerse a la disposición del consumidor en todo momento, es decir, no únicamente cuando este decida contratar determinado bien o servicio -para lo cual deberá acceder fácilmente al clausulado-, sino que también, estas condiciones deben consultarse libremente en la página web, aplicaciones, u otros²⁹.

Esto evitaría que el consumidor haya quedado desprovisto de la posibilidad de conocer las cláusulas, no solo porque se asegura conocerlas al momento de la contratación, sino que, *per se*, están disponibles todo el tiempo para que este puede descargarlas, leerlas, e, incluso, compartirlas las veces que considere necesario³⁰. En este sentido, la posibilidad de que se envíe el clausulado al correo electrónico - conjuntamente con el contrato- constituye una práctica importante para asegurar el conocimiento del mismo.

En segundo lugar, se debe reconocer que, pese a colocar las cláusulas generales de contratación a disposición del consumidor, quizá este no las lee y tome conocimiento de su contenido, como suele suceder. Así para mitigar tal situación, el proveedor debe buscar herramientas -como, por ejemplo, la aparición de *pop ups*- que muestren cuando menos la siguiente información: a) las acciones que realizará el consumidor conforme las etapas para la contratación, b) los medios para reducir y contrarrestar errores en el cumplimiento de los pasos o en la manipulación, c) las principales con-

diciones contractuales relacionadas al producto o servicio, y, d) aquello relacionado a la protección de datos personales.

3. ¿Qué nos dice el Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre la contratación electrónica?

Como se había dejado entrever, la alusión al comercio o contratación electrónica es muy poca en nuestro Código, esto en razón de dos supuestos: a) quizá el legislador no vio necesario legislar sobre temas específicos dejando la aplicación general de las reglas en ese alcance; o, b) quizá el legislador no pudo prever el auge de la contratación electrónica con tanta prontitud. Cualesquiera que hayan sido las motivaciones, lo cierto es que con el transcurrir del tiempo se hace necesario la complementariedad necesaria a los dispositivos normativos vigentes para lograr un mayor alcance de protección al consumidor.

Algunas disposiciones están relacionadas a la atención de reclamos vía web. Así el artículo 24 precisa que, si el proveedor cuenta con una plataforma de atención en línea a través de "*algún medio electrónico u otros similares para dicha finalidad, debe asegurarse que la atención sea oportuna y que no se convierta en un obstáculo al reclamo ante la empresa*". La existencia de la plataforma es una modalidad frecuente en las páginas web, sin embargo, la atención varía dependiendo de la gestión del proveedor.

Sobre las reglas generales de la contratación de consumo, el artículo 47 inciso c) indica que los consumidores tienen el derecho de utilizar los

29 Apolonia Martínez Nada, <<Comercio electrónico>> *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coor. por Gema Alejandra Botana García y Miguel Ruiz Muñoz (Madrid: McGraw Hill, 1999), 256.

30 Sheraldine Pinto Oliveros, *El Consumidor en el Derecho Comparado* (Lima: ARA Editores, 2011), 151, ha resaltado que el punto central de los contratos fuera de establecimiento, entre los que se incluyen, los contratos celebrados a través de herramientas electrónicas es la información pre contractual.

mismos mecanismos y medios utilizados, tanto para la contratación, como para desvincularse de ellos, tomándose como ejemplo “*la vía telefónica, cualquier medio electrónico u otro análogo*”. En principio, tales supuestos tenían un gran campo de acción en el sector telecomunicaciones y bancarios, pero en la actualidad la práctica se ha ampliado a diversos sectores.

Se recuerda que este artículo fue modificado al texto que se expresa, tomando en consideración que, en muchos casos, el consumidor podía celebrar un contrato de manera rápida y sencilla, pero su desvinculación se hacía onerosa y agobiante. Tales actos no eran iguales –en términos de complejidad–, y terminaban por formar parte de los derechos del consumidor, por lo que este artículo buscó corregir tal supuesto.

La última oración del artículo también menciona que “*esta facultad comprende la contratación de prestaciones adicionales o complementarias*”, por lo que, el consumidor puede ejercer tal derecho incluso a todo tipo de prestación incluida en el contrato. No se establece en la norma la posibilidad de modificar el contenido contractual.

El artículo 47 también regula un supuesto de contratación electrónica en el inciso e), exigiéndose la entrega de la documentación completa al consumidor concerniente a los actos jurídicos celebrados por escrito, y, “*en el caso de contratación electrónica, el proveedor es responsable de acreditar que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor*”

En efecto, el proveedor debe seleccionar, enviar y resguardar tal información, así como acreditar oportunamente la existencia de la documentación ante requerimiento de la autoridad o del consumidor. Al respecto, el artículo 41 del Reglamento de Transparencia de información y contratación con usuarios del sistema financiero establece que

las empresas pueden celebrar contratos por canales presenciales o no presenciales, y precisa:

1. La contratación se realizará por teléfono o a través de medios electrónicos.
2. La empresa deberá contar con los adecuados mecanismos para garantizar la seguridad de la contratación (...)
3. Las empresas entregarán a los usuarios, en un plazo no mayor a quince (15) días posteriores a la celebración del contrato, dicho documento, incluyendo la cartilla de información u hoja resumen y cronograma; así como de cualquier otra información que corresponda, de acuerdo al marco normativo vigente, en la forma convenida por las partes. La referida entrega puede realizarse en el domicilio del cliente o por medios electrónicos, siempre que permitan su lectura, impresión, conservación y reproducción sin cambios.

Al respecto, se observa con claridad, una reproducción específica –sector financiero– de la norma de aplicación general contenida en el Código.

Sobre los métodos comerciales coercitivos, el artículo 56.2, señala que las limitaciones del listado enunciativo del artículo 56.1 se aplican a “*todas las ofertas de productos o servicios, sean estas efectuadas dentro o fuera de establecimientos comerciales o mediante métodos de contratación a distancia, cualquiera sea el medio de comunicación empleado para ello*”. Al respecto, se debe considerar que la redacción del texto puede entenderse sobre la contratación a distancia y que su aplicación se circunscribe a los métodos comerciales coercitivos; sin embargo, no se debe olvidar que en su totalidad el Código debe ser aplicado independientemente de la modalidad de contratación.

Finalmente, sobre los métodos comerciales agresivos o engañosos, en particular el artículo 58 establece que se encuentra prohibido:

(...)

4. 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.
5. 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.

El inciso e) fue producto de una modificación, justificada en el hecho de considerarse una práctica muy extendida para atraer clientes, pero que se realizaba con extrema insistencia, causando fastidio a los consumidores y una vulneración a su intimidad.

Conviene en este punto, analizar el derecho de arrepentimiento, institución que se ha propuesto por parte del INDECOPI, en el documento

de trabajo institucional denominado “Propuestas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la seguridad de productos”, y que se justifica en el hecho que el consumidor no tiene la posibilidad de “manipular, probar o ver directamente el producto, lo que no implica que renuncien a adquirir un producto idóneo, que cumpla con sus expectativas, considerando la publicidad o las descripciones realizadas por el proveedor”.³¹

Algunos autores, como Pinto, han señalado que, a diferencia de los contratos en establecimientos presenciales, donde el consumidor entra en un establecimiento, presumiblemente sabe lo que quiere, se informa sobre lo que busca y, además, espera que el vendedor haga las exaltaciones del producto y su perfecta armonía con el futuro comprador, en los contratos a distancia tales supuestos se reducen, pudiéndose considerar que existe un factor sorpresa.³²

Al respecto, es necesario realizar algunos apuntes. En primer lugar, la figura en análisis involucra, en palabras de Momberg, una especie de “resolución potestativa” recaída en el acreedor³³. Así, se está frente a la posibilidad que tiene el consumidor -y solo él- de terminar con el contrato durante el término señalado por la normativa, constituyéndose un mecanismo jurídico radical frente a la supervivencia del negocio jurídico.³⁴

En este sentido, su diagramación normativa debe circunscribirse a determinados supuestos y no a todos, en tanto, extender su ámbito de discrecional, implicaría una serie de efectos diversos que impactarían en los costos de mercado, específicamente, en los costos de las transacciones. Es por ello que se hace bien enunciar determinados su-

31 INDECOPI, *Documento...*, 38-39.

32 Sheraldine Pinto Oliveros, *El consumidor...*, 153.

33 Rodrigo Momberg Uribe, *Derecho del consumo: Recurso de protección, retracto extemporáneo e intervención judicial del contrato* (Santiago: LexisNexis, 2014), 305.

34 Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Tratado de Contratos*. Tomo II (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 1493.

puestos³⁵ que no involucrarían la posibilidad de ejercer el derecho de arrepentimiento.

En segundo lugar, se pretende establecer la posibilidad de poner término unilateralmente al contrato en un plazo máximo de quince (15) días calendario, contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio.

Al respecto, no se observa, en el documento, la justificación para determinar los quince días; sin embargo, a la luz de la legislación comparada se pueden identificar distintos plazos entre los que se encuentran cinco días hábiles (Argentina, Colombia o México), siete días (Brasil), diez días calendario (Chile), o, incluso, catorce días (Unión Europea). Lo importante es determinar cuándo se computa el plazo.

La propuesta señala que se toma en cuenta desde la “recepción del producto” o desde la “contratación del servicio”. En razón a esto, se hace evidente que existe un cómputo distinto por la naturaleza o el tipo de necesidad a satisfacer. Mientras que, para un producto, es determinante el que llegue al hogar del consumidor, y así comprobar su idoneidad, características y uso³⁶; en el caso de los servicios, se toma en consideración, al momento de la contratación, quedando, así, la posibilidad que, si resultase un servicio no idóneo, el consumidor pueda hacer efectiva la denuncia por los canales correspondientes, ya que no puede arrepentirse, en tanto el servicio ya fue prestado.

Como se puede inferir, pese a que la propuesta haga indicación de la no necesidad de justificar la decisión de resolver el contrato, lo cierto es que, en el caso de los productos, la causa subjetiva del consumidor puede tratarse del no convencimiento del bien que el proveedor ofertó, porque, final-

mente, lo observa, lo prueba y compara; mientras que, en los servicios, tal causa no existe en tanto el consumidor no podrá comprobar la falta de idoneidad antes de la prestación efectiva del servicio contratado. Ello determina por qué, para el segundo supuesto, el cómputo del plazo se contabiliza desde la contratación del servicio, siendo la causa subjetiva del consumidor -al menos, se infiere- un no convencimiento externo al propio servicio, una relectura de las condiciones, una mejor comparación con otras ofertas similares, o simplemente, el no querer el servicio.

4. Reflexiones finales

La contratación electrónica se ha convertido, en la actualidad, en una modalidad que requiere la atención del derecho, en específico la de nuestra legislación y jurisprudencia. Como se sabe, no es un fenómeno nuevo; sin embargo, en los últimos meses, ha tenido un crecimiento cuantitativo exponencial.

Un primer análisis nos muestra que el marco normativo, en general, no regula supuestos en específico sobre el tema, lo que no significa, en extenso, una desprotección o falta de regulación. Sobre ello, se tiene que tomar en consideración, ciertas cuestiones que merecen apartados textuales, como aquellas relacionadas al ofrecimiento de información, la publicidad, los procesos de confirmación contractual, los pagos, los procedimientos de atención a problemas, la educación digital, la privacidad y seguridad de los datos personales.

Habrà que mirar cómo se desenvuelven estos elementos dentro de un mercado digital creciente, a la par que se muestra el potencial de las nue-

35 Véase INDECOPI, *Documento...*, 53, anexo que incluye la propuesta legislativa de modificación del CPDC en lo relacionado al artículo 48-E.

36 Olga Alcántara Francia, << No me gusta lo devuelvo. El Derecho de desistimiento en el marco de una operación de consumo >>, en *Derecho del consumidor. Temas actuales*, coor. por Cesar Carranza Álvarez (Lima: Editorial Normas Jurídicas, 2017), 228

vas formas de protección y la relación con la libre autonomía de los consumidores, dentro de un sistema de valores y principios que tiende a configurar una nueva perspectiva dentro del Derecho Privado.

Una vez más, el Código deberá aplicarse, interpretarse o extender su alcance en paralelo con el reflejo del comportamiento del consumidor y el nivel de cultura de consumo de nuestra sociedad. Su defensa y mejoramiento debe corresponder a su propia naturaleza, es decir, a compendiar los principales derechos que nos atañen como consumidores, evitando disquisiciones superfluas, teorías antojadizas y debates descontextualizados, que no hacen más que retrasar su verdadero desarrollo hacia temas importantes como las relaciones de consumo en los mercados digitales. De ahí que, establecer estándares mínimos de protección entorno al comercio electrónico, es crucial para coadyuvar con el fortalecimiento y promoción de esta nueva modalidad contractual.

En adelante, quizá se debe hacer una actualización al Código³⁷; sin embargo, debe prevalecer su contextualizada aplicación por parte de los tribunales administrativos y judiciales, a la luz de la aceptación de los principios que propone el respeto a los consumidores y sus derechos, y el rechazo a la inoperancia de las instituciones y los actores comprometidos con la promoción de los derechos del consumidor.

Se debe recordar que una legislación adecuada debe, no solo fomentar el crecimiento de los proveedores a través de la promoción del uso de la tecnología, sino también establecer con precisión

y claridad los elementos técnicos y dispositivos que garanticen una adecuada protección al consumidor.

Haciéndose alusión a Bobbio³⁸, al respecto de nuestra disciplina, siendo que la historia de los derechos del consumidor es la de tiempos largos, siempre ha ocurrido que, mientras los profetas de desgracias anuncian la desdicha que está por venir, los profetas de los tiempos felices miran lejos e invitan a construir. No hay mejor manera de sintetizar estas líneas.

Bibliografía

Adrián Hernández, Tamara. *La protección jurídica del consumidor y los criterios objetivos que determinan la aplicación de dicha protección*. Caracas: UCV, 1996.

Alcántara Francia, Olga << No me gusta lo devuelvo. El Derecho de desistimiento en el marco de una operación de consumo>>. En *Derecho del consumidor. Temas actuales* coordinado por Cesar Carranza Álvarez, 87-120. Lima: Editorial Normas Jurídicas, 2017.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Tratado de Contratos. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

CAPECE. *Reporte oficial de la industria e-commerce en Perú. Impacto del covid-19 en el comercio electrónico en Perú y perspectivas al 2021*. Lima: CAPECE, 2021. Edición en PDF.

37 El INDECOPI ya ha propuesto un esquema normativo dentro del Documento de Trabajo Institucional sobre las “Propuestas para la protección del consumidor en el Comercio electrónico y la seguridad de productos”, mismo que busca modificar artículos del CPDC para fomentar la confianza en las transacciones comerciales electrónicas y ampliar el margen de protección al consumidor; parte de estas propuestas han sido discutidas a lo largo del presente artículo.

38 Citado en Aldo, Schavello, *Repensar el tiempo de los derechos*, trad. por Cesar Moreno More (Lima: Editorial Zela, 2019), 31; cuya redacción en italiano es: “*la storia dei diritti dell'uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. Del resto, è sempre accaduto che mentre i profeti di sventure annunciano la sciagura che sta per avvenire e invitano a essere vigilanti, i profeti dei tempi felici guardano lontano*”

- Carranza Álvarez, Cesar. <<De la tutela constitucional del consumidor al reconocimiento de su vulnerabilidad por el Código de Protección y Defensa del consumidor peruano. Primera exploración jurisprudencial>>. En *Derecho del consumidor. Temas actuales* coordinado por Cesar Carranza Álvarez, 87-120. Lima: Editorial Normas Jurídicas, 2017.
- De la Maza Gazmuri, Iñigo Andrés. <<Contratos electrónicos: el problema del incumplimiento. Soluciones a la sombra de la ley>>. *Los contratos en el Derecho Privado*. Editado por Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Bogotá: Legis Editores y Universidad del Rosario, 2007.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Editorial Palestra, 2017.
- De Miguel Asencio, Pedro Alberto. *Derecho Privado de internet*. Madrid: Editorial Civitas, 2003.
- Dreyzin de Klor, Adriana. <<Derecho aplicable al comercio electrónico>>. *Revista Sequência*, n.º 50 (2005): 273-299.
- Durand Carrión, Julio. <<El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho Civil, frente a la contratación de consumo de mercado>>. *Vox Juris*, n.º. 24(2) (2012): 97-124.
- Flores Flores, Pavel << Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la marca y su relación con el consumidor>>. *Actualidad Jurídica*, n.º. 301 (2018): 179-184.
- García Campo, Alfonso. <<La contratación electrónica. Aspectos jurídicos>>. En *Encuentros sobre Informática y Derecho*. Coordinado por Miguel ángel Dávora. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1995.
- Guisado Moreno, Angela. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- INDECOPI. *Documento de trabajo institucional del INDECOPI. Propuestas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la seguridad de productos*. Lima: INDECOPI, 2021. Edición en PDF.
- INDECOPI. <<Más de 200 mil reportes ciudadanos fueron registrados durante la pandemia a través del Centro Especial de Monitoreo del Indecopi (CEMI)>>. Acceso 10 de mayo de 2021.
- <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/345041-mas-de-200-mil-reportes-ciudadanos-fueron-registrados-durante-la-pandemia-a-traves-del-centro-especial-de-monitoreo-del-indecopi-cemi>
- Lorenzetti, Ricardo. <<La descodificación y fractura del Derecho Civil>> *La Ley*. Año. LVIII. Núm. 153. (1994): 78-93.
- Martínez Nada, Apolonia. <<Comercio electrónico>>. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Coor. por Gema Alejandra Botana García y Miguel Ruiz Muñoz. Madrid: McGraw Hill, 1999.
- Momberg Uribe, Rodrigo. *Derecho del consumo: Recurso de protección, retracto extemporáneo e intervención judicial del contrato*. Santiago: LexisNexis, 2014.
- OMC. *Panorama del comercio electrónico. Políticas, tendencias y modelos de negocio*. Ciudad de México: Asociación Mexicana, 2020.
- Perú Retail. <<Perú: Las ventas e-commerce alcanzaron los USD 6,000 millones en el 2020>>. Acceso 10 de mayo de 2021. <https://www.pe>

ru-retail.com/peru-las-ventas-e-commerce-alcanzaron-los-usd-6000-millones-en-el-2020/

Pinto Oliveros, Sheraldine. *El consumidor en el Derecho Comparado*. Lima: ARA Editores, 2011.

Sábato, Ernesto. *La resistencia*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2000.

Schavello, Aldo. *Repensar el tiempo de los derechos*. Traducción de Cesar Moreno More. Lima: Editorial Zela, 2019.

Scotti, Luciana. <<La contratación electrónica en el código civil argentino: una mirada al derecho internacional>>. *Lecciones y Ensayos*, n°. 90. (2012): 129-169.

Sirvent García, Jorge. *La oferta en los contratos de consumidores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel. *Contratos por adhesión: cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1985.

Tapias Torres, Natalio. <<La protección al consumidor en el comercio electrónico>> *Escritos en la facultad*, año.12 (2016): 43-45.