

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre la Resolución 3230-2019/SPC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogado

Autor:

Ernesto Mario Vargas Rebosio

Asesor:

Rodrigo Delgado Capcha

Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Rodrigo Delgado Capcha, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Informe Jurídico sobre la Resolución 3230-2019/SPC-INDECOPI ” del autor Ernesto Mario Vargas Rebosio, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 09/12/2022. - He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

Delgado Capcha, Rodrigo	
DNI: 43643727	Firma
ORCID https://orcid.org/0000-0001-8924-7699	

Cuadro de datos principales del caso

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Expediente N° 3230-2019/SPC-INDECOPI
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Protección al Consumidor y Competencia Desleal
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	78-2012/SC2-INDECOPI, 1746-2014/SPC INDECOPI, 0084-2020/SDC-INDECOPI
Demandante / Denunciante	Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) envía informe a la Secretaría Técnica de la Comisión, siendo esta última quien inicia el procedimiento administrativo sancionador.
Demandado / Denunciado	Maxi Mobility Perú S.A.C. (Cabify)
Instancia administrativa o jurisdiccional	Comisión de Protección al Consumidor Sede Lima Sur N° 3
Terceros	-
Otros	<i>Economía Colaborativa, Arquitectura de la información, diseño de página/aplicación web, entre otros.</i>

RESUMEN

El presente informe abarca el análisis jurídico de la idoneidad del servicio de Maxi Mobility en función a las garantías generadas por la publicidad ofrecida por el proveedor; y, cuestionar la existencia de cláusulas abusivas en los términos y condiciones (en adelante, T&C) del proveedor en la Resolución 3230-2019/SPC-INDECOPI.

Para fundamentar ambos cuestionamientos, se ha buscado ahondar en el funcionamiento de un modelo de negocio de economía colaborativa bajo el tipo de consumo colaborativo, con el fin de, marcar los alcances del servicio de Maxi Mobility y conceptualizar distintos términos técnicos vinculados a este tipo de negocio que contempla tecnologías de información para dar una aproximación clara a los T&C del proveedor.

Asimismo, se utilizarán dichos conceptos para entender los T&C del proveedor y poder determinar si existe la presencia de cláusulas abusivas o, por el contrario, son cláusulas amparadas por los supuestos de exoneración de responsabilidad planteados por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Por consiguiente, al finalizar el desarrollo del este informe, se podrá evidenciar tanto el impacto negativo que puede tener el mal entendimiento de los alcances de un modelo de negocio de consumo colaborativo y el impacto negativo del mal manejo de conceptos técnicos vinculados a las tecnologías de la información (en adelante, TI) en el entendimiento de los T&C de este tipo de modelo de negocio.

Palabras clave

[Derecho de protección del consumidor, economía colaborativa, consumo colaborativo, idoneidad, publicidad, cláusulas abusivas, tecnología de la información, arquitectura de la información, ciberseguridad]

ABSTRACT

This report covers the legal analysis of the suitability of Maxi Mobility service based on the guarantees generated by the advertising offered by the provider, and the existence of abusive clauses in the provider's terms and conditions in the Resolution 3230-2019/SPC INDECOPI.

To substantiate both questions, it has been sought to delve into the operation of a collaborative economy business model under the type of collaborative consumption, in order to mark the service scope of Maxi Mobility. And, to conceptualize different technical terms linked to this type of business that contemplates information technologies to give a clear approximation to the supplier's T&C.

Likewise, these concepts will be used to understand the T&C of the supplier and to be able to determine if there are abusive clauses or, on the contrary, they are clauses covered by the assumptions of exoneration of responsibility raised by the Code of Protection and Defense of the Consumer.

Therefore, at the end of the development of this report, it will be possible to demonstrate both the negative impact that the misunderstanding of the scope of a collaborative consumption business model; and, the negative impact of the mishandling of technical concepts related to IT can have on the understanding of the T&C of this type of business model.

Keywords

[Consumer protection law, collaborative economy, collaborative consumption, suitability, advertising, abusive clauses, information technology, information architecture, cybersecurity]

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Justificación de la elección de la resolución	1
2. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	1
2.2.1. Antecedentes	1
2.2.2. Hechos relevantes del caso	2
IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	5
1. Problema principal	5
2. Problemas secundarios	5
POSICIÓN DEL CANDIDATO	5
1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	5
2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	5
ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	6
1. En el marco del deber de idoneidad, ¿se vulneran las garantías establecidas en la publicidad de Cabify teniendo en cuenta el alcance de su servicio?	6
1.1. La importancia de la Economía Colaborativa como modelo de negocio para determinar el contenido y los alcances de su servicio y/o producto.	6
1.2. Deber de Idoneidad	9
1.3. Publicidad	11
1.4. Análisis de la idoneidad del servicio de Cabify en función a las garantías ofrecidas en su publicidad.	12
2. ¿Son las Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú) de Cabify cláusulas abusivas?	15
2.1. Cláusulas abusivas que limitan o exoneran responsabilidad	15
2.2. Términos informáticos contenidos en las Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú) de Cabify	17
2.3. Análisis de las Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú) de Cabify	18
CONCLUSIONES	24
Bibliografía	25

INTRODUCCIÓN

1. Justificación de la elección de la resolución

La resolución escogida es relevante, en tanto se puede analizar el modelo de negocio bajo economía colaborativa en su modalidad de consumo colaborativo, que tiene cada vez mayor relevancia en el mercado peruano.

En una nota de El Comercio por Leslie Salas (2020), se señala que solo en Lima casi

100,000 taxis ofrecen su servicio mediante aplicativo, lo cual representa casi el 50% del total de taxis que operan en Lima. Este dato es solo una muestra del crecimiento del uso del consumo colaborativo como modelo de negocio.

Otro caso sería el de Airbnb que, bajo el mismo esquema de consumo colaborativo, facilita la interconexión entre propietarios que no dan uso a su vivienda o propietarios que buscan alquilar por un corto periodo tiempo; con personas que buscan alquilar bajo los mismos términos una vivienda, habitación, etc.

Asimismo, cada vez emergen nuevas empresas que también emplean un modelo de negocio bajo economía colaborativa, como es el caso de Coursera, Crehana, edX que son ejemplos de aprendizaje colaborativo; empresas de Crowdfunding como Kickstarter o Indiegogo que son ejemplos de financiación colaborativa, y así, entre muchos más casos.

Es decir, cada vez son más los negocios que emplean diferentes tipos de economía colaborativa como su modelo de negocios. En ese sentido, con esta resolución y otras relacionadas al tema se puede marcar la pauta para poder determinar a los agentes presentes en el modelo de economía colaborativa, marcar los alcances de un servicio bajo consumo colaborativo, determinar la responsabilidad de los proveedores y la idoneidad del servicio.

Por último, la Resolución es muy importante para poder evidenciar cómo INDECOPI está resolviendo casos en donde el desarrollo de tecnologías de información es crucial. De esta forma, se podrá conocer cómo está manejando la autoridad los conceptos técnicos vinculados a las tecnologías de la información, en adelante TI; y, el funcionamiento de los nuevos mercados que emergen del desarrollo tecnológico, en tanto no tener en cuenta las diferentes características, tanto a nivel técnico como del desarrollo de estos mercados, puede traer como consecuencia afectarlos negativamente.

2 IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.2.1. Antecedentes

- Debido a las acciones de supervisión y fiscalización realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3, se encargó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de INDECOPI (en adelante, la GSF), realizar acciones de supervisión a distintas empresas de comercio electrónico que brindan sus bienes y/o servicios a través de aplicaciones de software, entre los que se encontraba Maxi Mobility S.A.C. (Cabify, en adelante).
- En ese sentido, la Secretaría Técnica de la Comisión (Secretaría, en adelante) decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Cabify, debido a que no había adoptado las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los pasajeros y conductores, como señalaba en su propia publicidad difundida por distintos medios. De esta forma, la mencionada empresa habría cometido una infracción al artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC).
- La Secretaría también decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador a Cabify, debido a que habría cometido una infracción al artículo 50 del CPDC; en tanto sus T&C, dirigidas a sus usuarios pasajeros, contendrían en sus cláusulas 2, 3 y 8 disposiciones que se

podrían calificar como abusivas.

2.2.2. Hechos relevantes del caso

- A través de la Resolución N° 070-2019/CC3 del 29 de marzo de 2019, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 sancionó a Maxi Mobility con: (i) una multa de 146,12 UIT por la infracción al artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto no habría adoptado las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los consumidores que utilizaban su servicio; y; (ii) una multa de 23,8 UIT por infracción al artículo 50°, dado que las cláusulas 2, 3 y 8 de sus T&C contenían disposiciones que calificaban como abusivas. Para lo cual, se basó en los siguientes argumentos:
 - Maxi Mobility era responsable por infringir el artículo 19° del Código, en tanto, no adoptó medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los consumidores que utilizaban el servicio prestado a través de su plataforma virtual.
 - Maxi Mobility era responsable por infracción del literal a) del artículo 50° del Código, por incluir en sus cláusulas segunda, tercera y octava de sus “Condiciones de Uso y Aviso Legal (Perú)” disposiciones que calificaban como abusivas.
- El 6 de mayo de 2019, Maxi Mobility apeló la Resolución N° 070-2019/CC3 ante la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) manifestando lo siguiente:
 - El servicio que prestaba era de intermediación de carácter digital (plataforma digital colaborativa) entre el pasajero y los conductores; en ese sentido, el servicio era independiente al servicio de transporte privado que realizaban los conductores.
 - Respecto a la publicidad ofrecida, referida a la seguridad de pasajeros y conductores, Cabify manifestó que la misma se limitaba a la identificación de pasajeros y conductores y a la geolocalización de los viajes. Sobre la calidad de conductores, señaló que estaba referida su proceso de selección y afiliación de conductores, que, para el periodo comprendido entre los años 2017-2018, era el más riguroso del mercado en comparación de sus competidoras.
 - Cabify señala que no garantizaba algún tipo de seguridad, sino, calificaba su servicio como “la mejor opción” y que la seguridad de los pasajeros y conductores era su prioridad.
 - De acuerdo a lo señalado por Cabify, dado que no se informó, ni publicitó el proceso de afiliación de conductores, entonces, nunca se garantizó ni ofreció a los pasajeros elementos propios del procedimiento de selección y afiliación de conductores. Por lo tanto, no se pudo haber defraudado las expectativas de los pasajeros respecto de lo que nunca se ofreció.
 - La seguridad exigida por el órgano administrativo, a criterio de Cabify, estaba relacionada a la reducción de probabilidades de robo o asalto a bordo y minimización de accidentes de tránsito. Respecto de ello, señala que cuentan con una póliza de seguro de responsabilidad civil frente a terceros.
 - Por otro lado, Cabify señaló que, respecto a su cláusula 2 de los T&C, no podía asegurar que la información estuviera completa y actualizada; en ese sentido, podía existir la intromisión de terceros o hackers.
 - Respecto a su cláusula 2 y 8, Cabify señaló que su servicio se prestaba con

la diligencia ordinaria, pero podrían existir casos en los que los usuarios o terceros usaran la aplicación para fines ajenos al transporte ordinario o incluso fines ilícitos.

- En ese sentido, Cabify no buscó publicitar los T&C “abusivos”, puesto que podrían existir casos de actuar malicioso de los usuarios o terceros. Cabify señaló que había modificado sus T&C y que no debería sancionársele porque no cometió ninguna infracción.
 - Respecto del cálculo de la sanción por cláusulas abusivas, Cabify señaló que se omitió determinar si hubo daño a los consumidores.
- Por último, a través de la Resolución N° 3230-2019/SPC, la Sala Especializada en Protección al Consumidor confirmó la decisión de la Comisión en todos sus extremos, salvo el extremo referido al monto de la multa por infracción al artículo 19°, en donde, la Sala impuso una sanción de 120,71 UIT, revocando la multa anterior. Se basó en los siguientes argumentos:
 - Los clientes contratan, a través de la aplicación Cabify, un servicio de taxi, para lo cual Cabify le asigna, de acuerdo a la ubicación del mismo, un determinado chofer para que lo transporte.
 - Asimismo, la Sala consideró que Maxi Mobility ejercía cierto nivel de control sobre los prestadores del servicio, dado que, pasaban por una evaluación y tomaban en consideración los reclamos o comentarios presentados por los usuarios pasajeros con el fin de evaluar la permanencia de un usuario conductor en su empresa.
 - También se encargaban del cobro al usuario pasajero, emisión de boleta o factura electrónica; y, localización previa y durante el viaje.
 - La Sala encuentra responsable a Maxi Mobility por la garantía de seguridad ofrecida a los pasajeros por medio de su publicidad, que, en opinión de la Sala, dependía del cumplimiento de su procedimiento de selección de conductores.
 - Respecto de la existencia de cláusulas abusivas, la Sala señala que la presencia de una cláusula abusiva se evidencia en el cumplimiento de ciertos requisitos: i) Que no haya existido una negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y, ii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor.
 - Como puede verse, las aludidas cláusulas establecen la exención de responsabilidad de Maxi Mobility respecto de: (a) aplicación y sitio web a través de la cual presta su servicio (2, 3 y 8); (b) virus o ataques informáticos de terceros que afectan al usuario, a través del acceso a su aplicación o sitio web (8); (c) daños ocasionados por terceros (8); y, (d) problemas con las líneas telefónicas y la conexión a internet (8).
 - La Sala considera que se verificó que parte de las cláusulas analizadas exoneraban de toda responsabilidad a la denunciada respecto de inconvenientes con la aplicación o página web, por anticipado y en todos los casos, aun cuando podrían haber supuestos en los cuales tendría el deber de responder; evidenciándose un actuar contrario a las exigencias de la buena fe. De este modo, colocaban al consumidor en una situación de desventaja, puesto que en dichos supuestos este se vería perjudicado por un actuar negligente de Cabify, pese a lo cual tendría que asumir los riesgos y costos correspondientes.

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema principal

- A. ¿En el marco del deber de idoneidad, ¿se vulneran las garantías establecidas en la publicidad de Cabify teniendo en cuenta el alcance de su servicio?
- B. ¿La Sala conoce, identifica y entiende los términos informáticos utilizados por Maxi Mobility en sus “Condiciones de Uso y Aviso Legal (Perú)” para un correcto análisis de cláusulas abusivas?

2. Problemas secundarios

- A.1. ¿Qué es el Consumo Colaborativo y cómo permite entender el servicio que ofrece Maxi Mobility?
- A.2. ¿Qué es la idoneidad y las garantías de un servicio?
- B.1. ¿Qué son las cláusulas abusivas?
- B.2. ¿Qué términos informáticos se encuentran presentes en las “Condiciones de Uso y Aviso Legal (Perú)”?

POSICIÓN DEL CANDIDATO

1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

La Sala no ha logrado dilucidar el contenido y alcances del servicio de Maxi Mobility, en tanto, el servicio de Cabify se limita a un servicio de interconexión entre conductores y pasajeros; por lo cual, la garantía adquirida por los últimos debe entenderse dentro de los límites del servicio brindado.

La Sala ha tenido una mala interpretación sobre los términos informáticos presentes en las “Condiciones de Uso y Aviso Legal (Perú)”, debido al desconocimiento técnico en la materia.

2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Discrepo de la decisión de la Sala, en tanto, no ha habido una correcta interpretación de los hechos, específicamente, la Sala no ha tenido claro el contenido y alcance del servicio de Cabify para determinar su responsabilidad; y, no tiene conocimiento técnico suficiente para interpretar las cláusulas contenidas en las “Condiciones de Uso y Aviso Legal (Perú)” de Maxi Mobility.

Por ende, la decisión de la Sala se sustenta en una mala interpretación de hechos y desconocimiento técnico.

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. En el marco del deber de idoneidad, ¿se vulneran las garantías establecidas en la publicidad de Cabify teniendo en cuenta el alcance de su servicio?

1.1. La importancia de la Economía Colaborativa como modelo de negocio para determinar el contenido y los alcances de su servicio y/o producto.

La economía colaborativa surge, como señalan Henten y Windekilde (2016), debido a los avances referentes a la tecnología de la información, estos han generado varios cambios en el mercado que involucran la reducción de la asimetría informativa y de los costes de transacción. En ese sentido, el impacto de estas tecnologías de la información ha permitido la creación de nuevos modelos de negocio en donde prevalece la capacidad de las empresas de adquirir, analizar y clasificar la información para poder conectar proveedores con consumidores de forma más eficiente.

De acuerdo a lo expuesto, la economía colaborativa permite el intercambio de bienes y servicios entre los agentes para poder reducir sus costes de transacción. En otras palabras, un agente cuenta con los recursos que otro agente necesita y viceversa; por ello, colaboran entre ellos, para generar mayor eficiencia y ahorro de costos de transacción.

Como menciona Rosalía Alfonso Sánchez (2016), en opinión general la doctrina reconoce los siguientes rasgos distintivos de la Economía colaborativa:

- 1) El uso de Internet
- 2) La interconexión en red entre personas, proveedores y activos
- 3) El acceso al uso de activos tangibles e intangibles desaprovechados
- 4) Logro de interacciones significativas y la confianza
- 5) El carácter abierto, inclusivo y global.

En esa misma línea, Jorge Irigaray (2022) destaca las siguientes características:

- a) El uso de tecnologías de la información, es decir, mediante páginas web o aplicaciones móviles que permiten facilitar las transacciones entre pares. b) Utiliza sistemas de calificación basados en el usuario, generando un ambiente de meritocracia en el medio.
- c) Flexibilidad de los trabajadores respecto de sus horarios de trabajo.
- d) Cada agente cuenta con sus propias herramientas y activos para la realización de las actividades.

Por lo tanto, la Economía Colaborativa es un modelo de negocio que utiliza el internet como medio para la realización de actividades que buscan interconectar a distintas personas entre sí, utilizar el internet como medio permite que la actividad se

mantenga abierta y tenga un alcance global. En este modelo es muy importante la confianza en dichas interacciones, por lo cual, se utilizan sistemas de calificación, en ese sentido, la misma interacción permite un control sobre las actividades realizadas en el medio. Por último, el dinamismo de este tipo de modelo permite aprovechar los recursos que posee cada usuario.

Asimismo, los mencionados autores señalan que existen varias formas de aplicar la economía colaborativa, entre las cuales se tienen:

- i. El Consumo Colaborativo, el cual proporciona el acceso a distintos bienes y/o servicios sin tener que adquirirlos, asimismo, se incluyen a los mercados de redistribución, estos se encargan de redirigir la oferta de un producto o servicio donde no se requiere hacia donde sí se requiera; por último, los mercados de intercambio de activos intangibles como tiempo, habilidades específicas y espacio.
- ii. Conocimiento Abierto o Aprendizaje Colaborativo, el cual hace referencia a las experiencias de aprendizaje al alcance de cualquier individuo, bajo este medio se comparten conocimientos y recursos para lograr aprendizaje en común; puede incluir el acceso libre y gratuito a los contenidos de lecturas y cursos; compartir habilidades específicas o el aporte unilateral y público de conocimientos o resolución de controversias.
- iii. Producción Colaborativa, en el cual distintos usuarios, ya sea por la conformación de grupos, aporte de redes o aportan en la elaboración de un producto o servicio, ya sea el caso de un diseño o desafío; el desarrollo en conjunto de un proyecto o servicio; y, la distribución colaborativa de bienes entre particulares.
- iv. Finanzas Colaborativas, en este caso se pueden apreciar las iniciativas de crowdfunding o financiación directa y en masa de un proyecto en específico; peer-to-peer lending, bajo esta modalidad se conectan aquellos que desean invertir con aquellos que necesitan financiación; monedas alternativas; y, pólizas de seguros colectivas.

Respecto del caso objeto de análisis, nos encontramos frente al modelo de economía colaborativa en su forma de Consumo Colaborativo, pues un agente le ofrece a otro el uso temporal de sus bienes o servicios a cambio de una contraprestación o beneficio económico.

Independientemente de lo anterior, como señala Rosalía Alfonso (2016), este modelo de negocio utiliza una plataforma digital para poder efectuar sus actividades y transacciones entre los agentes involucrados. En ese sentido, la plataforma suele tener

un rol meramente intermediador; sin embargo, también puede haber casos en los cuales la plataforma realice por sí misma el servicio o los servicios auxiliares.

De esta forma, la plataforma digital ofrece sus servicios a sus consumidores (las empresas o usuarios proveedores) para que puedan utilizarla y mediante la plataforma poder conectar a los consumidores de estos; por ello, es importante poder determinar los alcances de la prestación del servicio por parte de la plataforma digital y la de los proveedores.

Siguiendo esa línea, el servicio prestado por Cabify, el cual encuentra su expresión práctica a través de la aplicación, puede ser de una mera aplicación intermediadora

entre los conductores y usuarios o, por otro lado, que brinde el servicio de transporte y/o auxiliares. Este punto es relevante, en tanto, antes de analizar la idoneidad de un servicio, es necesario tener en cuenta el tipo de servicio que realiza y sus alcances.

Si es un servicio que contempla tanto el rol intermediario como la prestación del servicio, Cabify no solo ofrecería el servicio de la aplicación, sino, el mismo servicio de transporte; para ello, Cabify debería contar con unidades de transporte a su nombre o conductores subordinados a esta.

Por el otro lado, si su servicio se limita a un rol intermediario, en tanto no realiza por sí mismo el servicio de transporte, no hay unidades inscritas a nombre del proveedor, ni tampoco cuenta con conductores subordinados al mismo, la idoneidad del mismo va en función a lograr el contacto entre el conductor y el usuario o consumidor. Por lo tanto, el conductor también es un consumidor del servicio al usar la plataforma al igual que el usuario o cliente. En este escenario, el servicio de Cabify contemplaría desde la información del conductor (nombre, vehículo, ubicación, etc.) y, por otro lado, la información del cliente (nombre, ubicación, número, etc.).

De lo señalado en los hechos y la actividad misma de Cabify, el servicio de transporte no es parte del servicio que ofrece en su Aplicación y/o Sitio Web, pues la aplicación es una plataforma que permite tanto al conductor como al usuario poder conectarse entre ellos; de esta forma se facilitan costos, tiempo, modalidades de pago, entre otros, y obteniendo, como ganancia, un porcentaje del valor del viaje por el uso de su plataforma.

Dicho servicio se caracteriza por el intercambio de información o data, es decir, los datos tanto del conductor como del usuario; y, las facilidades para que ambos puedan realizar la conexión, es decir, desde el nombre del conductor, placa, récord de viajes, ubicación, entre otros y nombre del usuario, su ubicación, puntaje del usuario, la forma de pago, entre otros; e información sobre el punto de encuentro y las vías para poder concretarlo.

Bajo esta premisa, el alcance del servicio de Cabify es el intercambio de información dentro de su aplicación y/o sitio web; en ese sentido, el servicio de seguridad debe ser entendido en función al servicio ofrecido por Cabify. Por lo tanto, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Cabify no puede asegurar seguridad en el viaje del usuario, en tanto, su servicio es ceder el uso de su aplicación para lograr la conexión del usuario con el conductor con las facilidades necesarias para la ejecución posterior del servicio de transporte que brindará el conductor.
- De lo que sí es responsable a nivel de seguridad es respecto a la protección de los datos; verificar, bajo una diligencia acorde al mercado, la veracidad de los mismos; y, poner a disposición de los usuarios y conductores, los contactos de emergencia.
- La seguridad se podría ver evidenciada que, antes de permitir a un conductor a usar su plataforma, el mismo cumpla con ciertos requisitos. Para ello, pueden servirse de un proceso de selección que incluya la presentación de antecedentes penales y policiales, entre otros. Sin embargo, este punto resulta tedioso, en tanto,

no existe una disposición legal que establezca dichos requisitos; por lo tanto, el proveedor cuenta con un margen para establecer los criterios de su selección acorde al mercado y competencia.

Cabe señalar que los criterios o requisitos mínimos utilizados por los competidores de Cabify son los mismos utilizados por la compañía. A modo de ejemplo, se puede verificar que los mismos requisitos comparte Uber, los cuales, están detallados en su página web <https://www.uber.com/pe/es/drive/requirements/>.

Teniendo en cuenta los alcances del servicio de Cabify, es importante tener claro los conceptos de idoneidad, publicidad y garantías para poder determinar si hubo una infracción o no al deber de idoneidad.

1.2. Deber de Idoneidad

De acuerdo a lo señalado por el CPDC en su art. 18; y, Carbonell (2018), la idoneidad consiste en la recepción de un producto o servicio en relación con lo esperado por el consumidor razonable en base a la información a su alcance. En ese sentido, si el proveedor no entrega el producto o servicio con las características presentes en la publicidad o información disponible, será responsable por la insatisfacción del consumidor.

Dicha insatisfacción se puede deber tanto a la falta de información suficiente o por información falsa. El autor precisa que la responsabilidad causada por la insatisfacción del consumidor podrá ser materia de eximición si se logra probar: a) fabricación; b) comercialización; y, c) manipulación.

Siguiendo la misma línea, Aldare (2019) comenta que la idoneidad del producto o servicio del proveedor es un buen medidor para determinar la diligencia del proveedor, y, la veracidad de sus afirmaciones.

Por lo tanto, se puede inferir que el deber de idoneidad del proveedor hace referencia a lo ofertado por el proveedor respecto a lo que recibe el consumidor razonable. En ese sentido, el proveedor falta a la idoneidad de un producto/servicio cuando la publicidad sobre los mismos no coincide con lo que termina recibiendo el consumidor. Lo último es una evidencia de la falta de honestidad en las afirmaciones del proveedor y su falta de diligencia, por ejemplo, de la información insuficiente que reciba el consumidor respecto del producto/servicio.

Como se señaló en el punto N° 44 de la Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, se cuestiona si el deber de idoneidad está limitado a los productos que el proveedor ofrece en el mercado o a la conducta del proveedor frente a un reclamo por la disconformidad por parte del consumidor respecto del producto.

En el punto N° 46 de la misma Resolución, la Sala interpreta el CPDC estableciendo que por deber de idoneidad también se incluye cómo los productos deben ser entregados con las características o estándares definidos por la Ley, con las condiciones ofrecidas y acordadas o en función a su propia naturaleza y aptitud para satisfacer la finalidad para la cual han sido puestos en el mercado.

Asimismo, en el punto N° 63 de la señalada Resolución, la Sala señala que el deber de idoneidad contenidos, en los artículos 18° y 19° del CPDC, debe ser entendido como la obligación por parte del proveedor de brindar productos o servicios que

correspondan a las características ofrecidas por el proveedor y esperadas por el consumidor, pues, de no presentarse alguna causal de exclusión contempladas en el artículo 104°, será el proveedor quien resulte responsable por haber infringido el deber de idoneidad.

De la misma forma, en la Resolución N° 0074-2003/TDC INDECOPI se señala que por idoneidad no se debe entender que el producto o servicio deba tener una calidad en específico, sino, que sea o sean ofrecidos en los términos ofrecidos o acordados, ya sea de forma explícita o implícita.

Complementando con lo anteriormente señalado, en el punto N° 21 de la Resolución N° 003-2020/CC3, la Comisión señala que la idoneidad de un producto o servicio se determinará comparándose con las garantías que el proveedor brinda y aquellas a las que se encuentre obligado.

En ese sentido, como señalan Daniela Supo y Víctor Bazán (2020), debido a la situación de asimetría informativa, es importante el traslado de información relevante, dado que, supone la reducción temporal de asimetría informativa para que el consumidor pueda obtener la información que le resulte determinante para concretar una transacción. Por ello, dicha información relevante o expectativa puede verse determinada en una garantía.

Manuel Salazar (2011), menciona que el deber de idoneidad se ve evidenciado en dos momentos, primero que va desde el contacto inicial hasta la entrega del producto o servicio. En este momento es relevante la información que recibe el consumidor, ya sea por el ofrecimiento directo mediante el uso de publicidad, el silencio de información relevante, aspectos relacionados a la asimetría informativa, y, particularidades del bien o servicio, contrato y elementos circunstanciales.

El segundo momento que señala el autor está relacionado desde la entrega del bien o servicio hasta el plazo final de presentación de reclamos. Es en este momento en el cual debe haber relación entre la expectativa generada en el consumidor y lo que efectivamente el proveedor ha ofrecido. Para determinar dicha correspondencia, el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce las siguientes garantías en el artículo 20°, i) Garantías Legales; ii) Garantías Explícitas; y, iii) Garantías Implícitas.

En línea con lo anterior, Manuel Salazar señala que en el caso de i) Garantías Legales, hace referencia a las que son exigidas por una Ley o esta haya sido establecida en una norma jurídica que guarda relación con la prestación realizada; ii) Garantías Explícitas, las cuales son aquellas obligaciones que el proveedor haya ofrecido en el contrato, publicidad o fuente similar; y, iii) Garantías implícitas, las cuales aplican ante el silencio del proveedor o del contrato, se asume que el producto o servicio cumple con los fines y usos por los cuales ha sido adquirido. Para determinar tales usos y fines, se tiene que tomar en cuenta tanto la propia experiencia del consumidor; y, los usos y costumbres del mercado.

Por ende, por el deber de identidad se puede entender a la relación entre lo que ofrece el proveedor al consumidor y lo que este último espera respecto del producto o servicio. Sin embargo, para determinar la responsabilidad, es importante tener en claro las garantías tanto explícitas, implícitas o legales a las que se somete el proveedor en base a su publicidad o información brindada al público, la propia

naturaleza del producto o servicio y exigencias de normas generales o sectoriales respecto a productos y servicios específicos.

1.3. Publicidad

Por otro lado, es importante tener claro que el deber de idoneidad, como se ha señalado anteriormente, contempla el cumplimiento de las garantías, dentro de las cuales se tiene a la garantía explícita. Esta garantía guarda relación con lo establecido en el contrato del bien o servicio; y, lo ofrecido por el proveedor por medio de su publicidad. Por lo tanto, en la presente sección se explicarán los tipos de afirmaciones que se encuentran vertidas por el proveedor en su publicidad y los efectos de las mismas.

De forma preliminar se tiene que tener en cuenta que el deber de veracidad, como señalan Germán Darío Flores-Acero y Juan Carlos Rodríguez-Flórez (2017), es un principio general del derecho publicitario que busca la transparencia en la competencia y evitar que el consumidor sea inducido a engaño por la información falsa o engañosa.

Por ello, la publicidad realizada por el proveedor debe cumplir con dicho principio, toda vez que tiene relación con la garantía explícita presente en la publicidad. Según el tipo de afirmación realizada por el proveedor se puede determinar tanto la exigencia de veracidad como la seriedad de las afirmaciones.

Es decir, se deben analizar las afirmaciones realizadas por el proveedor con el propósito de entenderlas en su contexto, por lo cual, no se debe realizar un mero análisis literal. De lo contrario, se pueden tomar afirmaciones no serias como parte de una garantía explícita, lo cual sería una descontextualización de la publicidad que puede llegar a acarrear limitaciones desproporcionadas a la libertad creativa de las empresas en la realización de su publicidad.

Como señalan los autores Alex Sosa y Ricardo Maguiña (2010) las afirmaciones que pueden ser difundidas a través de la publicidad pueden dividirse en i) objetivas, ya sean de tono excluyente u objetiva por sí mismas; y ii) subjetivas, ya sean exageraciones publicitarias o subjetivas por sí mismas, de acuerdo con el siguiente detalle:

Afirmaciones Objetivas	Afirmaciones Subjetivas
<p>a. Excluyentes: El proveedor manifiesta su liderazgo frente a todos los competidores en el mercado, siendo la misma tomada en serio por parte de los consumidores.</p> <p>b. Objetivas por sí mismas: Las expresiones publicitarias concretas que son pasibles de ser probadas; por ende, hacen referencia a datos que deben ser tomados en cuenta por el destinatario.</p>	<p>a. Exageraciones publicitarias: Son aquellos elogios altisonantes que contienen un núcleo parcial o total concreto y comprobable, pero, no son tomados en serio por el consumidor.</p> <p>b. Subjetivas por sí mismas: Carecen de contenido comprobable, tales como, expresiones publicitarias triviales y los juicios estimativos.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Teniendo en cuenta si se está ante un criterio objetivo o subjetivo, se podrá

determinar si las pruebas entregadas por Cabify son suficientes para cubrir la exigencia de veracidad de su afirmación y determinar la idoneidad de su servicio. En ese sentido, en la siguiente sección se pasará a analizar la publicidad realizada por Cabify para determinar si hubo una infracción o no al deber de idoneidad.

1.4. Análisis de la idoneidad del servicio de Cabify en función a las garantías ofrecidas en su publicidad.

Como se ha desarrollado anteriormente, el servicio principal de Cabify es el de interconexión entre el conductor y el usuario, siendo en este sentido como se debe entender la seguridad dentro de su servicio. Por ello, para determinar la idoneidad de su servicio ofrecido en relación con la seguridad, se debe tener en cuenta que como la

actividad de Cabify es el manejo de data e información tanto de usuarios como conductores, se encuentra en una mejor posición de poder adquirir la información necesaria para permitir el acceso de un conductor a su plataforma.

Por consiguiente, tanto el proceso de selección por el cual Cabify afilia conductores a su plataforma como los mecanismos de protección de su sitio o aplicación web serían los criterios de seguridad que Cabify debe probar, en aras de corroborar la idoneidad del mismo.

Como la seguridad formó parte de la campaña publicitaria de Cabify; según los conceptos desarrollados en el presente trabajo, se puede evidenciar la existencia de una garantía expresa por parte de Cabify. Dicha campaña publicitaria constaba de las siguientes afirmaciones:

- i) La mejor opción.
- ii) Tu seguridad es nuestra prioridad.
- iii) Para que te muevas sin preocupaciones, todos nuestros viajes están geolocalizados y tanto los pasajeros como los conductores están identificados.
- iv) Viaja seguro. Conductores elegidos uno a uno y con la formación necesaria.
- v) En cualquier parte de Lima, Cabify es tu auto privado con chofer para viajar rápido, seguro y con las mejores tarifas.
- vi) Conductores de calidad. Tenemos el proceso de selección de conductores más riguroso del mercado. Trabajamos solo con los mejores.

Para ello, se tendrá que analizar la publicidad de Cabify de acuerdo a lo señalado por la Comisión y la Sala, en tanto, se debe determinar si las afirmaciones de Cabify se encuentran bajo un criterio de publicidad objetiva o subjetiva, lo cual tiene especial relevancia para determinar la exigencia de veracidad y en función a qué se debe analizar las afirmaciones anteriormente mencionadas. También debe recalcar que todo documento o elemento que permita corroborar la afirmación presente en la publicidad debe ser anterior a la emisión de la publicidad.

La afirmación “La mejor opción”, según el concepto desarrollado líneas arriba, sería una publicidad subjetiva per se, en tanto, sería una afirmación trivial basada en un

juicio estimativo. En ese sentido, no se exige alguna prueba, porque la afirmación no es considerada seria por el consumidor.

La afirmación “Tu seguridad es nuestra prioridad, “Para que te muevas sin preocupaciones, todos nuestros viajes están geolocalizados y tanto los pasajeros como los conductores están identificados”, según los conceptos ya desarrollados, sería una afirmación objetiva per se, en tanto, la información puede comprobarse al tratarse de un dato verificable o comprobable.

En ese sentido, se exige la comprobación tanto de que los conductores y pasajeros estén identificados; y, que los viajes se encuentren geolocalizados. Para corroborar ello, se necesita un reporte de los usuarios y conductores identificados y respecto a la

geolocalización, se debe corroborar el uso de firmware y software que permita recolección de la información de ubicación del usuario y conductor.

De igual forma, la afirmación “Viaja seguro. Conductores elegidos uno a uno y con la formación necesaria”, sería una afirmación objetiva per se, en tanto, comparte las mismas características señaladas en la afirmación anterior. Recaltar que, la seguridad del viaje se encuentra vinculada a la información que posee Cabify sobre el conductor. Para poder corroborar dicha información, es necesario contar con los documentos o elementos que señalen un proceso de elección de los conductores, lo cual también incluye su formación vial. Respecto de este punto, Cabify cumplió con tener un proceso de selección y requisitos mínimos, lo cual ha sido confirmado por la misma Comisión y Sala de INDECOPI.

Respecto de la afirmación, “En cualquier parte de Lima, Cabify es tu auto privado con chofer para viajar rápido, seguro y con las mejores tarifas”, la afirmación de “en cualquier parte de Lima” sería una exageración publicitaria, en tanto, tiene un contenido que puede ser parcial o totalmente comprobable pero que no es tomado en serio por los consumidores. En ese sentido, basta con el reporte de cobertura y ubicación de los conductores afiliados para corroborar dicha afirmación.

Ahora bien, respecto de la afirmación “Conductores de calidad. Tenemos el proceso de selección de conductores más riguroso del mercado. Trabajamos solo con los mejores.”, se puede evidenciar que se trata de una afirmación objetiva per se, en tanto, hace alusión a sus competidores. Como señala Alex Sosa (2018), no sería una afirmación en tono excluyente, en tanto, bajo ese tipo de afirmación, no se contempla alusión a un competidor; por ende, sería una afirmación objetiva per se.

Para corroborar dicha afirmación, se debe acreditar la diferencia entre los procesos de selección de las demás empresas competidoras y de la presente, siendo la última, la que cuente con un proceso de selección más riguroso que las demás.

Ahora bien, respecto del análisis realizado por la Sala, en los puntos N° 31, 36 y 40 se centra en la última afirmación señalada, sin embargo, solo se detiene a analizar un extracto de la misma: “Tenemos el proceso de selección de conductores más riguroso”. Esta situación resulta preocupante, en tanto, como la propia Sala señala, Cabify en ningún momento dio a conocer su proceso de selección a los consumidores, el proceso de selección era privado y de conocimiento por parte de los conductores y la Autoridad a razón del presente caso.

En ese sentido, la garantía explícita que se puede recoger de la afirmación en

controversia es distinta respecto de la lectura que se le dé. No es lo mismo afirmar poseer un proceso de selección riguroso a uno que sea riguroso respecto de otros, en tanto, en el primero se tiene una afirmación en tono excluyente; y, en el otro caso, se tiene una afirmación alusiva y objetiva per se. Por ende, en el primer caso se debe probar la “rigurosidad” misma del proceso de selección; y, en el otro caso, la “rigurosidad” del proceso de selección respecto de los competidores.

Entonces, la garantía explícita versa en función a la publicidad alusiva y objetiva que señala la afirmación, por lo cual, la Sala debió corroborar la veracidad de la afirmación alusiva y no de una afirmación en tono excluyente.

De la lectura integral de las afirmaciones realizadas, en función a la seguridad, por parte de Cabify, se puede concluir que la garantía explícita versa en lo siguiente a) Geolocalización de los viajes; b) Identificación de pasajeros y conductores; c) Formación vial de los conductores; d) Un proceso de selección más riguroso que la competencia.

De lo señalado en el Expediente, se pudo evidenciar que a) Cabify si contaba con los mecanismos informáticos para asegurar la geolocalización de los viajes; b) el aplicativo obligaba al usuario a registrarse en la plataforma, permitiendo la identificación del pasajero como del conductor.

Sin embargo, el problema reside en la falta de análisis por parte de la Autoridad respecto de qué se entiende por formación del conductor, en tanto, puede hacer referencia a la obtención de la licencia de conducir, por el cual todo conductor pasa por un proceso de aprendizaje y de evaluación tanto teórica como práctica; o, incluye charlas informativas y capacitaciones sobre el uso de la aplicación Cabify; e, incluso una formación vial adicional por parte de Cabify.

De esta forma, la idoneidad del servicio de Cabify que fue cuestionada por la Autoridad, versaba respecto de la “seguridad” ofrecida en su servicio. Sin embargo, como se ha podido explicar en esta sección, no se identificaron de forma correcta las garantías explícitas presentes en la publicidad de Cabify. Lo cual tuvo como consecuencia un análisis incorrecto que dejó de lado el análisis de otras garantías explícitas en su publicidad.

Sin mencionar que, también se dejó de lado un aspecto de la seguridad del servicio de Cabify que es intrínseco de su modelo de negocio de consumo colaborativo, el cual es la certificación SSL¹ del sitio y/o aplicación web que incide en, por ejemplo, datos, identificación, ubicación y modalidad de pago del servicio ofrecido por Cabify.

¹ Por certificación SSL o *Secure Sockets Layer* se hace referencia a los certificados digitales que garantizan la existencia de una conexión segura, la cual se entiende como una conexión cifrada entre la página web, navegador, el usuario y el servidor o sitio web.

2 ¿Son las Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú) de Cabify cláusulas abusivas?

1.1. Cláusulas abusivas que limitan o exoneran responsabilidad

Las cláusulas abusivas como se puede inferir del CPDC, son aquellas cláusulas o conjunto de las mismas que dentro de un contrato de adhesión generan un desbalance en los derechos y obligaciones del proveedor y consumidor. Esta situación genera que el proveedor adquiera beneficios exclusivos o excesivos a costa del consumidor.

En ese sentido, las cláusulas abusivas evidencian una situación de desequilibrio o desigualdad del proveedor respecto del consumidor. Esto se explica en función a la posición de superioridad y manejo de la información por parte del proveedor, ambas situaciones permiten al proveedor auto concederse mayores derechos o limitar total o parcialmente su responsabilidad.

Asimismo, Gastón Pereyra (2017) señala que las cláusulas abusivas pueden verse expresadas en aquellos contratos no negociados entre el proveedor de un producto o servicio y el consumidor.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 49° señala que las cláusulas abusivas:

- a. Se encuentran en los contratos de adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente
- b. Para su evaluación se debe tener en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato.
- c. Que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada haya sido negociada, no quiere decir que no existan cláusulas abusivas en el resto del contrato.

En esa misma línea, Olga Alcántara (2017) señala que las cláusulas abusivas en el Derecho peruano, a diferencia del Derecho español, son clasificadas en absolutas y relativas, siendo la primera una lista negra taxativa que sanciona con ineficacia absoluta; por el otro lado, las relativas son una lista gris que sancionan con ineficacia relativa, requieren ser demostradas y analizadas de acuerdo al caso concreto.

Asimismo, INDECOPI en otras resoluciones como la Resolución 0078-2012/SC2 o la Resolución 2002-2017/SPC, señala que la necesidad de regular las cláusulas abusivas se sustenta en que dicho esquema de contratación, se priva al consumidor de su capacidad de negociar, reservando dicha potestad enteramente al proveedor. En ese sentido, la ley ha previsto un mecanismo que permita proteger al consumidor de un eventual desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones del proveedor y el mismo consumidor.

La autoridad ha señalado también que la responsabilidad de los proveedores por utilizar cláusulas abusivas en los contratos, estas deben estar relacionadas a la naturaleza del servicio o producto ofrecido. Para ello ha establecido los siguientes

criterios para determinar la presencia de una cláusula abusiva: i) La falta de negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula en discusión; y, ii) Perjuicio del consumidor por la desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos.

Ahora bien, las cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad, se deben hacer unas precisiones. Respecto de las primeras, como señala José de Verda (2005), cuando en su aplicación se exonera el comportamiento doloso de una de las partes en el incumplimiento de una prestación, son consideradas contrarias al orden público y a la moral, lo cual, ha sido contemplado en varios ordenamientos jurídicos como el español, el italiano, el alemán, etc.

Por otro lado, como señala la autora María Bernal (2017), las cláusulas que limitan responsabilidad no son prohibidas de plano, en tanto, se deben analizar en su contexto en contraposición con el principio de reparación integral, en tanto, se pueden establecer límites al resarcimiento para evitar enriquecimiento ilícito o una desproporción entre el daño y la indemnización. Un ejemplo de ello son los límites de indemnización que establecen los seguros en función al tipo de daño o causa del mismo.

Independientemente de lo anterior, el CPDC, ha clasificado tanto a las cláusulas que exoneran responsabilidad como a las que limitan la responsabilidad del proveedor o de sus dependientes por dolo o culpa, como cláusulas abusivas absolutas.

La importancia de ello radica en que, las cláusulas abusivas absolutas solo requieren la comprobación de su existencia para establecer su ineficacia absoluta y sanción; caso distinto es el de las cláusulas abusivas relativas, en tanto, su ineficacia requiere de un análisis del caso concreto y evaluar el daño generado.

Además, el Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 104° señala los casos de exoneración de responsabilidad administrativa:

- i. Caso fortuito o fuerza mayor.
- ii. Hecho determinante de tercero.
- iii. Imprudencia del propio consumidor.

Teniendo el caso del Exp. 0376-2014/SPC-INDECOPI, en donde se señaló que la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor no puede ser considerada una cláusula abusiva, en tanto, contiene la reproducción de una norma imperativa que está vinculada a todo el sistema de relaciones obligatorias.

En ese sentido, si el propio CPDC establece los casos de exoneración de responsabilidad, si un proveedor reproduce estos mismos supuestos en sus cláusulas, estas, no pueden ser consideradas como abusivas. Por lo tanto, en el caso de Cabify,

la Sala debió determinar de forma previa, si el contenido de las cláusulas que consideraba abusivas, no eran una reproducción de los supuestos de exoneración establecidos en el mismo CPDC, de ser así, la Sala habría sancionado a Cabify por la reproducción de su propia norma imperativa en sus T&C.

Teniendo claro el concepto de las cláusulas abusivas, antes de poder analizar los T&C, se debe poder entender ciertos conceptos informáticos para un correcto análisis, lo cual será trabajado en la siguiente sección.

1.2. Términos informáticos contenidos en las Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú) de Cabify

Se usarán distintas fuentes entre libros, glosarios de términos, etc., para precisar los conceptos de las palabras utilizadas en los T&C de la página web y aplicativo Cabify.

Como señalan Peter Morville y Louis Rosenfeld (2006) por la palabra “Contenido” se entiende todo aquello que se encuentre o exista en la página web. Es decir, hace referencia a las imágenes, datos, texto, documentos, aplicaciones, audio, links, etc. que se puedan visualizar sin tener que usar por parte del usuario.

Por “Acceso” se hace referencia a las formas de poder acceder al uso del Sitio Web y/o aplicativo. En ese sentido, como señalan los autores Antoni Martínez-Ballesté, Agustín Solanas y Jordi Castella (2013), el control de acceso hace referencia al proceso por el cual se acepta o niega el acceso de un usuario. Para ello se sirve de distintos mecanismos de autenticación, autorización y auditoría. De esta forma, se busca validar la identidad del usuario legítimo a los recursos a los cual está autorizado.

En esa misma línea el Grupo Atico34, una de las principales consultoras tecnológicas de España, señala que el control de acceso se basa en los principios básicos de identificación, autenticación y autorización; y, tiene entre sus objetivos: i) Restringir o permitir el acceso de personas a determinadas áreas o departamentos de unas instalaciones; ii) Restringir o permitir el acceso a sistemas informáticos, bases de datos y otros servicios de información, iii) Proteger los bienes físicos, equipos o datos de las organizaciones ante robos o accesos de terceros sin permiso; iv) Detectar accesos no autorizados y poner en marcha mecanismos para evitarlos; v) Registrar y revisar eventos críticos realizados por los usuarios en los sistemas.

Por “Ubicación” se debe entender a localización del sitio o aplicación web, esta última es un sitio web que no solo muestra páginas web estáticas, sino, ofrece funciones diversas por medio de un software web. Como señala Gustavo Bustos, SEO & Especialista en localización en Hostinger, una aplicación o sitio web se ubica o almacena en un servidor web, para ello se vale de un dominio web que permite redireccionar a los visitantes a la dirección IP del servidor web. Esto último se logra

gracias al Domain Name System (DNS) que tiene como función enlazar la dirección IP con el dominio web.

En ese sentido, la ubicación de un sitio o aplicación web puede variar, toda vez que, los dominios y servidores pueden transferirse o cambiar de localización; dado que, son materia de compra y venta a empresas como Hostinger, Godaddy, entre otros.

Como señala SoftwareOne, el cual es un proveedor servicios y sistemas TI con más de 20 años en el mercado, la disponibilidad de un sitio o aplicación web está íntimamente relacionada con los sistemas de TI, por ende, la no disponibilidad de los mismos se debe a: a) fallas de almacenamiento, b) pérdida de bases de datos, c) violaciones de seguridad, d) fallas humanas, e) desastres naturales, f) falta de actualización.

Por último, en referencia a las medidas de protección de una aplicación y/o sitio web, se hace referencia a los mecanismos de seguridad utilizados. Entre los más comunes

se tienen por ejemplo los Certificados Secure Sockets Layer (SSL).

Como señala Kaspersky, compañía internacional dedicada a la seguridad informática desde hace 25 años, los SSL son certificados digitales que autentican o acreditan la identidad de un sitio o aplicación web y habilitan una conexión cifrada. Dicha conexión cifrada entre el servidor web y el navegador web se genera a partir de un protocolo de seguridad.

Mediante los SSL se protegen las transacciones, privacidad y data de los usuarios; existen varios tipos de certificados SSL que varían según el nivel de seguridad requerido, asimismo, estos son obtenidos de forma directa de una Autoridad de Certificación por un periodo de tiempo determinado, por dicho motivo, deben renovarse una vez caducado el certificado.

Los certificados SSL forman parte de la seguridad de toda aplicación o sitio web, los cuales pueden ser complementados con otros mecanismos de seguridad, como, por ejemplo, el uso de firewall, respaldo del sitio o aplicación web, actualizaciones periódicas, entre otros.

El uso de estas herramientas forma parte de la diligencia ordinaria de todo proveedor para garantizar la seguridad de su sitio o aplicación web; y, por ende, la del usuario.

1.3. Análisis de las Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú) de Cabify

Como se puede evidenciar de la resolución no se puede apreciar un análisis previo respecto del funcionamiento del sitio y aplicación web. Esto es importante, en tanto, las cláusulas que tanto la Comisión como la Sala señalan como “abusivas”, hacen referencia a conceptos netamente relacionados con la arquitectura web, la experiencia de usuario (UX), dominio y servidor web y ciberseguridad; sin embargo, ninguno de estos temas fue desarrollados por la Autoridad.

Al respecto, la identificación de los T&C como problemas inherentes a los sitios y/o aplicaciones web imposibilitaría clasificar las cláusulas como abusivas, ya que, estas solo buscan resaltar la necesidad de Cabify de poder plantear de forma explícita la no responsabilidad respecto de acciones o problemas que escapan de su esfera de control y aquellos hechos que puedan ser previstos bajo una diligencia ordinaria.

Lo anterior, está estrictamente vinculado con los supuestos de exoneración de responsabilidad establecidos en el art. 104 del CPDC; que como ha sido explicado anteriormente, la reproducción de las normas imperativas de exoneración no puede ser consideradas como cláusulas abusivas; esto último se condice con lo afirmado en el Exp. 0376-2014/SPC-INDECOPI. En este caso en específico, Cabify habría reproducido los supuestos de hecho determinante de tercero y la imprudencia del propio consumidor; los cuales, serán explicados en el desarrollo de cada cláusula.

En ese sentido, era necesario un análisis técnico previo respecto al funcionamiento de los sitios y/o aplicaciones web, de no hacerlo, estaría teniendo un análisis de cláusulas abusivas sesgado debido a un error de interpretación de los T&C de Cabify. En tanto, si las cláusulas materia de análisis fueran acordes al común desarrollo y consecuencias de sitios y/o aplicaciones web o estar dentro de los supuestos del art. 104 del CPDC, no deberían haber sido materia de un análisis de “cláusulas abusivas”.

A continuación, se pasará a analizar y explicar las cláusulas materia de controversia en función a los conceptos desarrollados en la sección anterior.

“2. Contenidos

A través de la aplicación, Cabify facilita al Usuario un servicio de reservas de vehículos con conductor (en adelante, el “Servicio”). La Aplicación y/o Sitio Web, facilita al Usuario el acceso a diversos contenidos, información y datos proporcionados por Cabify en relación con el Servicio (en adelante, los “Contenidos”). Cabify se reserva el derecho a modificar en cualquier momento la presentación, la configuración y ubicación de la Aplicación y/o el Sitio Web, así como las correspondientes condiciones de acceso y uso. Cabify no garantiza que los Contenidos proporcionados a través de la Aplicación y/o Sitio Web serán en todo caso correctos, completos o actualizados.”

Respecto a esta cláusula, la Sala señala que Cabify tenía el deber de asegurar el funcionamiento adecuado de dicho canal; más aún si el pago por los servicios del conductor –que se efectuaba con tarjetas de débito o crédito– se canalizaban a través de la aplicación.

Por ende, como Cabify presta su servicio a través de medios digitales, tiene la potestad de determinar el contenido que muestra en los mismos; en tanto constituyen sus principales medios de comunicación con los usuarios pasajeros, siendo así, el garante

de la calidad de información que proporcione tanto a través de su aplicación como de su página web.

El análisis por parte de la Sala es muy superficial, en tanto no se detiene a entender a qué información o contenido se refiere Cabify ni mucho menos, disgrega lo señalado en la cláusula.

Por ello, es necesario dividir dicha cláusula en: 1) Cabify se reserva el derecho a modificar en cualquier momento la presentación, la configuración y ubicación de la Aplicación y/o el Sitio Web, así como las correspondientes condiciones de acceso y uso; y, 2) Cabify no garantiza que los Contenidos proporcionados a través de la Aplicación y/o Sitio Web serán en todo caso correctos, completos o actualizados.

Respecto del primero, se hace referencia a la estética del sitio y/o aplicación web; respecto a la configuración, hace referencia a la programación, funciones técnicas del sitio y/o aplicación web; y, respecto a la ubicación, hace referencia a los conceptos de dominio web, servidor web e incluso la disponibilidad en IOS o Android. Respecto a las condiciones de acceso y uso, se hace referencia al control de acceso que contempla la modalidad en la que se realizará autenticación de usuario y la posterior autorización para poder usar su cuenta, el llamado “inicio de sesión”.

Respecto del segundo, ya se ha señalado qué se interpreta por contenido, por lo tanto, se hace referencia a varias cosas presentes en el sitio y/o aplicación web. Por ende, en este punto, hubiera sido muy importante, precisar a qué tipo de contenido hace referencia Cabify para analizar correctamente, sin embargo, ello no fue discutido por la Autoridad.

En relación a lo anterior, el inciso desarrollado por la Sala, es el inciso a) del artículo 50°, relacionado a las cláusulas abusivas absolutas por limitación o exoneración de responsabilidad. Sin embargo, de la explicación realizada a la cláusula, la primera sección hace alusión a aspectos intrínsecos de la aplicación o páginas web, como su

aparición, configuración, dominio web, entre otros; en ningún momento se hace alusión a una limitación o exoneración de responsabilidad. Por lo cual, no estaría contemplado en el inciso a) del artículo 50.

Tampoco se está frente a los supuestos de los incisos b) al h) del artículo 50°; asimismo, tampoco se puede evidenciar que cumpla con algún inciso de las cláusulas abusivas relativas presentes en el artículo 51°.

Respecto de la segunda sección de la misma cláusula, como se ha explicado anteriormente, los contenidos de un sitio y/o aplicación web suelen actualizarse periódicamente, por lo cual, no se puede garantizar que esté actualizada constantemente, además, contenidos como las rutas de viaje, pueden no ser correctas o las más idóneas debido a que usan la información de navegación de otras plataformas, por dicho motivo, algunas calles, cruces, etc., no están completas.

En ese sentido, la Sala no desarrolló qué tipo de información presente en el contenido del sitio y/o aplicación web genera preocupación y desequilibrio entre las obligaciones y derechos, tanto de Cabify como del consumidor, en perjuicio de este último. Solo se limitó a señalar la exoneración de responsabilidad sin tener en cuenta el contexto en el que se aplica y el supuesto perjuicio al consumidor.

En conclusión, la presente cláusula no contemplaría una cláusula abusiva ni absoluta ni relativa.

La siguiente cláusula fue recortada para su análisis por la Sala, lo cual es perjudicial para entender el contexto de su aplicación. En ese sentido se analizará toda la cláusula presente en los T&C:

“3. Acceso y uso

El acceso a la Aplicación estará limitado a mayores de 14 años. No obstante, lo anterior, el acceso a determinados contenidos y/o participación en las promociones de Cabify puede estar limitado a mayores de edad o menores emancipados, según indique en cada caso. Con carácter general, el Usuario podrá acceder a la Aplicación y/o sitio web de forma libre y gratuita. El Usuario reconoce y acepta que el acceso y uso de la Aplicación y/o Sitio Web tiene lugar libre y conscientemente, bajo su exclusiva responsabilidad. Cabify no será en ningún caso responsable del uso que el Usuario y/o terceros pudieran hacer de la Aplicación y/o Sitio Web ni de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del mismo.

El Usuario se compromete a hacer un uso adecuado y lícito de la Aplicación y/o Sitio Web de conformidad con la legislación aplicable, las presentes Condiciones Generales de Uso, la moral y buenas costumbres generalmente aceptadas y el orden público. El Usuario deberá abstenerse de (i) hacer un uso no autorizado o fraudulento de la Aplicación y/o Sitio Web; (ii) acceder o intentar acceder a recursos restringidos de la Aplicación y/o Sitio Web con fines o efectos ilícitos, ilegales, contrarios a lo establecido en las presentes Condiciones Generales de Uso, a la buena fe y al orden público, lesivos a los derechos e intereses de terceros, o que de cualquier forma puedan dañar, inutilizar o sobrecargar o impedir la normal utilización o disfrute de la Aplicación y/o Sitio Web; (iv) provocar daños en la Aplicación y/o Sitio Web o en los sistemas de sus proveedores o de terceros; (v) introducir o difundir virus informáticos o cualquiera otros sistemas físicos o lógicos que sean susceptibles de provocar daños en los sistemas de Cabify, de sus proveedores o de terceros; (vi) intentar acceder, utilizar y/o manipular los datos de Cabify, terceros proveedores y otros usuarios; (vii) reproducir o copiar, difundir, permitir el acceso del público a través de cualquier modalidad de comunicación pública, transformar o modificar los Contenidos, a menos que se cuente con la autorización del titular de los correspondientes derechos o ello esté legalmente permitido, (viii) obtener o intentar obtener los contenidos empleando para ello medios o procedimientos distintos

de los que, según los casos, se hayan puesto a su disposición a este efecto.

El Usuario únicamente podrá acceder a la Aplicación a través de los medios autorizados. Es responsabilidad del Usuario asegurarse de que ha descargado la Aplicación correcta en su dispositivo. Cabify no será responsable en caso de que el Usuario no disponga de un dispositivo compatible o haya descargado una versión de la Aplicación incompatible con su dispositivo.”

La Sala al solo tomar en cuenta la exoneración de responsabilidad por parte de Cabify, es grave, en tanto, la hace carecer de objetividad y sustento.

Como se puede evidenciar de la lectura completa de la cláusula, si bien Cabify señala una eximición de responsabilidad, el contexto de la misma es desarrollado en los siguientes párrafos.

Cabify exige a los usuarios un uso adecuado, lícito, en relación a las buenas costumbres y el orden público; incluso, señala que usos no están permitidos y no deben realizarse por parte de los usuarios; asimismo, señala las vías de acceso al sitio y/o aplicación web se realiza por medios específicos; y, la responsabilidad por parte del usuario frente a la actualización y compatibilidad del aplicativo móvil. En ese sentido, Cabify se está eximiendo de responsabilidad respecto de lo que está fuera de su esfera de control y expresamente lo contextualiza a lo largo de toda la cláusula.

La Sala señaló que se habría infringido el inciso a) del artículo 50°, relacionado a las cláusulas abusivas absolutas por limitación o exoneración de responsabilidad. Sin embargo, de la explicación realizada a la cláusula y de su lectura total, no se estaría frente a una infracción de la misma. Por lo tanto, no se traslada la responsabilidad al consumidor de los hechos u omisiones de Cabify, al contrario, el proveedor solo está remarcando la responsabilidad del consumidor respecto su propia acción que escapa de la esfera de control y normal diligencia de Cabify.

Por lo tanto, respecto de esta cláusula, el proveedor solo estaría estableciendo los supuestos en los cuales no es responsable por la imprudencia del propio consumidor en el uso imprudente o doloso de la aplicación y/o sitio web. Es decir, es una reproducción del artículo 104° del CPDC, que, como se ha desarrollado anteriormente, establece los supuestos de exoneración de responsabilidad del proveedor.

Tampoco se está frente a los supuestos de los incisos b) al h); en tanto, no se está frente a ninguno de los supuestos que ya han sido desarrollados en la cláusula 2. Tampoco se puede evidenciar que cumpla con algún inciso de las cláusulas abusivas relativas, en tanto, sucede lo mismo que en el caso de la cláusula 2.

En ese sentido, la sala no desarrolló el análisis de la presencia de una cláusula abusiva contemplado el contexto y la totalidad de la cláusula. Solo se limitó a señalar la exoneración de responsabilidad sin tener en cuenta el contexto en el que se aplica; además, tampoco consideró que la cláusula era una reproducción detallada del artículo 104° del CPDC. Por lo cual la presente cláusula no contemplaría una cláusula abusiva ni absoluta ni relativa.

La última cláusula señala lo siguiente:

“8. Exclusión de garantías y responsabilidad

Cabify no garantiza la disponibilidad y continuidad del funcionamiento de la Aplicación

y/o Sitio Web. En consecuencia, Cabify no será en ningún caso responsable por cualesquiera daños y perjuicios que puedan derivarse de (i) la falta de disponibilidad o accesibilidad a la Aplicación y/o Sitio Web; (ii) la interrupción en el funcionamiento de la Aplicación y/o Sitio Web o fallos informáticos, averías telefónicas, desconexiones, retrasos o bloqueos causados por deficiencias o sobrecargas en las líneas telefónicas, centros de datos, en el sistema de Internet o en otros sistemas electrónicos, producidos en el curso de su funcionamiento; y (iii) otros daños que puedan ser causados por terceros mediante intromisiones no autorizadas ajenas al control de Cabify.

Cabify no garantiza la ausencia de virus ni de otros elementos en la Aplicación y/o Sitio Web introducidos por terceros ajenos a Cabify que puedan producir alteraciones en los sistemas físicos o lógicos del Usuario o en los documentos electrónicos y ficheros almacenados en sus sistemas. En consecuencia, Cabify no será en ningún caso responsable de cualesquiera daños y perjuicios de toda naturaleza que pudieran derivarse de la presencia de virus u otros elementos que puedan producir alteraciones en los sistemas físicos o lógicos, documentos electrónicos o ficheros del Usuario.

Cabify adopta diversas medidas de protección para proteger la Aplicación y/o Sitio Web y los contenidos contra ataques informáticos de terceros. No obstante, Cabify no garantiza que terceros no autorizados no puedan conocer las condiciones, características y circunstancias en las cuales el Usuario accede a la Aplicación y/o Sitio Web. En consecuencia, Cabify no será en ningún caso responsable de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho acceso no autorizado.

Con la suscripción de las presentes Condiciones Generales de Uso, Ud. declara que mantendrá indemne frente a cualquier reclamación a Cabify, su sociedad matriz, directores, socios, empleados, abogados y agentes derivadas del (i) incumplimiento por parte del Usuario de cualquier disposición contenida las presentes Condiciones Generales de Uso o de cualquier ley o regulación aplicable a las mismas, (ii) incumplimiento o violación de los derechos de terceros incluyendo, a título meramente enunciativo, los terceros transportistas, otros conductores y peatones; y (iii) incumplimiento del uso permitido de la Aplicación y/o Sitio Web. La prestación final del servicio de transporte quedará a discreción del tercero transportista. En caso de que, una vez procesada la solicitud por parte del Usuario, el tercero transportista rechace efectuar el desplazamiento por causa del destino o por cualquier otra causa, el Usuario podrá ponerse en contacto con Cabify para que, en la medida de lo posible, ésta proporcione al Usuario un vehículo de sustitución.”

De la lectura del análisis de la Sala, la misma señala que Cabify no puede exonerarse de responsabilidad por el deficiente funcionamiento o disponibilidad del sitio y/o aplicación web, asimismo, señala que la administración de su seguridad se encontraba bajo su dominio, a fin de evitar la intromisión de elementos o terceros ajenos que perjudicaran el funcionamiento regular; por ende, no podría eximirse de la responsabilidad de forma anticipada y sin excepción alguna.

La Sala también señala que, como el control de la página web se encontraba bajo su responsabilidad no podía eximirse de responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan derivarse de la presencia de virus u otros ataques informáticos. Haciendo alusión, a que Cabify estaría trasladando los perjuicios derivados de su actuar negligente a los usuarios.

Esto es grave, en tanto, el análisis que realiza la Sala es erróneo y deficiente, en tanto, no maneja ni tiene claro el funcionamiento de un sitio y/o aplicación web. Como se ha trabajado en la sección anterior, los conceptos utilizados en los T&C de Cabify tienen una lectura específica que no fue contemplada por la Autoridad.

En relación a la no disponibilidad de un sitio y/o aplicación web se hace referencia principalmente a lo siguiente a) fallas de almacenamiento; b) pérdida de bases de

datos; c) violaciones de seguridad; d) fallas humanas; e) desastres naturales; y, f) falta de actualización.

Respecto a la seguridad del sitio y/o aplicación web, se hace referencia la certificación SSL y uso de software especializado. Estos certificados y software son mecanismos que las empresas deben adquirir de terceros autorizados para acreditar su diligencia en el ámbito de seguridad. Asimismo, estos mecanismos son de acceso público y visibles para cualquier usuario de Internet. En el caso de aplicativos móviles sucede algo similar, en tanto, el propio Marketplace de Android o IOS, que son fuentes autorizadas para la descarga y obtención de aplicativos móviles, cuentan con formas de verificar la seguridad de las aplicaciones.

Ahora bien, Cabify señala que no puede garantizar la disponibilidad y continuidad del funcionamiento de la Aplicación y/o Página web, hace referencia a los supuestos (i), (ii) y (iii) del primer párrafo; los cuales son los mismos que se han desarrollado en la sección anterior y párrafos atrás. Como puede entender del contexto de la cláusula, Cabify señala repetidamente que se hace referencia a circunstancias ajenas a su esfera de control, dando como ejemplos fallos de la operadora del servicio de telecomunicaciones, fallos en el Marketplace, ataques informáticos, entre otros.

Asimismo, resulta preocupante que, si la Autoridad pretende analizar la seguridad del sitio y/o aplicación web para determinar la responsabilidad por parte de Cabify, no haya contemplado los requisitos básicos de seguridad. En ese sentido, lo principal que debió haber realizado es averiguar si Cabify cumplía con la posesión del certificado SSL y software acorde a su servicio; y, respecto del aplicativo móvil, revisar si el Marketplace de Android o IOS las señalaba como seguras.

Como se puede evidenciar de la resolución, en ningún momento se tomó en cuenta ello; cabe señalar que son varios los certificados SSL que puede requerir un sitio y/o aplicación web; como se ha señalado anteriormente, estos pueden ir desde la corroboración del dominio web, la plataforma segura de pago, validación de empresa, seguridad de descarga de archivos, entre otros.

Además, en la misma cláusula 8, Cabify señala que adoptaba diversas medidas de protección para proteger el sitio web y la aplicación. En ese sentido, la Sala debió verificar qué medidas estaba adoptando, en tanto, solo sería desproporcionado si Cabify no adoptaba las medidas de seguridad necesarias y comunes a los sitios y/o aplicaciones web y aplicativos móviles.

En ese sentido, no se le puede exigir a ninguna empresa contar con un software sofisticado de seguridad, debido a que, no existe un software completamente seguro y sería ineficiente que una empresa tenga que invertir tanto en seguridad, por ello, solo se exige comúnmente que se aplique lo necesario según el rubro en el que se encuentre.

El inciso desarrollado por la Sala fue el inciso a) del artículo 50°, relacionado a las cláusulas abusivas absolutas por exoneración o limitación de responsabilidad. Sin embargo, de la explicación realizada a la cláusula, no se estaría infringiendo el inciso a) del artículo 50°, en tanto, no se traslada la responsabilidad al consumidor de los hechos u omisiones de Cabify. Lo que realiza el proveedor es señalar de forma explícita los casos en los que no será responsable, los cuales giran en torno a usos no autorizados, daños por parte de terceros que excedan los mecanismos de seguridad utilizados por Cabify; e, incumplimientos por parte del consumidor a las cláusulas

estipuladas en los T&C.

Por lo tanto, respecto de esta cláusula, el proveedor solo estaría estableciendo los supuestos en los cuales no es responsable por la imprudencia del propio consumidor en el uso imprudente o doloso de la aplicación y/o sitio web; y, por el hecho determinante de tercero(s). Es decir, es una reproducción del artículo 104° del CPDC, que, como se ha desarrollado anteriormente, establece los supuestos de exoneración de responsabilidad del proveedor.

Tampoco se está frente a los supuestos de los incisos b) al h); en tanto, no se está frente a ninguno de los supuestos que ya han sido desarrollados en la cláusula 2 y 3. Tampoco se puede evidenciar que cumpla con algún inciso de las cláusulas abusivas relativas, en tanto, sucede lo mismo que en el caso de la cláusula 2 y 3.

Es decir, Cabify está remarcando su exoneración de responsabilidad por la imprudencia del mismo consumidor y hecho determinante de un tercero. Este punto, como se ha señalado anteriormente, está contemplado en el art. 104° del CPDC; por lo tanto, la Sala no habría tenido en cuenta este caso de exoneración de responsabilidad que fue desarrollado por Cabify.

En ese sentido, la sala no realizó el análisis correcto, debido a que, partía desde un sesgo de interpretación de los T&C que no consideraba aspectos técnicos cruciales para poder entender cómo funcionan los sitios y/o aplicaciones web.

Por ende, Cabify no debió ser sancionada por cláusulas abusivas, en tanto, la Sala basó su análisis de las cláusulas desde un sesgo de interpretación de los T&C. Por lo cual, no hubo una correcta aplicación del análisis de cláusulas abusivas en el caso concreto ni de los casos de exoneración de responsabilidad establecidos en el art. 104° del CPDC.

CONCLUSIONES

Del análisis de la Resolución se puede evidenciar que, si bien la Autoridad tiene ciertas aproximaciones sobre la economía colaborativa, dicho concepto no ha sido profundizado, lo que genera un problema al momento de delimitar los alcances de un servicio bajo consumo colaborativo.

Esto último tiene incidencia en el análisis de idoneidad de un servicio, en tanto, si no se tienen claro sus alcances no se podrá determinar de forma precisa la responsabilidad del proveedor.

La sala no realizó un análisis exhaustivo de las premisas señaladas por Cabify en su publicidad ni tampoco señaló su conexión con las garantías adquiridas por los consumidores. Por lo tanto, no se evidencia vulneración al deber de idoneidad.

Asimismo, se puede evidenciar una falta de información técnica sobre el funcionamiento de los sitios y/o aplicaciones web, aplicativos móviles y demás conceptos vinculados desde la arquitectura de la información hasta la ciberseguridad; por parte de INDECOPI.

Esta situación resulta preocupante, en tanto, varias relaciones de consumo se están digitalizando o nacen en el mundo digital; y, tienen incidencia en la interacción del

consumidor con el espacio digital.

Por último, resaltar que la Sala no logró identificar la exoneración de responsabilidad por parte de Cabify por los hechos de imprudencia del propio consumidor y hecho determinante de tercero, ambas contempladas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que como se ha desarrollado en la jurisprudencia de INDECOPI, los casos de exoneración de responsabilidad contemplados en el art. 104° reproducidos en las cláusulas del proveedor no son consideradas cláusulas abusivas.

Bibliografía

Alcántara Francia, O.A. Los controles de incorporación y de contenido frente a las cláusulas abusivas en el derecho de consumo peruano. Recuperado 12 de mayo de 2022, de

https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/6032/Alcantara_Francia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Alfonso Sánchez, Rosalía (2016). Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social. CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, (88),230-258. Recuperado 13 de mayo de 2022. ISSN: 0213-8093. de:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17449696008>

Alpa, Guido (2008). El derecho de los consumidores: un laboratorio para los juristas. Revista de Derecho Privado, (15),5-26. ISSN: 0123-4366. Recuperado 22 de abril de 2022, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537589001>

Arévalo, J. (2016). El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas en la ley chilena sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Ars Boni et Aequi, 12(2), 181–204. Recuperado 22 de abril de 2022, de

<https://doi.org/10.23854/07192568.2016122arevalo181>

BERNAL FANDIÑO, M. (2019). Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil. Anuario de Derecho Privado 01, 1, 185-214.

<https://doi.org/10.15425/2017.201>

Buenadicha, C., Cañigueral Bagó, A., & de León, I. L. (2017). Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado 22 de abril de 2022, de

<https://doi.org/10.18235/0000707>

Daniela Supo Calderón y Víctor Hugo Bazán Vásquez. (2020). El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor. Revista de Derecho. Volumen 8, N°12, Lima. Pp. 69-94.

De la Serrana, J. I. G. (2022, 8 marzo). Economía colaborativa: qué es, beneficios e inconvenientes. El blog de retos para ser directivo | Desafíos de la Gestión Empresarial. Recuperado 7 de mayo de 2022, de

<https://retos-directivos.eae.es/que-es-la-economia-colaborativa-v-cuales-son-sus-beneficios/>

Fondo Multilateral de Inversiones. (2016). Economía colaborativa en América Latina. IE Business School. Recuperado 22 de abril de 2022, de

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Econom%C3>

[%ADa colaborativa-en-Am%C3%A9rica-Latina.pdf](#)

González Castillo, J. (2011). LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS, EXONERATIVAS O AGRAVANTES DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA CONTRACTUAL. VALIDEZ Y LÍMITES. Revista chilena de derecho, 38(1), 89-100. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372011000100005>

Hansen Henten, A. and Maria Windekilde, I. (2016), "Transaction costs and the sharing economy", info, Vol. 18 No. 1, pp. 1-15. Recuperado 13 de mayo de 2022, de <https://doi.org/10.1108/info-09-2015-0044>

Indira Díaz Lindao. (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. DOAJ: Directory of Open Access Journals - DOAJ.

José Ramón de Verda y Beamonte. (2004). LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL. Revista Chilena De Derecho Privado, 4, 33-80.

Morville, P., & Rosenfeld, L. (2006). Information Architecture for the World Wide Web (3.a ed.). Simon St. Laurent. Recuperado 26 de junio de 2022, de <https://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/courses/fall2010/bbv607/IAWWW.pdf>

Molano, M. J., Masse, F., & Ruiz, Ó. (2018, 17 octubre). Una mirada a los beneficios y oportunidades de la Economía Colaborativa. Instituto Mexicano para la Competitividad. Recuperado 22 de abril de 2022, de https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2019/11/AQuickAnalysis-ESPA%C3%91OLNew_Final.pdf

Pereyra Zabala, G. (2019). Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo (análisis a la luz de la Ley 24.240). Anuario de Derecho Civil, 12, 75–96. Recuperado 22 de abril de 2022, de [https://doi.org/10.22529/adc.2017\(12\)03](https://doi.org/10.22529/adc.2017(12)03)

Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. Revista de Derecho Privado, 29, 141–182. Recuperado 26 de junio de 2022, de <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07>

Ricardo Maguiña Pardo y Alex sosa Huapaya. (2010). “El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja usted. Revista de la competencia y la Propiedad intelectual N°10.

Rodríguez Chávez, R. Y. (s. f.). Vista de Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas. Poder Judicial. Recuperado 12 de mayo de 2022, de <https://revistas.pi.gob.pe/revista/index.php/ropi/article/view/284/334>

Sosa, A. (2018). Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción. Foro Jurídico, 17, 21–46.

Salazar Muñoz, M. (2011). ¡La Casa se Respeta! El Mercado Inmobiliario según el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Revista De Derecho Administrativo, (10), 163- 173. Recuperado 26 de junio de 2022, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13686>

Valderrama, F. J. (2017). Estudios de derecho del consumo (Ley 1480 de 2011): Conceptos básicos, garantías, publicidad y cláusulas abusivas. Universidad de La Sabana.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE
LIMA SUR N° 3

PROCEDIMIENTO : DE OFICIO

DENUNCIADA : MAXI MOBILITY PERÚ S.A.C.

MATERIAS : IDONEIDAD DEL SERVICIO
CLÁUSULAS ABUSIVAS

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE TRANSPORTE POR VÍA TERRESTRE

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado, que halló responsable a Maxi Mobility Perú S.A.C., por infracción del artículo 19° del Código de Protección y Defensa de Consumidor; al haber quedado acreditado que no adoptó las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los consumidores que utilizaban el servicio prestado a través de su plataforma virtual. Esto por cuanto, se esperaba el cumplimiento adecuado del procedimiento de selección de conductores, afiliados a la plataforma por medio de la cual se solicitaba un servicio de transporte.*

Asimismo, se confirma la decisión apelada en el extremo que halló responsable a Maxi Mobility Perú S.A.C., por infracción del literal a) del artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, puesto que incluyó en sus "Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)" cláusulas abusivas contenidas en los numerales 2, 3 y 8, conforme al siguiente detalle:

"2. Contenidos

(...) Maxi Mobility no garantiza que los Contenidos proporcionados a través de la Aplicación y/o Sitio Web serán en todo caso correctos, completos o actualizados.

3 Acceso y uso

(...) Maxi Mobility no será en ningún caso responsable del uso que el Usuario y/o terceros pudieran hacer de la Aplicación y/o Sitio Web ni de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del mismo.

8. Exclusión de garantías y responsabilidad

Maxi Mobility no garantiza la disponibilidad y continuidad del funcionamiento de la Aplicación y/o Sitio Web. En consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso responsable por cualesquiera daños y perjuicios que puedan derivarse de (i) la falta de disponibilidad o accesibilidad a la Aplicación y/o Sitio Web; (ii) la interrupción en el funcionamiento de la Aplicación y/o Sitio Web o fallos informáticos, (...) o en otros sistemas electrónicos, producidos en el curso de su funcionamiento; (...).

Maxi Mobility no garantiza la ausencia de virus ni de otros elementos en la Aplicación y/o Sitio Web introducidos por terceros ajenos a Maxi Mobility que puedan producir alteraciones en los sistemas físicos o lógicos del Usuario o en los documentos electrónicos y ficheros almacenados en sus sistemas. En

M-SPC-13/1B 1/36



consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso responsable de cualesquiera daños y perjuicios de toda naturaleza que pudieran derivarse de la presencia de virus u otros elementos que puedan producir alteraciones en los sistemas físicos o lógicos, documentos electrónicos o ficheros del Usuario. Maxi Mobility adopta diversas medidas de protección para proteger la Aplicación y/o Sitio Web y los contenidos contra ataques informáticos de terceros. No obstante, Maxi Mobility no garantiza que terceros no autorizados no puedan conocer las condiciones, características y circunstancias en las cuales el Usuario accede a la Aplicación y/o Sitio Web. En consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso responsable de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho acceso no autorizado.”

Ello, al haberse verificado que las cláusulas antes transcritas exoneraban de toda responsabilidad a la denunciada respecto de inconvenientes con la aplicación o página web, por anticipado y en todos los casos, aun cuando podrían haber supuestos en los cuales tendría el deber de responder; evidenciándose un actuar contrario a las exigencias de la buena fe. De este modo, colocaban al consumidor en una situación de desventaja, puesto que en dichos supuestos este se vería perjudicado por un actuar negligente de la empresa, pese a lo cual tendría que asumir los riesgos y costos correspondientes.

SANCIONES:

120,71 UIT - por infracción del artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

23,8 UIT - por infracción del literal a) del artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Lima, 18 de noviembre de 2019

ANTECEDENTES

1. En el marco de las acciones de supervisión y fiscalización realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión), se encargó¹, mediante correo electrónico de fecha 18 de enero de 2017 y Memorándum 232-2017/CC3 de fecha 25 de mayo de 2017, a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Indecopi (en adelante, la GSF) realizar acciones de supervisión a las empresas de comercio electrónico que brindan sus bienes y/o servicios a través de aplicaciones de software (Apps) digitales, entre los que se encontraba Maxi Mobility Perú S.A.C.²(en adelante, Maxi Mobility), a

¹ Este encargo fue ampliado mediante correo electrónico de fecha 7 de setiembre de 2017.

² RUC 20548704261. Domicilio fiscal: calle Elías Aguirre 605, interior 901 (altura de la cuadra 6 de Angamos Oeste), distrito de Miraflores, provincia y departamento Lima. (fuente: <https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/icrS00Alias>)

M-SPC-13/1B 2/36



fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código).

2. En base a las conclusiones emitidas por la GSF en su Informe 758-2018/GSF, mediante Resolución 1 del 10 de octubre de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de Maxi Mobility, en los siguientes términos:

“PRIMERO: Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de MAXI MOBILITY PERÚ S.A.C., a instancia de la Secretaría Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor N.º 3, por la presunta infracción a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que no habría adoptado las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los consumidores que utilizan el servicio prestado a través de su plataforma virtual.

SEGUNDO: Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de MAXI MOBILITY PERÚ S.A.C., a instancia de la Secretaría Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor N.º 3, por la presunta infracción a lo establecido en el artículo 50 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que habría incluido en las cláusulas segunda, tercera y octava de sus “Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)” disposiciones que podrían calificar como abusivas conforme a lo establecido en el literal a) del mencionado artículo. (...)”

3. Mediante Resolución 4 del 13 de marzo de 2019, se puso en conocimiento de la denunciada el Informe Final de Instrucción 060-2019/CC3-ST (en adelante, el IFI), emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión, otorgándose un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de descargos; los cuales fueron presentados por Maxi Mobility el 26 de marzo de 2019.
4. A través de la Resolución 070-2019/CC3 del 29 de marzo de 2019, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 (en adelante, la Comisión) emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Halló responsable a Maxi Mobility por infracción del artículo 19° del Código, toda vez que no adoptó las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los consumidores que utilizaban el servicio prestado a través de su plataforma virtual; sancionándola con una multa de 146,12 UIT;
 - (ii) halló responsable a Maxi Mobility por infracción del literal a) del artículo 50° del Código, toda vez que incluyó en las cláusulas segunda, tercera y octava de sus “Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)”

M-SPC-13/1B 3/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

- disposiciones que calificaban como abusivas; sancionándola con una multa de 23,8 UIT; y,
- (iii) dispuso la inscripción de Maxi Mobility en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi (en adelante, el RIS).

5. El 6 de mayo de 2019³, Maxi Mobility apeló la Resolución 070-2019/CC3 ante la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) manifestando lo siguiente:

- (i) Prestaba un servicio informativo a conductores que accedían a su plataforma digital, para que estos realizaran el servicio de transporte privado; en ese sentido, la intermediación de carácter digital que empleaba (plataforma digital colaborativa) comprendía una naturaleza distinta a la actividad de transporte privado;
- (ii) la Comisión no especificó el autor de la posición expresada en el numeral 30 de la apelada (donde señalaba que la seguridad era una garantía consustancial al servicio que prestaba), por lo que su contenido era cuestionable; asimismo, dicha postura era inexacta e imprecisa, considerando que no había norma alguna que regule la materia;
- (iii) respecto de la publicidad e información transmitida por Maxi Mobility: (a) la seguridad ofrecida estaba referida a que los pasajeros y conductores estaban identificados y los viajes geolocalizados; (b) contar con conductores de calidad, estaba referido a que contaba con el proceso de selección y afiliación de conductores más riguroso del mercado, en comparación con otras empresas en los años 2017-2018;
- (iv) contrastando lo ofrecido con lo manifestado por la Comisión, se verificaba que la empresa no garantizaba algún tipo de seguridad, sino que calificaba a su servicio como “*La mejor opción*” e informaba que la seguridad de los pasajeros y conductores era prioridad de Cabify (nombre con el cual se conocía su aplicativo);
- (v) no se informaba ni publicitaba el procedimiento de afiliación de conductores que se le requirió en la etapa de fiscalización; razón por la cual nunca se garantizó ni ofreció a los pasajeros los elementos propios del procedimiento de selección y afiliación de conductores (examen psicométrico, revisión de antecedentes policiales, penales y judiciales, récord del conductor, Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -en adelante Soat-). En ese sentido, no se pudo haber defraudado las expectativas de los pasajeros en relación a lo ofrecido por la empresa;
- (vi) la seguridad exigida por la Administración debía interpretarse como una reducción de probabilidades de robo o asalto a bordo, o la minimización de accidentes de tránsito; razón por la cual contaban con una póliza de seguro de responsabilidad civil frente a terceros;

³ Cabe señalar que, este escrito fue presentado sin firma; por lo que fue subsanado el 8 de mayo de 2019, dentro del plazo de dos (2) días hábiles concedido para regularizarlo.

M-SPC-13/1B 4/36



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

- (vii) la seguridad no era el único factor por el cual un consumidor escogería el

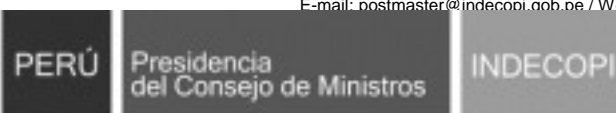
- servicio de la empresa, pues había otros elementos que marcaban la diferencia frente a las demás empresas del sector;
- (viii) tal como se señaló en el numeral 56 de la apelada, la Comisión “opinaba” que la seguridad era el elemento principal que su empresa ofrecía a sus pasajeros; empero, ello debía desvirtuarse pues demostró que la seguridad no era el elemento sustancial de la prestación del servicio que efectuaba, sino que dicho concepto era concebido como la atenuación o reducción de riesgos;
 - (ix) adjuntó documentos con los cuales acreditaba que cumplía con el procedimiento de selección y afiliación de conductores (exámenes psicométricos, récord del conductor⁴ y vigencia del Soat); los cuales no pudo entregar oportunamente debido a que se mudó de local. Asimismo, justificó las razones por las cuales admitió a personas con antecedentes y con infracciones de tránsito (luego de verificar el récord del conductor);
 - (x) respecto de su cláusula segunda de las “Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)”, no podía garantizar que los contenidos proporcionados a través de la web o la *app* fueran correctos, completos o actualizados, pues podrían existir intromisiones de terceros: un conductor podría permitir el acceso de un tercero ajeno a su cuenta, *hackers* que podrían alterar o extraer información;
 - (xi) respecto de sus cláusulas tercera y octava, precisó que su servicio se prestaba con la diligencia ordinaria, pero podían darse casos en los que los usuarios o terceros usaran su plataforma para objetivos ajenos al transporte ordinario y/o para fines ilícitos (por ejemplo, intentar ingresar a sus servidores donde almacenaban información confidencial); por lo que estas cláusulas sólo buscaban advertir a los consumidores de este tipo de supuestos u otros que pudieran surgir;
 - (xii) por consiguiente, su empresa no buscó publicitar términos y condiciones “abusivos”, puesto que podía haber casos donde terceros o los consumidores podrían actuar maliciosamente, los cuales no se podrían evitar por más diligentes que fueran o pese a las previsiones que tomaran;
 - (xiii) sin perjuicio de lo señalado, afirmó que había modificado sus términos y condiciones;
 - (xiv) siendo que no había incurrido en las infracciones imputadas, no cabía cuantificar ni graduar multa alguna; y,
 - (xv) para calcular la sanción por la inclusión de cláusulas abusivas, se omitió considerar si efectivamente hubo daño a los consumidores; siendo que, conforme a los registros de su libro de reclamaciones y correos intercambiados con sus usuarios pasajeros, no existía aplicación de

⁴ Adicionalmente, Maxi Mobility señaló que la búsqueda del récord de los conductores fue parte de su procedimiento a partir del 1 de enero de 2018, más no durante el año 2017.

M-SPC-13/1B 5/36



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

condiciones abusivas en contra de ellos.

6. A través del Proveído 2 del 30 de octubre de 2019, se citó a las partes a una audiencia de informe oral; la cual se realizó el 11 de noviembre de 2019 a las 09:00 horas, con la asistencia del representante de Maxi Mobility.

ANÁLISIS

Sobre el deber de seguridad

(i) Marco legal

7. El artículo 18° del Código⁵ define a la idoneidad de los productos y servicios como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. A su vez, el artículo 19° del Código⁶ indica que el proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos.
8. En ese sentido, los proveedores tienen el deber de brindar los productos y servicios ofrecidos en las condiciones acordadas o en las condiciones que resulten previsibles, atendiendo a la naturaleza y circunstancias que rodean la adquisición del producto o la prestación del servicio, así como a la normatividad que rige su prestación.
9. En concordancia con ello, el artículo 20° del Código⁷ dispone que, para determinar la idoneidad de un producto o servicio, se deberá comparar al

⁵ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 18°.- **Idoneidad.** Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

⁶ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 19°.- **Obligación de los proveedores.** El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

⁷ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 20°.- **Garantías.** Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

M-SPC-13/1B 6/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

mismo con las garantías que el proveedor haya brindado y a las que esté obligado, pudiendo estas ser explícitas (condiciones generales expresamente ofrecidas), implícitas (fines y usos previsibles del producto/servicio según

usos y costumbres del mercado) y legales (cumplimiento de los mandatos legales y las regulaciones vigentes).

10. Por su parte, el artículo 104° del Código⁸ establece que el proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad sobre el producto o servicio determinado y que es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure una ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.
11. El referido supuesto de responsabilidad en la actuación del proveedor le impone a este la carga procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien o servicio colocado en el mercado, debido a la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad. Así, corresponderá al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el producto o servicio vendido, luego de lo cual el proveedor deberá acreditar que dicho defecto no le es imputable.

(ii) Naturaleza del servicio prestado por Maxi Mobility

12. Antes de analizar la responsabilidad de Maxi Mobility por el incumplimiento del artículo 19° del Código, es necesario precisar el tipo de servicio brindado por la denunciada, considerando los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.

b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.

c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsible para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.

⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 104°.- Responsabilidad administrativa del proveedor.** El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.

M-SPC-13/1B 7/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

13. Maxi Mobility señaló que prestaba un servicio informativo a conductores que accedían a su plataforma digital (más conocida como Cabify), para que estos realizaran el servicio de transporte privado; en ese sentido, la intermediación

de carácter digital que empleaba (plataforma digital colaborativa) comprendía una naturaleza distinta a la actividad de transporte privado.

14. Ahora bien, para comprender el funcionamiento de las plataformas colaborativas, es necesario partir por el concepto de la llamada economía compartida o colaborativa (EC), que puede ser descrita como una nueva modalidad de producción e intercambio de bienes y servicios a través de plataformas digitales. Así, *“La EC es un término general con una serie de significados, a menudo utilizados para describir la actividad económica y social que implica, en la mayoría de los casos, transacciones en línea. Originalmente nacido de la comunidad de código abierto para referirse a la compartición entre pares de acceso a bienes y servicios, el término se utiliza a veces en un sentido más amplio para describir cualquier transacción de venta que se realiza a través del mercado en línea, incluso las que son del negocio al consumidor (B2C, por sus siglas en inglés, business-to-customer) en lugar de P2P”*⁹.

15. En ese sentido,

*“El término «economía colaborativa» se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.”*¹⁰

16. En el caso concreto, se observa que la actividad realizada por la empresa denunciada, conforme la información que obra en el expediente, tenía las siguientes características:

⁹ BUENADICHA SÁNCHEZ, César; CAÑIGUERAL BAGÓ, Albert; DE LEÓN, Ignacio L. *Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo (2017). <http://dx.doi.org/10.18235/0000707>, consultado el 8 de noviembre de 2019.

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, ap. 1, p. 3. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0356&from=ES>, consultado el 8 de noviembre de 2019.

M-SPC-13/1B 8/36

- (i) Era realizada con un ánimo de lucro, en tanto Maxi Mobility cobraba una comisión determinada a los conductores afiliados a su plataforma por cada viaje realizado por un usuario pasajero, conforme lo precisó en su escrito de descargos (6 de diciembre de 2018): *“(…) Cabify presta sus*

servicios informativos con un fin lucrativo, obteniendo a cambio una remuneración (...) cada traslado o “carrera” implica una ganancia para Cabify, pues la misma plataforma digital descuenta un porcentaje del monto cobrado por dicha carrera. Este monto descontado, representa la remuneración que gana Cabify”;

- (ii) establecía la tarifa del servicio de manera previa a su solicitud, conforme se desprendía de la cláusula 2.5 de sus términos y condiciones publicadas en su página web: *“Las tarifas y los gastos de cancelación y compensación, así como sus actualizaciones, están disponibles en todo momento en la Aplicación y/o Sitio Web y están sujetas a posibles modificaciones. Se recomienda al Usuario que acceda periódicamente a la Aplicación y/o el Sitio Web para conocer las tarifas aplicables en cada momento”*¹¹;
- (iii) recibía los pagos de los usuarios, quienes solo podían cancelar con tarjeta de crédito o débito; tal como precisó Maxi Mobility en la cláusula 2.5 de sus términos y condiciones publicadas en su página web: *“Las tarifas aplicables al servicio serán cobradas por Maxi Mobility de forma automática, una vez finalizado el desplazamiento, a través de los datos de la tarjeta de crédito facilitados por el Usuario en el Formulario de Registro (...) Los cargos realizados en tarjetas de crédito o débito emitidas en Perú que el cliente configure como pago en Nuevos Soles (PEN), se le solicitarán al banco emisor que se realicen en Nuevos Soles (PEN) (...)”*¹²;
- (iv) determinaba el conductor que trasladaría al usuario pasajero que solicitaba el servicio de transporte a través de su aplicativo, conforme fue reconocido en su escrito del 15 de setiembre de 2017: *“1. El cliente contrata a través de la aplicación móvil de Cabify el servicio de taxi, para lo cual Cabify le asigna, de acuerdo a la ubicación del mismo, un determinado chofer para que lo transporte”*¹³;
- (v) ejercía cierto nivel de control sobre los prestadores del servicio de transporte, puesto que integraba a sus conductores a la plataforma luego de una evaluación¹⁴, e incluso tomaban en consideración los reclamos o

¹¹ Información ratificada por Maxi Mobility en su escrito del 15 de setiembre de 2017 (foja 50 del expediente). ¹²

Información ratificada por Maxi Mobility en su escrito del 15 de setiembre de 2017 (fojas 50 y 52 del expediente). ¹³ Foja 46 del expediente.

¹⁴ Conforme señaló en su escrito del 15 de setiembre de 2017 (fojas 46 y 47 del expediente).

M-SPC-13/1B 9/36



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

comentarios presentados por los usuarios pasajeros a fin de evaluar la permanencia de un usuario conductor en su empresa¹⁵; y,

- (vi) ejecutaba acciones que no se agotaban en contactar al usuario pasajero y al conductor, sino que se extendían incluso hasta la finalización del

servicio de transporte; en tanto debía cerciorarse de que finalizara el desplazamiento para efectuar el cobro al usuario pasajero, e incluso emitía boleta o factura electrónica al cliente, según lo que hubiera solicitado el cliente en sus preferencias de cobro¹⁶.

17. Como puede verse, la actividad económica realizada por la administrada en el contexto de este modelo de economía colaborativa puede ser considerada como un servicio de interconexión de usuarios; dado que la actividad de Maxi Mobility consiste en proporcionar a los consumidores acceso al servicio de transporte privado brindado por sus conductores afiliados, a través de una plataforma tecnológica que simplifica las transacciones, actuando como una intermediaria entre dos (2) sujetos.
18. Empero, no debe olvidarse también que, la empresa denunciada contaba con ciertas facultades de control sobre el servicio de transporte brindado y los conductores, justamente en aras de promover la mayor afluencia de usuarios desde ambos lados de su plataforma (usuarios conductores y usuarios pasajeros, en palabras de la denunciada), puesto que garantizar un servicio de calidad incrementaría la confianza que los potenciales consumidores estarían dispuestos a depositar en plataformas como la de la denunciada; acrecentando los efectos de red y los beneficios de los participantes. Esto denota, a su vez, que Maxi Mobility no se limitaba a ser un mero intermediario entre conductores y pasajeros, pues tenía una labor activa en el marco de la relación entablada entre dichas partes (prestación del servicio de transporte); siendo dicha influencia más marcada del lado de los conductores.
19. Desde ese punto de vista, y teniendo claro que Maxi Mobility actuaba en el mercado como un prestador de servicios, es claro que, aun cuando no existía una norma que regulara específicamente a plataformas digitales como la suya, debía cumplir con las obligaciones que el Código establece para todo proveedor, de cara a los consumidores de su servicio; que eran las personas que solicitaban los viajes a través del aplicativo (pasajeros).

(iii) Sobre la responsabilidad de Maxi Mobility

20. Conforme se expuso en líneas anteriores, el contenido del deber de idoneidad cuyo incumplimiento fue atribuido a Maxi Mobility, estuvo representado por las

¹⁵ Información brindada por Maxi Mobility durante la diligencia de inspección, realizada por un representante de la GSF el 5 de febrero de 2018 (foja 126 del expediente).

¹⁶ Conforme señaló en su escrito del 15 de setiembre de 2017 (foja 46 del expediente).
M-SPC-13/1B 10/36

medidas que adoptaba para garantizar la seguridad de los consumidores que utilizaban el servicio brindado a través de su plataforma virtual; estimándose que dichas medidas se concretizaban en el debido cumplimiento de su procedimiento de selección de conductores.

21. Previamente, es preciso señalar que, aun cuando no existe una norma legal que regule las actividades de empresas como Maxi Mobility, esto no significa que esta se encontrara exenta de cumplir con las normas de protección al consumidor; dado que, en su calidad de proveedor, debía brindar un servicio idóneo y de calidad, cumpliendo en especial con las condiciones informadas a sus usuarios a través de su página web y aplicativo.
22. Asimismo, tampoco se puede perder de vista que, incluso el artículo 25° del Código, obliga a Maxi Mobility -como a cualquier otro proveedor- a no exponer a sus consumidores -que, en este caso, son sus usuarios pasajeros- a un riesgo injustificado o inadvertido para su salud, su seguridad o la de sus bienes, mediante de la prestación de los servicios que oferta en el mercado.
23. Cabe resaltar que, el concepto de riesgo injustificado señalado en el artículo 25° del Código no se encuentra relacionado al peligro intrínseco que, por su propia naturaleza, pueda tener un determinado grupo de bienes y/o servicios, sino al riesgo configurado por una serie de acciones y/u omisiones atribuibles a la esfera del proveedor al momento de comercializar un producto o prestar un servicio, teniendo como consecuencia una potencial afectación a la seguridad y salud de los consumidores.
24. En efecto, es necesario tener presente que, el papel del intermediario (Maxi Mobility) es determinante para conectar a un pasajero con los conductores que aquel pone a su disposición; siendo que, de no ser por la empresa denunciada, ambas partes no podrían contactarse y por tanto, tampoco se ejecutaría la prestación del servicio de transporte privado.
25. Cabe señalar que, en este caso, Maxi Mobility no ha desconocido haber ofrecido “seguridad” a sus consumidores, mas sí ha cuestionado el contenido y alcances de dicho ofrecimiento.
26. En ese sentido, aun cuando en uno de sus argumentos señaló que no garantizaba algún tipo de seguridad, sino que solamente calificaba a su servicio como “*La mejor opción*” e informaba que la seguridad de los pasajeros y conductores era prioridad de Cabify (nombre con el cual se conocía su aplicativo), lo cierto es que Maxi Mobility sí ofreció a sus pasajeros brindarles seguridad al momento de transportarse con los conductores que escogían a través de la aplicación. Esto se evidencia de lo siguiente:

M-SPC-13/1B 11/36



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

- A. Las capturas agregadas por la GSF al expediente de fiscalización en fecha 15 de agosto de 2017, respecto de la publicidad colocada en su página web principal (<https://cabify.com/es-ES>), en las cuales se aprecian las frases “*Viaja seguro. Conductores elegidos uno a uno y con la formación necesaria*”. Asimismo, en la página web correspondiente a Lima, Perú (<https://cabify.com/es/peru/lima>), se afirmó que “*En cualquier*

parte de Lima, Cabify es tu auto privado con chofer para viajar rápido, seguro y con las mejores tarifas". (Subrayado agregado)

- B. La publicidad contenida en la página web <https://cabify.com/es/peru/lima>, constatada al emitirse el IFI (13 de marzo de 2019), oportunidad en la cual se constató la exhibición de frases como *"Tu seguridad es nuestra prioridad. Para que te muevas sin preocupaciones, todos nuestros viajes están geolocalizados y tanto los pasajeros como los conductores están identificados", "Tu seguridad, nuestro compromiso. Cada detalle que forma parte de nuestro servicio se ha creado teniendo en cuenta tu seguridad", "Conductores de calidad. Tenemos el proceso de selección de conductores más riguroso del mercado. Trabajamos solo con los mejores". (Subrayado agregado)*
- C. Las declaraciones de la administrada a lo largo del procedimiento, contenidas en sus escritos del 15 de setiembre de 2017 (*"nuestra empresa ha adoptado medidas de seguridad necesarias para velar por la integridad y seguridad de nuestros usuarios", "hemos tomado la iniciativa de implementar una serie de medidas para velar por la seguridad de los usuarios finales"*) y 12 de febrero de 2018 (*"los requerimientos que forman parte del procedimiento de afiliación de socios conductores responde a una política empresarial que busca garantizar la seguridad de los usuarios de la plataforma, para evitar que se contacten con socios conductores que puedan representar algún peligro para su integridad, por ello, la importancia de verificar sus antecedentes penales, policiales y judiciales"*).
27. Por otro lado, Maxi Mobility alegó -respecto de la publicidad consignada en su página web- que, contar con conductores de calidad, solo estaba referido a que contaba con el proceso de selección y afiliación de conductores más riguroso del mercado, en comparación con otras empresas en los años 2017 y 2018.
28. Al respecto, dicho argumento de la denunciada solo ratifica que sí ofreció expresamente a sus consumidores la aplicación de un procedimiento de selección, que incluso tenía un nivel de exhaustividad mucho mayor que el resto de las empresas. Adicionalmente, al relacionar el procedimiento con la calidad del servicio, se entiende que dicha condición se encontraba orientada

M-SPC-13/1B 12/36



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

- a procurar el bienestar del usuario pasajero, puesto que finalmente era él quien pagaba por el servicio prestado (respecto del cual Maxi Mobility cobraba un porcentaje al conductor por el uso de su plataforma).
29. Por ello, se entiende que el procedimiento de selección de conductores se encontraba estrechamente relacionado a la garantía de seguridad ofrecida por Maxi Mobility; puesto que a través de aquel se podía evitar que aquellas

personas que representaran un riesgo para los consumidores fueran afiliados. A su vez, dicha medida posibilitaba la reducción de experiencias negativas que disuadieran a los pasajeros de contratar a través de la plataforma.

30. Otro argumento de apelación de Maxi Mobility estuvo referido a que no informaba ni publicitaba el procedimiento de afiliación de conductores que se le requirió en la etapa de fiscalización (examen psicométrico, revisión de antecedentes -policiales, penales y judiciales-, récord del conductor y Soat); razón por la cual nunca garantizó ni ofreció a los pasajeros los elementos propios de dicho procedimiento. En ese sentido, afirmó, no se pudo haber defraudado las expectativas de los pasajeros en relación a lo ofrecido por la empresa.
31. Al respecto, como antes se ha desarrollado, cabe recordar que la empresa denunciada se comprometió ante sus usuarios a ejecutar un procedimiento de selección de conductores. En ese sentido, es razonable estimar que, conforme a la información brindada por Maxi Mobility en su página web, un consumidor común entendería que el hecho de “aplicar un riguroso procedimiento de selección” implicaría revisar exhaustivamente diversa información y en función a ello filtrar a los conductores más idóneos, eligiendo solamente a aquellos que no pusieran en riesgo su integridad.
32. Dentro de dicho marco, el consumidor estimaría necesario que la empresa verificara que sus conductores cumplieran requisitos mínimos para transportar a otra persona, tales como contar con licencia de conducir y Soat vigente, por ejemplo; además del resto de condiciones que dieran cuenta de que, la persona finalmente afiliada a la plataforma y con la cual contrataba, no tuviera en su historial de conducta algún antecedente que perjudicara su desempeño como conductor o que diera cuenta de un posible riesgo para su integridad o la de sus bienes.
33. Por consiguiente, y atendiendo a las condiciones ofrecidas por Maxi Mobility, las expectativas de cualquier consumidor se encontraban en función de lo que, en este caso, ofrecía la empresa; conforme a las cuales dicho pasajero entendería que solo debían asignársele conductores que no contaran con antecedente alguno que represente un riesgo para su seguridad, ya sea por la presencia de antecedentes negativos sobre su conducta o manejo.

M-SPC-13/1B 13/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

34. Sobre el particular, la denunciada informó en el transcurso del procedimiento¹⁷ que su procedimiento de afiliación de conductores incluía:
 - (i) El registro de sus datos en la página web;
 - (ii) charla informativa, donde se comentaba el servicio que se ofrecía a los usuarios;
 - (iii) aplicación de un examen psicométrico en las instalaciones de la empresa,

- para evaluar si el perfil de comportamiento del candidato era acorde al puntaje mínimo requerido en dicho perfil;
- (iv) evaluación de antecedentes policiales, penales y judiciales, además del récord del conductor;
 - (v) inspección vehicular, a efectos de corroborar que el vehículo se encontrara en buenas condiciones y contara con los documentos necesarios para prestar el servicio, tales como breveté, tarjeta de propiedad y certificado del Soat. En caso el conductor no contara con vehículo propio, podía usar el vehículo registrado por otro usuario conductor, verificándose previamente que el mismo cuente con la tarjeta de propiedad y el certificado del Soat; y,
 - (vi) luego de verificar que el conductor aprobara su examen psicométrico, no registrara antecedentes penales, policiales ni judiciales y que su vehículo estuviera en óptimas condiciones, se le invitaba a pasar a la “Charla de protocolos y uso de App”, donde se informaba: los protocolos de atención a los usuarios pasajeros, detalles del uso de la aplicación y modalidades de cobranza, así como la firma del contrato y activación de su código en la plataforma, para que partir de ese momento pueda utilizar su aplicación como socio conductor.
35. En ese sentido, se observa que aun cuando el procedimiento de selección establecido por Maxi Mobility se ajustaría a las expectativas que generó en sus usuarios pasajeros (garantizar su seguridad), lo cierto es que dichas acciones debían ser cumplidas; razón por la cual la GSF solicitó a la denunciada que acreditara dicho cumplimiento, hallando observaciones que posteriormente fueron ratificadas por la primera instancia.
36. Por consiguiente, aun cuando los detalles del procedimiento de selección no hubieran sido publicitados (esto es, los pasos que seguía la empresa para afiliarse a sus conductores), lo cierto es que sí se informó a los pasajeros sobre la aplicación de un filtro de selección “riguroso”.
37. En ese sentido, es lícito exigir, como parte de la idoneidad del servicio, el cumplimiento de las medidas de seguridad ofrecidas por el proveedor a sus

¹⁷ Información contenida en el Acta de Inspección del 5 de febrero de 2018, y escrito del 20 de febrero de 2018 (fojas 126 y 143 del expediente, respectivamente).

M-SPC-13/1B 14/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

consumidores, a través de la selección de los conductores que realizarían el traslado de los pasajeros. En dicho entender, y contrariamente a lo señalado por Maxi Mobility, de no haberse cumplido adecuadamente con el procedimiento aludido, sí se habrían defraudado las expectativas de sus usuarios pasajeros.

38. Conforme se ha expresado, queda claro que Maxi Mobility debía responder por la expectativa generada en sus consumidores respecto de las medidas

adoptadas para garantizar su seguridad, reflejadas, en este caso, en el cumplimiento óptimo de su procedimiento de selección de conductores para afiliarlos en la plataforma.

Sobre el contenido de la seguridad ofrecida desde la perspectiva de Maxi Mobility

39. Otros argumentos que Maxi Mobility señaló en su apelación, estuvieron referidos a que la seguridad ofrecida por su empresa: (a) estaba referida a que los pasajeros y conductores estaban identificados y los viajes geolocalizados; y, (b) debía interpretarse como una reducción de probabilidades de robo o asalto a bordo, o la minimización de accidentes de tránsito; razón por la cual contaba con una póliza de seguro de responsabilidad civil frente a terceros.
40. Sobre el particular, es necesario reiterar lo manifestado en los numerales 31 a 33 de este pronunciamiento, conforme a los cuales se ha sustentado que, al recibir información como la publicitada en la página web respecto del “*proceso de selección de conductores más riguroso del mercado*”, un consumidor común entendería que el hecho de seleccionar a los conductores implicaría elegir a aquellas personas que no tuvieran algún tipo de antecedente que comprometiera su seguridad e integridad; más aún si dicha selección fue vinculada a la calidad del servicio brindado por Maxi Mobility.
41. En este punto, conviene recordar que Maxi Mobility sí informó a los pasajeros, en su oportunidad, que los conductores registrados pasaban por un procedimiento de selección para garantizar la calidad del servicio prestado, en base al cual se definía quienes serían afiliados a la plataforma.
42. De este modo, aun cuando Maxi Mobility afirme que la seguridad ofrecida se restringía a las condiciones descritas en el anterior numeral 39, lo cierto es que el contenido de dicha garantía estaba vinculada esencialmente al cumplimiento de un filtro de selección de conductores; atendiendo a la información proporcionada en su página web y lo que cualquier consumidor entendería de dicho ofrecimiento.

M-SPC-13/1B 15/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

43. Por ello, más allá de que la administrada hubiera cumplido con otras condiciones que decía brindar a sus usuarios pasajeros, lo cierto es que también debía velar por la ejecución correcta de su procedimiento de selección de conductores, atendiendo a que ello había sido contemplado como una garantía de seguridad, vinculada a la idoneidad su servicio.
44. Por otro lado, aun cuando la seguridad no fuera el único factor por el cual un consumidor escogería el servicio de Maxi Mobility, conforme esta alegó, se ha verificado que dicha denunciada ofreció seguridad a sus usuarios pasajeros,

además de la aplicación de un riguroso procedimiento de selección de conductores; siendo suficiente la comprobación de dicha garantía explícita para determinar que Maxi Mobility tenía la obligación de ejecutar un procedimiento de selección de conductores adecuado.

Sobre el cumplimiento del procedimiento de selección de conductores

45. Ahora bien, no es un hecho controvertido que la empresa denunciada inscribió en su plataforma virtual, conductores con observaciones de diversa índole; situación que evidenciaba la aplicación deficiente del procedimiento de selección de conductores por parte de Maxi Mobility.
46. El detalle de las observaciones se encuentra resumido en los siguientes cuadros, elaborados en base al “Anexo 1” de la Resolución 070-2019/CC3:

Cuadro 1: Conductores observados

N° ¹⁸	Fecha Afiliación	Psicométrico	Antecedentes y detalle	Récord conductor	Soat	Cuenta con al menos una observación
23	21/04/2017	Remitido	Observado - Maltrato Psicológico con archivo	No existe registro previo a junio	Presentado	Sí
24	22/04/2017	Remitido	Sin observación	No existe registro previo a junio	Sin Soat verificado	Sí
28	26/04/2017	Remitido	Sin observación	No existe registro previo a junio	Sin Soat verificado	Sí
34	27/04/2017	Remitido	Sin observación	No existe registro previo a junio	Sin Soat verificado	Sí
36	29/04/2017	Remitido	Sin observación	No existe registro previo a junio	Sin Soat verificado	Sí
47	08/05/2017	Remitido	Sin observación	No existe registro previo a junio	Sin Soat verificado	Sí
49	09/05/2017	Faltante	Observado – No se especifica	No existe registro previo a junio	Presentado	Sí
59	19/05/2017	Faltante	Sin observación	No existe registro previo a junio	Presentado	Sí

¹⁸ Número con el que ha sido identificado en la muestra.

M-SPC-13/1B 16/36

observación No existe registro previo a junio **Sin Soat**verificado **Sí**

70	20/05/2017	Remitido	Sin observación	No existe registro previo a junio	Sin Soat verificado	Sí
73	12/05/2017	Faltante	Sin observación	No existe registro previo a junio	Presentado	Sí
74	22/05/2017	Remitido	Sin observación	No existe registro previo a junio	Sin Soat verificado	Sí
101	13/06/2017	Remitido	Sin observación	Con falta de tránsito grave	Presentado	Sí
103	14/06/2017	Remitido	Sin observación	Con falta de tránsito grave	Sin Soat verificado	Sí
102	13/06/2017	Remitido	Sin observación	Omisión en presentación	Presentado	Sí
110	19/06/2017	Remitido	Sin observación	Omisión en presentación	Sin Soat verificado	Sí
115	22/06/2017	Remitido	Sin observación	Con falta de tránsito grave	Presentado	Sí
116	22/06/2017	Remitido	Sin observación	Con falta de tránsito grave	Presentado	Sí
118	23/06/2017	Remitido	Observado – No se especifica	Omisión en presentación	Sin Soat verificado	Sí
119	26/06/2017	Remitido	Sin observación	Con falta de tránsito grave	Presentado	Sí
121	27/06/2017	Remitido	Sin observación	Con falta de tránsito grave	Presentado	Sí
124	28/06/2017	Remitido	Sin observación	Con falta de tránsito grave	Presentado	Sí
125	29/06/2017	Remitido	Sin observación	Con falta de tránsito grave	Presentado	Sí

Cuadro 2: Conductores con infracciones de tránsito

Nº ¹⁹	Infracciones de tránsito ²⁰
101	- Grave por no respetar zona prohibida para estacionar. G40
103	- Grave por estacionar en lugar que afecte la operatividad del servicio de transporte público de pasajeros o carga. G47 - Grave por no respetar las señales que rigen el tránsito. G57
115	- Grave por usar móvil conduciendo o conducir sin manos en el volante. G18
116	- Grave por conducir vehículo con características modificadas. G64
119	- Grave por incumplir disposiciones en el uso de vía rápidas. G10 - Grave por no mantener distancia suficiente con el vehículo mientras se desplaza. G05
121	- Grave por no respetar zona prohibida para estacionar. G40

124	- Grave por conducir en ciclovías. G32 - Grave por conducir sin casco. G59 - El reporte indica que no tiene licencia de conducir
125	- Muy grave por conducir sin SOAT. M28 - Grave Conducir sin SOAT o que el SOAT no pertenezca a su vehículo G25

47. Sobre el particular, Maxi Mobility señaló en su recurso de apelación que:

¹⁹ Número con el que ha sido identificado en la muestra.

²⁰ Código de la infracción de tránsito.

M-SPC-13/1B 17/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

- (i) Acreditaba que cumplía con el procedimiento de selección, presentando los documentos que faltaban respecto de los conductores identificados en la muestra con los números 24, 28, 34, 36, 47, 49, 59, 60, 70, 73, 74, 102, 103, 110 y 118: exámenes psicométricos, vigencia del Soat y el récord del conductor²¹ al momento de la afiliación; los cuales no pudo entregar oportunamente debido a que se mudó de local;
- (ii) respecto de las personas que figuraban en el rubro “antecedentes” como observados, señaló que los identificados en la muestra con los números 49 y 118 debieron tener antecedentes policiales, sin que hubiera progresado al ámbito fiscal, judicial o penitenciario; y que la persona que aparecía con la observación “maltrato psicológico con archivo” (número 23 en la muestra), si bien estuvo incluida en el atestado policial de una denuncia por la razón señalada, esta se había archivado a nivel de fiscalía. Agregó que, las tres (3) personas observadas, actualmente aparecían sin antecedentes, conforme la búsqueda de antecedentes policiales, penales y judiciales realizada por la empresa Arhu;
- (iii) en relación a los conductores observados respecto de su récord, señaló que, si bien los identificados en la muestra con los números 101, 103, 115, 116, 119 y 121 aparecían con faltas de tránsito graves, dichas infracciones podían ser impugnadas; siendo que lo evaluado por la empresa era si el antecedente implicaba un riesgo de conducción o similar que afectara a la seguridad de los pasajeros, lo cual no se había verificado en el caso de los conductores señalados; y,
- (iv) las personas identificadas en la muestra con los números 124 y 125 no debían formar parte de la fiscalización formulada por la Administración, en tanto no eran conductores de automóvil, sino mas bien de motocicleta; siendo que dichas personas prestaban el servicio de traslado de sobres y paquetes (“Courier”), dado de baja por la empresa en el mes de abril del año 2018.

48. Respecto de las personas identificadas en la muestra con los números 124 y

125, se observa que: (i) conforme a los documentos anexados al recurso de apelación (capturas de pantalla), los aludidos se encuentran inscritos bajo el rubro “*Delivery Comida*”; y, (ii) de la revisión del certificado del Soat correspondiente a dichas personas²² (presentado el 24 de enero de 2018), se observa que los documentos corresponden a vehículos de categoría L3, clase “motocicleta”. En ese sentido, se verifica la justificación alegada por Maxi Mobility respecto de estas dos (2) personas, por lo que quedan excluidas a efectos de evaluar el cumplimiento del procedimiento de selección de conductores.

²¹ Adicionalmente, Maxi Mobility señaló que la búsqueda del récord de los conductores fue parte de su procedimiento a partir del 1 de enero de 2018, más no durante el año 2017.

²² Información contenida en el Disco Compacto a fojas 154 del expediente. M-SPC-13/1B 18/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

49. En relación a los exámenes psicométricos que no fueron presentados oportunamente, se aprecia que, en efecto, la denunciada logró acreditar que los conductores identificados en la muestra con los números 49, 59 y 73 habían rendido los respectivos exámenes psicométricos durante su afiliación, obteniendo como resultado “apto”. Esto se desprende de los documentos anexados al recurso de apelación, en los cuales se consigna como fecha de emisión los meses de noviembre y diciembre de 2016; esto es, un periodo anterior al de su afiliación. En ese sentido, se aprecia la verificación del citado requisito observado por la primera instancia, por lo que dicha objeción queda sin efecto.
50. Respecto de los demás puntos, debe recordarse que, en el marco de las investigaciones realizadas por la GSF -al amparo del encargo realizado oportunamente por la Secretaría Técnica de la Comisión-, se requirió²³ a Maxi Mobility que, entre otros, informara el detalle de su procedimiento de afiliación de conductores y los requisitos que exigía para ello, además de la relación de conductores afiliados a su aplicativo para el servicio de traslado de pasajeros, en el periodo comprendido entre abril y junio de 2017.
51. Así, partir de la información proporcionada por la denunciada a través de su escrito del 15 de setiembre de 2017, la GSF seleccionó un conjunto de ciento veinticinco (125) conductores como muestra representativa del total de afiliados a la plataforma²⁴, a través de la Carta 1659-2017/INDECOPI-GSF del 10 de noviembre de 2017; donde requirió respecto de estos, además de otros datos, la remisión de los documentos que acreditaran, respecto del procedimiento de selección y a la fecha de cada etapa: (i) los resultados del examen psicométrico; (ii) que los conductores no contaran con antecedentes policiales, penales y judiciales; (iii) récord del conductor; y, (iv) que el conductor haya acreditado contar con el Soat vigente.
52. En ese sentido, en la etapa de investigación se requirió a Maxi Mobility que acreditara la verificación de los requisitos exigidos a cada usuario conductor; pese a lo cual, no adjuntó documento alguno -ni siquiera ante la primera

instancia- que acreditara la verificación del récord del conductor y la vigencia del Soat respecto de algunos conductores afiliados a la plataforma²⁵, durante el periodo abril a junio de 2017.

53. Además de lo anteriormente manifestado, se observa que los documentos presentados recientemente ante esta instancia, no generan convicción en el

²³ A través de la Carta 1197-2017/INDECOPI-GSF del 15 de agosto de 2017.

²⁴ Obtenida de acuerdo a la metodología contenida en la Norma Técnica Peruana (NTP) ISO 2859-1, "Procedimiento de muestreo para inspección por tributos", conforme se expresó en la Carta 1659-2017/INDECOPI-GSF.

²⁵ Números 102, 110 y 118 - 24, 28, 34, 36, 47, 60, 70, 74, 103, 110 y 118 de la muestra, respectivamente.

M-SPC-13/1B 19/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

Colegiado respecto de que, a la fecha de afiliación de los conductores observados, Maxi Mobility hubiera cumplido adecuadamente con el procedimiento de selección, dado que:

- (i) Respecto de la verificación del récord de los conductores identificados en la muestra con los números 102, 110 y 118: (a) contrario a lo expresado por Maxi Mobility, se observa que dicho requisito sí fue parte de su procedimiento de selección desde el mes de junio de 2017; puesto que ello fue ratificado en la diligencia de inspección realizada el 5 de febrero de 2018; y, (b) los documentos adjuntados al recurso de apelación no corresponden a la fecha de afiliación de los citados conductores (junio de 2017), pues registran fechas posteriores: meses de diciembre de 2018²⁶ (RA-2018Dec) y abril de 2019²⁷ (RA-2019Apr). En ese sentido, aun cuando en base a una búsqueda reciente se alegue que dichos conductores no tuvieron infracciones de tránsito al momento de su afiliación, lo cierto es que la denunciada no acreditó haber cumplido con dicha verificación en su oportunidad;
- (ii) las capturas de pantalla para acreditar que los conductores observados contaban con Soat vigente al momento de su afiliación, corresponden a consultas efectuadas entre los meses de abril y mayo de 2019 en la página web de Apeseg; por lo que no son suficientes para acreditar que, al momento de la afiliación, se cumplió con efectuar la verificación correspondiente o que el certificado Soat hubiera sido requerido al conductor.

54. Por otro lado, sobre las personas que aparecen con la descripción "observado" en el rubro "antecedentes", se observa que la justificación de la denunciada no es coherente con lo que un consumidor entendería respecto del ya evaluado procedimiento de selección de conductores, conforme se describió en el precedente numeral 33.

55. Adicionalmente, debe resaltarse que, las justificaciones expuestas por Maxi Mobility se basan en suposiciones, puesto que no acreditó el tipo de

antecedente que tendría cada uno de los observados ni las razones de dicha anotación; lo cual solo corrobora la premisa de la Comisión, respecto de que la denunciada no ejecutó adecuadamente su procedimiento de selección de conductores. De este modo, las observaciones realizadas a los conductores identificados en la muestra con los números 23, 49 y 118, se mantienen vigentes.

²⁶ Foja 302 del expediente.

²⁷ Fojas 293 y 306 del expediente.

M-SPC-13/1B 20/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

56. Lo anterior cobra mayor relevancia, considerando que Maxi Mobility no efectuó precisión alguna respecto a la admisión de conductores con cierto tipo de antecedentes, por lo que si estimaba pertinente acotar o delimitar los alcances de las condiciones ofrecidas, debía efectuarlo al momento de publicitar las mismas a efectos de que los consumidores tuvieran certeza de los alcances de la garantía de seguridad ofrecida.
57. Cabe señalar que, aun cuando la apelante acreditó que, cuando formuló su recurso de apelación (mayo de 2019), los aludidos conductores no contaban con antecedentes, lo cierto es que la fecha que determinó la comisión de la infracción imputada fue la de afiliación (entre abril y junio de 2017); por lo que es irrelevante que con posterioridad se haya cumplido con verificar dicho requisito.
58. Respecto de los conductores que registraban infracciones de tránsito graves, debe recordarse que la verificación del récord de papeletas del conductor formaba parte de la garantía de seguridad que debía cumplir la denunciada; atendiendo a que la prestación del servicio subyacente exige naturalmente que el conductor no represente un riesgo en cuanto a la actividad de manejo de una unidad vehicular.
59. De este modo, un consumidor asumiría que el conductor puesto a su disposición no contaba con infracciones de tránsito que perjudicaran la prestación de un servicio de seguro y de calidad; más aún si la empresa a través de la cual contrataba el servicio, ofrecía expresamente la aplicación de un riguroso procedimiento de selección de conductores.
60. Por tal motivo, no pueden admitirse las justificaciones presentadas por Maxi Mobility respecto de los conductores que contaban con infracciones de tránsito, subsistiendo así esta observación verificada en primera instancia.
61. Conforme a lo desarrollado, en tanto la denunciada: (i) admitió en su plataforma conductores que contaban con antecedentes²⁸ e infracciones de tránsito graves²⁹; además de no haber acreditado que verificó el récord del conductor³⁰

y la vigencia del Soat³¹ a la fecha de afiliación de los usuarios conductores observados en este rubro, se confirma que no cumplió con adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los pasajeros que usaban su plataforma virtual, conforme a las expectativas generadas por la información transmitida a dichos consumidores. Ello, en tanto se esperaba

²⁸ Tres (3) personas, identificadas en la muestra con los números 23, 49 y 118.

²⁹ Seis (6) personas, identificadas en la muestra con los números 101, 103, 115, 116, 119 y 121. ³⁰

Tres (3) personas, identificadas en la muestra con los números 102, 110 y 118.

³¹ Once (11) personas, identificadas en la muestra con los números 24, 28, 34, 36, 47, 60, 70, 74, 103, 110 y 118.
M-SPC-13/1B 21/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

el cumplimiento adecuado del procedimiento de selección de conductores afiliados a la plataforma por medio de la cual se solicitaba un servicio de transporte privado.

62. Finalmente, si bien la Comisión consideró como “*garantía consustancial al servicio*”, garantizar la seguridad de los consumidores, lo cierto es que Maxi Mobility sí ofreció a los pasajeros (garantía explícita) brindarles seguridad, y les informó que ejecutaba un “riguroso” procedimiento para seleccionar a los conductores que aparecían en su plataforma virtual; agregando la ya descrita interpretación que brindaría un consumidor a la publicidad de Maxi Mobility.

63. Por ello, siendo que en el caso concreto se evaluó la responsabilidad de la denunciada en función a la garantía que expresamente ofreció, carece de objeto pronunciarse sobre los argumentos de la denunciada a través de los cuales cuestionó la aludida “*garantía consustancial al servicio*”, pues ya sea bajo una u otra perspectiva Maxi Mobility estaba obligada de igual manera a garantizar la seguridad de los consumidores.

64. En base a lo argumentado, siendo que el incumplimiento de la garantía de seguridad ofrecida no puede ser reconocida como una conducta regular durante la prestación de un servicio en el mercado, sino más bien se califica como una vulneración a las expectativas de los consumidores que contrataron el servicio; y, además, al no evidenciarse la configuración de una causal que exonere de responsabilidad a la proveedora, queda demostrada la infracción de las disposiciones contenidas en la normativa de protección al consumidor.

65. Por tanto, corresponde confirmar la decisión de primera instancia que halló responsable a Maxi Mobility por infracción del artículo 19° del Código, al haber quedado acreditado que no adoptó las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los consumidores, quienes utilizaban el servicio prestado a través de su plataforma virtual.

Sobre la presunta existencia de cláusulas abusivas

66. El artículo 1°.1 literal c) del Código dispone que los consumidores tienen el

derecho a ser protegidos frente a cláusulas abusivas insertas en los contratos celebrados con los proveedores³².

³² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°.** - **Derechos de los consumidores.** 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

M-SPC-13/1B 22/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

67. El artículo 48° literal c)³³ complementado con el artículo 49° del Código, señala que en los contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles, todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos ³⁴.
68. Es importante resaltar que las cláusulas mencionadas anteriormente son conocidas a nivel doctrinario como cláusulas abusivas o vejatorias. En ese sentido, los proveedores no pueden oponer a los consumidores cláusulas que se encuentren en los contratos de adhesión o en cláusulas generales de contratación que celebren con ellos, catalogadas como abusivas por las normas citadas precedentemente.
69. Al respecto, conviene indicar que, en la dinámica actual del mercado, la contratación masiva se impone como esquema de contratación en las relaciones de consumo, ahorrando numerosos costos de transacción (tal como sucede en el mercado de apuestas deportivas). Esta consiste en la celebración de contratos en serie denominados contratos de adhesión, en los cuales el consumidor como parte adherente (la que no redactó las cláusulas) se limita a aceptar o rechazar los términos contractuales redactados previamente por el proveedor que es la parte predisponente (la que redactó el contrato).
70. Este Colegiado ha señalado -en pronunciamientos anteriores³⁵- que la finalidad de que el ordenamiento tipifique cláusulas abusivas en tal esquema de contratación, responde a que en estos casos los consumidores sólo tienen la libertad de contratar, esto es, la capacidad de elegir con qué proveedor contratan, más no la libertad contractual; es decir, la potestad lícita de establecer el contenido del contrato, la cual está reservada exclusivamente a

³³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 48°.- Requisitos de las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión.** En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos: (...)

c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

³⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 49°.- Definición de cláusulas abusivas.**

49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa. (...).

³⁵ Ver la Resolución 78-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012, la Resolución 1746-2014/SPC-INDECOPI del 28 de mayo de 2014 y la Resolución 2002-2017/SPC-INDECOPI del 20 de junio de 2017.

M-SPC-13/1B 23/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

los proveedores, no existiendo negociación alguna. Así, la ley ha previsto como mecanismo de protección la regulación de cláusulas abusivas, con miras a evitar un eventual desequilibrio significativo en las posiciones asumidas por proveedor y consumidor³⁶.

71. Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se debe tener en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.
72. Tal como se ha visto, el artículo 49° del Código, define el concepto de cláusula abusiva y los criterios para tener en cuenta al momento de su evaluación, siendo importante indicar, adicionalmente, que la lectura de dicho artículo se debe realizar con los artículos 50°³⁷ y 51° de dicho cuerpo normativo, los mismos que enumeran determinados supuestos que permiten identificar los casos en los cuales se configuraría una cláusula abusiva, sea de ineficacia absoluta o relativa.

³⁶ En tal sentido, los autores peruanos especialistas en Derecho Contractual concuerdan en el fundamento de la regulación de las cláusulas abusivas. A modo de ejemplo, puede citarse a De La Puente y Lavalle quien señala en referencia a las cláusulas abusivas enumeradas en el artículo 1398 del Código Civil, que: *"no cabe duda de que la declaración de invalidez de estas estipulaciones, obedece a un propósito de evitar abusos por parte de los preredactantes, protegiéndose así a la parte débil en la negociación contractual (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel "Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor", Themis – Revista de Derecho, Segunda Época, 1995, N° 31, págs. 19 y 20). Por su parte, Espinoza Espinoza indica: "Si bien es cierto los contratos standard son un instrumento tan útil que es imposible eliminarlos, siendo ingenuo pensar que con su eliminación se ofrece una tutela al consumidor, no debemos perder de vista que un adecuado sistema de control de este tipo de contratos podría evitar situaciones que afecten los derechos de los consumidores, así como de otros agentes económicos, en aras de restablecer el equilibrio de la relación contractual con aquellos que predisponen los contratos de adhesión o las cláusulas generales de contratación (...). Es, dentro de este marco conceptual que debemos enfocar a las cláusulas vejatorias".* **ESPINOZA ESPINOZA, Juan**, "Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente", en *Derecho de los Consumidores*, Editorial Rodhas, Lima, 2006. P. 150.

³⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 50°.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta.**

Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

- Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.
- Las que

excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.

f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.

g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.

h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

M-SPC-13/1B 24/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

73. En este orden de ideas, los requisitos para determinar si estamos ante una cláusula abusiva son los siguientes:

(i) Que no haya existido una negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y,

(ii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor.

74. Cabe anotar que esta Sala considera que los requisitos señalados son aplicables tanto a las cláusulas abusivas de ineficacia relativa (reguladas en el artículo 51º), así como a las de ineficacia absoluta (recogidas en el artículo 50º).

75. No obstante, en relación con lo señalado en el último párrafo del artículo 49º.3 del Código³⁸, esto es, que cuando el proveedor afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba, solo es de aplicación para las cláusulas abusivas de ineficacia relativa, toda vez que, si un acuerdo o acto está en contra de las normas que lo califican con nulidad, no cabe pacto en contrario. En ese sentido, no corresponderá invocar lo estipulado en el último párrafo del artículo 49º.3 del Código, para las cláusulas de ineficacia absoluta, tales como aquellas que ponen límites a los derechos de los consumidores, entre otras.

Aplicación al caso en concreto

76. Antes de comenzar con el análisis del tema de fondo, es pertinente recordar que, en el caso concreto, las estipulaciones cuestionadas constituyen cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente; siendo que, con ello, se comprueba el cumplimiento del primer requisito descrito en el numeral 73 de este pronunciamiento.

77. Por su parte, el literal a) del artículo 50º Código, señala que constituyen cláusulas abusivas de ineficacia absoluta aquellas que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.

³⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 49º.- Definición de cláusulas abusivas.**

(...)

49.3 El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba.

M-SPC-13/1B 25/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

78. En el presente caso, se atribuyó a Maxi Mobility la inclusión de cláusulas abusivas en el documento “Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)” dirigido a los usuarios pasajeros; específicamente, las contenidas en los numerales 2, 3 y 8, conforme el texto que se transcribe a continuación:

“2. Contenidos

A través de la aplicación, Maxi Mobility facilita al Usuario un servicio de reservas de vehículos con conductor (en adelante, el “Servicio”). La Aplicación y/o Sitio Web, facilita al Usuario el acceso a diversos contenidos, información y datos proporcionados por Maxi Mobility en relación con el Servicio (en adelante, los “Contenidos”). Maxi Mobility se reserva el derecho a modificar en cualquier momento la presentación, la configuración y ubicación de la Aplicación y/o el Sitio Web, así como las correspondientes condiciones de acceso y uso. Maxi Mobility no garantiza que los Contenidos proporcionados a través de la Aplicación y/o Sitio Web serán en todo caso correctos, completos o actualizados.

3. Acceso y uso

(...) El Usuario reconoce y acepta que el acceso y uso de la Aplicación y/o Sitio Web tiene lugar libre y conscientemente, bajo su exclusiva responsabilidad. Maxi Mobility no será en ningún caso responsable del uso que el Usuario y/o terceros pudieran hacer de la Aplicación y/o Sitio Web ni de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del mismo.

8. Exclusión de garantías y responsabilidad

Maxi Mobility no garantiza la disponibilidad y continuidad del funcionamiento de la Aplicación y/o Sitio Web. En consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso responsable por cualesquiera daños y perjuicios que puedan derivarse de (i) la falta de disponibilidad o accesibilidad a la Aplicación y/o Sitio Web; (ii) la interrupción en el funcionamiento de la Aplicación y/o Sitio Web o fallos informáticos, averías telefónicas, desconexiones, retrasos o bloqueos causados por deficiencias o sobrecargas en las líneas telefónicas, centros de datos, en el sistema de Internet o en otros sistemas electrónicos, producidos en el curso de su funcionamiento; y (iii) otros daños que puedan ser causados por terceros mediante intromisiones no autorizadas ajenas al control de Maxi Mobility.

Maxi Mobility no garantiza la ausencia de virus ni de otros elementos en la Aplicación y/o Sitio Web introducidos por terceros ajenos a Maxi Mobility que puedan producir alteraciones en los sistemas físicos o lógicos del Usuario o en los documentos electrónicos y ficheros almacenados en sus sistemas. En consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso responsable de cualesquiera daños y perjuicios de toda naturaleza que pudieran derivarse de la presencia de virus u otros elementos que puedan producir alteraciones en los sistemas físicos o lógicos, documentos electrónicos o ficheros del Usuario.

Maxi Mobility adopta diversas medidas de protección para proteger la Aplicación y/o Sitio Web y los contenidos contra ataques informáticos de terceros. No obstante, Maxi Mobility no garantiza que terceros no autorizados

M-SPC-13/1B 26/36

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 3230-2019/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 184-2018/CC3

no puedan conocer las condiciones, características y circunstancias en las cuales el Usuario accede a la Aplicación y/o Sitio Web. En consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso responsable de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho acceso no autorizado.

Con la suscripción de las presentes Condiciones Generales de Uso, Ud. declara que mantendrá indemne frente a cualquier reclamación a Maxi Mobility, su sociedad matriz, directores, socios, empleados, abogados y agentes derivadas del (i) incumplimiento por parte del Usuario de cualquier disposición contenida las presentes Condiciones Generales de Uso o de cualquier ley o regulación aplicable a las mismas, (ii) incumplimiento o violación de los derechos de terceros incluyendo, a título meramente enunciativo, los terceros transportistas, otros conductores y peatones; y (iii) incumplimiento del uso permitido de la Aplicación y/o Sitio Web.

La prestación final del servicio de transporte quedará a discreción del tercero transportista. En caso de que, una vez procesada la solicitud por parte del Usuario, el tercero transportista rechace efectuar el desplazamiento por causa del destino o por cualquier otra causa, el Usuario podrá ponerse en contacto con Maxi Mobility para que, en la medida de lo posible, ésta proporcione al Usuario un vehículo de sustitución.”

79. Como puede verse, las aludidas cláusulas establecen la exención de responsabilidad de Maxi Mobility respecto de: (a) aplicación y sitio web a través de la cual presta su servicio (2, 3 y 8); (b) virus o ataques informáticos de terceros que afectan al usuario, a través del acceso a su aplicación o sitio web (8); (c) daños ocasionados por terceros (8); y, (d) problemas con las líneas telefónicas y la conexión a internet (8).

a) Perjuicios derivados de problemas en la aplicación y sitio web

80. Maxi Mobility señaló respecto de la cláusula segunda de las “Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)”, que no podía garantizar que los contenidos proporcionados a través de la web o la *app* fueran correctos, completos o actualizados, pues podría existir intromisiones de terceros.
81. Sobre el particular, no debe olvidarse que el medio a través del cual Maxi Mobility prestaba sus servicios era la plataforma virtual (aplicación), puesto que a través de ella se contactaban sus usuarios conductores y pasajeros. En ese sentido, el proveedor debía asegurar, en principio, el funcionamiento adecuado de dicho canal; más aún si el pago por los servicios del conductor -que se efectuaba con tarjetas de crédito o débito-, se canalizaba también a través de la aplicación.

82. Bajo la misma óptica, se entiende que la empresa que presta el servicio a través de medios digitales tiene la potestad de determinar el contenido que muestra en los mismos, en tanto constituyen sus principales medios de comunicación con los usuarios pasajeros; siendo de este modo, garante de la

calidad de la información que proporcione tanto a través de su aplicación como de su página web³⁹.

83. Desde la perspectiva desarrollada, en tanto la aplicación constituía el medio por el cual Maxi Mobility prestaba su servicio a los usuarios pasajeros, y encontrándose bajo su dominio el manejo de su página web institucional, no resulta lógico ni razonable que dicha empresa pretendiera eximirse de responsabilidad de manera anticipada y sin admitir excepción, por defectos en su funcionamiento, accesibilidad o disponibilidad, o por el contenido que se encuentra en dichos medios digitales.
84. De este modo, las estipulaciones contenidas en las cláusulas segunda, tercera y octava, que pretenden exonerar de responsabilidad a la proveedora respecto de los perjuicios causados a los consumidores por un deficiente funcionamiento de la aplicación o la página web, eran abusivas; puesto que generaban una desproporción injustificada entre los riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor. Ello se estima así por cuanto, el usuario pasajero se podría ver obligado a asumir perjuicios ocasionados por un actuar negligente de la proveedora, quien de manera anticipada se había exonerado de responsabilidad sin establecer excepción alguna.
- b) Virus o ataques informáticos de terceros que afectan al usuario (aplicación o sitio web)
85. Respecto de sus cláusulas tercera y octava, la denunciada precisó que su servicio se prestaba con la diligencia ordinaria, pero podían darse casos en los que los usuarios o terceros usaran su plataforma para objetivos ajenos al transporte ordinario y/o para fines ilícitos; por lo que sólo buscaban advertir a los consumidores de este tipo de supuestos u otros que pudieran surgir.
86. Preliminarmente, se asume que Maxi Mobility tenía el pleno dominio de su página web, dado que dicho medio virtual era uno de los canales que utilizaba para comunicarse con sus usuarios pasajeros y conductores. En ese sentido, la administración de su seguridad se encontraba bajo su dominio, a fin de evitar la intromisión de elementos o terceros ajenos (tales como virus o ataques informáticos) que perjudicaran su funcionamiento regular.
87. De este modo, no era razonable que en la octava cláusula de sus “Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)”, la denunciada se eximiera de responsabilidad, de manera anticipada y sin excepción alguna, respecto de los daños y perjuicios de toda naturaleza que pudieran derivarse de la presencia

³⁹ Sobre el particular, el artículo 2° numerales 2.1 y 2.2 del Código, recogen el deber de los proveedores de ofrecer a los consumidores toda la información relevante para la toma de una decisión o elección adecuada de consumo, siendo que esta información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible,

de virus u otros ataques informáticos; considerando que el control de la página web se encontraba bajo su esfera de responsabilidad.

88. En consecuencia, la aludida estipulación es una condición abusiva, pues se le exigía al usuario pasajero que asumiera los perjuicios que podían producirse incluso en caso de un negligente actuar del proveedor; evidenciando así una desproporción injustificada entre los riesgos asumidos por las partes.
89. Sobre el particular, esta instancia resalta que no se pretende atribuir, en estricto, responsabilidad a Maxi Mobility por las acciones de los creadores de virus o los ataques informáticos de terceros. En efecto, aun cuando puedan existir supuestos en los cuales no le fuera atribuible la presencia de dichos elementos en los equipos de los usuarios, lo cierto es que en la cláusula 8 de sus “Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)” la empresa se exoneró de responsabilidad para cualquier supuesto, sin considerar que podría encontrarse comprometida en caso de que no adoptara las medidas suficientes para preservar su sitio web del ataque de programas maliciosos.
- c) Daños ocasionados por terceros, problemas con líneas telefónicas y la conexión a internet
90. Maxi Mobility afirmó en su recurso que no buscó publicitar términos y condiciones “abusivos”, puesto que podía haber casos donde terceros o los consumidores podrían actuar maliciosamente, los cuales no se podrían evitar por más diligentes que fueran o pese a las previsiones que tomaran.
91. En el caso de los daños causados por terceros mediante intromisiones no autorizadas, en tanto estas sean ajenas al control de Maxi Mobility, parte de la cláusula 8 que contenía esta disposición no era abusiva. Por consiguiente, corresponde amparar el alegato de la denunciada en este extremo.
92. Respecto de los inconvenientes con las líneas telefónicas⁴⁰ y el sistema de internet, que podrían causar perjuicios a los usuarios, se estima que la exención de responsabilidad sobre dicha situación contemplada en la cláusula 8 no era abusiva, dado que el origen de dichas deficiencias no le es atribuible a la denunciada, sino a las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones; quedando así amparado este extremo del recurso.

d) Conclusiones

93. Como último argumento respecto de esta infracción, Maxi Mobility afirmó que había modificado sus términos y condiciones. Sin embargo, de su lectura se

⁴⁰ Averías telefónicas, desconexiones, retrasos o bloqueos causados por deficiencias o sobrecargas en las líneas telefónicas, centros de datos, en el sistema de Internet; conforme se describe en la cláusula 8.

verifica que las estipulaciones que la exoneraban de responsabilidad, declaradas previamente como abusivas, no habían sido removidas; por lo que la infracción atribuida se mantiene vigente.

94. Por los motivos expuestos, corresponde confirmar la resolución recurrida que halló responsable a Maxi Mobility por infracción del literal a) del artículo 50° del Código, respecto de las cláusulas segunda, tercera y octava de sus "Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú)"; dado que se ha verificado que las aludidas eran abusivas.
95. Ello, al haberse verificado que parte de las cláusulas analizadas exoneraban de toda responsabilidad a la denunciada respecto de inconvenientes con la aplicación o página web, por anticipado y en todos los casos, aun cuando podrían haber supuestos en los cuales tendría el deber de responder; evidenciándose un actuar contrario a las exigencias de la buena fe. De este modo, colocaban al consumidor en una situación de desventaja, puesto que en dichos supuestos este se vería perjudicado por un actuar negligente de la empresa, pese a lo cual tendría que asumir los riesgos y costos correspondientes.

Sobre la graduación de la sanción

96. El artículo 110° del Código establece que el Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108° con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT, las cuales son calificadas en leves, graves y muy graves⁴¹.
97. El artículo 112° del Código establece que para determinar la sanción aplicable al infractor, se debe atender al beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción, la probabilidad de su detección, el daño resultante de la infracción, los efectos que esta pueda haber ocasionado en el mercado, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores y otros criterios que dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión⁴².

⁴¹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 110°.- Sanciones administrativas.** El órgano resolutorio puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere al artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera: (...)

⁴² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.-Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

- 1.El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
- 2.La probabilidad de detección de la infracción.
- 3.El daño resultante de la infracción.
- 4.Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.

98. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. En ese sentido, la finalidad de estas es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. Por ello, a efectos de graduar la sanción a imponer, el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 004- 2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), contempla los Principios de Razonabilidad⁴³ y Proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.
99. En virtud del primero, la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor a las eventuales ventajas que obtenga el infractor, ello con la finalidad de desincentivar la realización de las conductas infractoras. Por su parte, el Principio de Proporcionalidad, busca que los medios empleados por el juzgador sean los más idóneos a efectos de desincentivar la conducta en tutela de determinado interés público, pero que a su vez signifique la menor afectación posible de los derechos de los imputados.
100. En principio, Maxi Mobility señaló como alegato genérico que, como no había incurrido en las infracciones imputadas, no cabía cuantificar ni graduar multa alguna.
101. Sobre el particular, corresponde señalar que, con anterioridad se ha verificado la responsabilidad de la denunciada respecto de las infracciones atribuidas, por lo que sí correspondía aplicar las multas correspondientes; por lo que el anterior alegato de la denunciada queda desestimado.

Sobre la multa impuesta por infracción del artículo 19° del Código

5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.

6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

⁴³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción;
- Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

M-SPC-13/1B 31/36

102. En el presente caso, la Comisión sancionó a Maxi Mobility con una multa de 146,12 UIT; sustentando dicha cantidad en el beneficio ilícito (ganancia ilícita obtenida a raíz de contar con conductores que no debían haber sido admitidos en la plataforma) y la baja probabilidad de detección de la infracción (25%).
103. Considerando que, ante esta instancia, Maxi Mobility logró acreditar que cumplió adecuadamente con el procedimiento de selección respecto a dos (2) de los veintitrés (23) conductores observados inicialmente, además de haberse excluido a dos (2) personas por no prestar el servicio materia de investigación, corresponde reajustar la multa impuesta, en base a la fórmula empleada por la Comisión; cálculos que se muestran en el siguiente cuadro:

Beneficio Ilícito Montos en soles (S/)		Probabilidad de detección
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ingresos anuales⁴⁴: [REDACTED] ▪ Ingresos trimestrales (l)⁴⁵: [REDACTED] ▪ Proporción de conductores que no calificarían (p)⁴⁶: 15,20% ▪ Ingresos ilícitos⁴⁷: 2 813 807,13 ▪ Margen de ventas⁴⁸: 3.69% 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beneficio ilícito al cierre del periodo de evaluación⁴⁹: 103 829,48 ▪ Ingresos adicionales producto de conservar la ganancia ilícita⁵⁰: 22 913,75 ▪ Beneficio ilícito total⁵¹: 126 743,23 	Baja. Valor: 25% (equivalente a 0,25)

⁴⁴ Ingresos declarados conforme al Expediente 184-2018/CC3, correspondientes al año 2017. ⁴⁵

Resulta de dividir los ingresos anuales entre 4 trimestres.

⁴⁶ Porcentaje de casos en los que no se aplicó adecuadamente el procedimiento de selección de conductores: $19 \div 125 = 15,20\%$.

⁴⁷ Resultado de multiplicar: $l * p$.

⁴⁸ Margen de ganancia promedio del sector en el que opera el administrado. Para su aproximación, se utilizó información de la Encuesta Económica Anual 2016 (Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática), considerando, por similitud, las siguientes actividades económicas: Programación informática (CIIU Rev. 4: 6201), Consultoría Informática y gestión de instalaciones informáticas (CIIU Rev. 4: 6202) y Otras Actividades de tecnología de la información y de servicios informáticos (CIIU Rev. 4: 6209).

⁴⁹ Resultado de multiplicar los ingresos ilícitos con el margen de ventas.

⁵⁰ Para fines de este cálculo, se procedió a utilizar la tasa de costo promedio ponderado del capital (WACC) como medida de rentabilidad de la empresa, siendo que dicha tasa para las empresas del sector Software (Sistemas & Aplicaciones) al año 2017 asciende a 12.71% anual y su equivalente mensual, a 1.00% (utilizando la fórmula de conversión de tasa anual a mensual: $(1 + 12.71\%)^{1/12} - 1 = 1.00\%$). Fuente: Damodaran, Aswath, Cost of Capital by Sector (Emerging Markets), en la página web del profesor Aswath Damodaran. <http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>. Para que el resultado sea estimado a valores para el Perú, se modificó la tasa de impuesto a la renta al año 2017, 29.50%.

Para calcular las ganancias adicionales se realizó el siguiente cálculo: Beneficio ilícito * $[(1+1.00\%)^{(\text{meses transcurridos})} - 1]$. Los meses transcurridos desde la fecha de cálculo de la ganancia ilícita, junio de 2017 (mes culminado), hasta la fecha de cálculo de multa, marzo de 2019, ascienden a un total de 20 (meses culminados). De esa forma:

$$\text{Ganancias adicionales} = S/ 103 829,48 * [(1+1.00\%)^{20} - 1] = S/ 22 913,75.$$

⁵¹ Beneficio ilícito = S/ 103 829,48 + S/ 22 913,75 = S/ 126 743,23.

Cálculo de la multa y valor en UIT
<p>Multa en soles = Beneficio Ilícito ÷ Probabilidad de detección Multa en soles = 126 743,23 ÷ 0,25 Multa en soles= 506 972,92</p>
<p>UIT vigente cuando se emitió la decisión de primera instancia (año 2019): S/ 4 200,00 Multa en UIT = Multa ÷ UIT a 2019 Multa en UIT = S/ 506 972,92 ÷ S/ 4 200,00 Multa en UIT = 120,71</p>

104. En virtud de lo expuesto, corresponde revocar la sanción impuesta a Maxi Mobility, consistente en una multa ascendente a 146,12 UIT por la infracción del artículo 19° del Código; y, en consecuencia, se le sanciona con una multa de 120,71 UIT.

Sobre la multa impuesta por infracción del literal a) del artículo 50° del Código

105. Sobre este extremo, Maxi Mobility señaló que para calcular la sanción por la inclusión de cláusulas abusivas, se omitió considerar si efectivamente hubo daño a los consumidores; debiendo considerarse que no existía aplicación de condiciones abusivas en contra de ellos.
106. Al respecto, se observa que la multa impuesta por la Comisión se sustentó en el beneficio ilícito (costo evitado por no contratar a profesionales que asesoraran legal, informática y económicamente a la empresa para evitar incluir cláusulas abusivas) y la baja probabilidad de detección de la infracción (25%); criterios que se encuentran incluidos en el Código para efectos de graduar la sanción.
107. En ese sentido, dado que la multa impuesta en este extremo se calculó en base a criterios objetivos y cuantificables (salario mensual de especialistas en la materia, considerando convocatorias en instituciones públicas, por ejemplo), se estima que la graduación de la sanción realizada por la Comisión es coherente con la infracción imputada, no siendo indispensable considerar factores como el daño causado a los consumidores.
108. Considerando que Maxi Mobility no ha fundamentado su recurso de apelación respecto de la sanción impuesta por esta infracción, más allá de los argumentos dirigidos a eximirse de responsabilidad y el cuestionamiento desvirtuado precedentemente; este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LPAG⁵². En consecuencia,

⁵² TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR EL DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo. (...) M-SPC-13/1B 33/36

corresponde confirmar la multa de 23,8 UIT impuesta a Maxi Mobility por la Comisión, por infracción señalada en este acápite.

Sobre la inscripción en el RIS de la denunciada

109. Atendiendo a que la denunciada no ha fundamentado su recurso apelación respecto de su inscripción en el RIS, más allá de su alegada ausencia de responsabilidad –desvirtuada precedentemente– este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dicho extremo, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LPAG; por lo cual corresponde confirmarlo.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 070-2019/CC3 del 29 de marzo de 2019, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3, que halló responsable a Maxi Mobility Perú S.A.C., por infracción del artículo 19° del Código de Protección y Defensa de Consumidor; al haber quedado acreditado que no adoptó las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad de los consumidores que utilizaban el servicio prestado a través de su plataforma virtual. Esto por cuanto, se esperaba el cumplimiento adecuado del procedimiento de selección de conductores, afiliados a la plataforma por medio de la cual se solicitaba un servicio de transporte.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 070-2019/CC3, en el extremo que halló responsable a Maxi Mobility Perú S.A.C., por infracción del literal a) del artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, puesto que incluyó en sus Condiciones Generales de Uso y Aviso Legal (Perú) cláusulas abusivas contenidas en los numerales 2, 3 y 8, conforme al siguiente detalle:

“2. Contenidos

(...) Maxi Mobility no garantiza que los Contenidos proporcionados a través de la Aplicación y/o Sitio Web serán en todo caso correctos, completos o actualizados.

3. Acceso y uso

(...) Maxi Mobility no será en ningún caso responsable del uso que el Usuario y/o terceros pudieran hacer de la Aplicación y/o Sitio Web ni de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del mismo.

8. Exclusión de garantías y responsabilidad

Maxi Mobility no garantiza la disponibilidad y continuidad del funcionamiento de la Aplicación y/o Sitio Web. En consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso

- 6.2 Puede motivarse mediante declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (...)

M-SPC-13/1B 34/36

responsable por cualesquiera daños y perjuicios que puedan derivarse de (i) la falta de disponibilidad o accesibilidad a la Aplicación y/o Sitio Web; (ii) la interrupción en el funcionamiento de la Aplicación y/o Sitio Web o fallos informáticos, (...) o en otros sistemas electrónicos, producidos en el curso de su funcionamiento; (...).

Maxi Mobility no garantiza la ausencia de virus ni de otros elementos en la Aplicación y/o Sitio Web introducidos por terceros ajenos a Maxi Mobility que puedan producir alteraciones en los sistemas físicos o lógicos del Usuario o en los documentos electrónicos y ficheros almacenados en sus sistemas. En consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso responsable de cualesquiera daños y perjuicios de toda naturaleza que pudieran derivarse de la presencia de virus u otros elementos que puedan producir alteraciones en los sistemas físicos o lógicos, documentos electrónicos o ficheros del Usuario.

Maxi Mobility adopta diversas medidas de protección para proteger la Aplicación y/o Sitio Web y los contenidos contra ataques informáticos de terceros. No obstante, Maxi Mobility no garantiza que terceros no autorizados no puedan conocer las condiciones, características y circunstancias en las cuales el Usuario accede a la Aplicación y/o Sitio Web. En consecuencia, Maxi Mobility no será en ningún caso responsable de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho acceso no autorizado.”

Ello, al haberse verificado que las cláusulas antes transcritas exoneraban de toda responsabilidad a la denunciada respecto de inconvenientes con la aplicación o página web, por anticipado y en todos los casos, aun cuando podrían haber supuestos en los cuales tendría el deber de responder; evidenciándose un actuar contrario a las exigencias de la buena fe. De este modo, colocaban al consumidor en una situación de desventaja, puesto que en dichos supuestos este se vería perjudicado por un actuar negligente de la empresa, pese a lo cual tendría que asumir los riesgos y costos correspondientes.

TERCERO: Revocar la Resolución 070-2019/CC3, en el extremo que sancionó a Maxi Mobility Perú S.A.C. con una multa de 146,12 UIT, por infracción del artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, se impone a dicha proveedora una multa de 120,71 UIT.

CUARTO: Confirmar la Resolución 070-2019/CC3, en el extremo que sancionó a Maxi Mobility Perú S.A.C. con una multa de 23,8 UIT, por infracción del literal a) del artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

QUINTO: Requerir a Maxi Mobility Perú S.A.C. el cumplimiento espontáneo de pago de las multas impuestas en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-

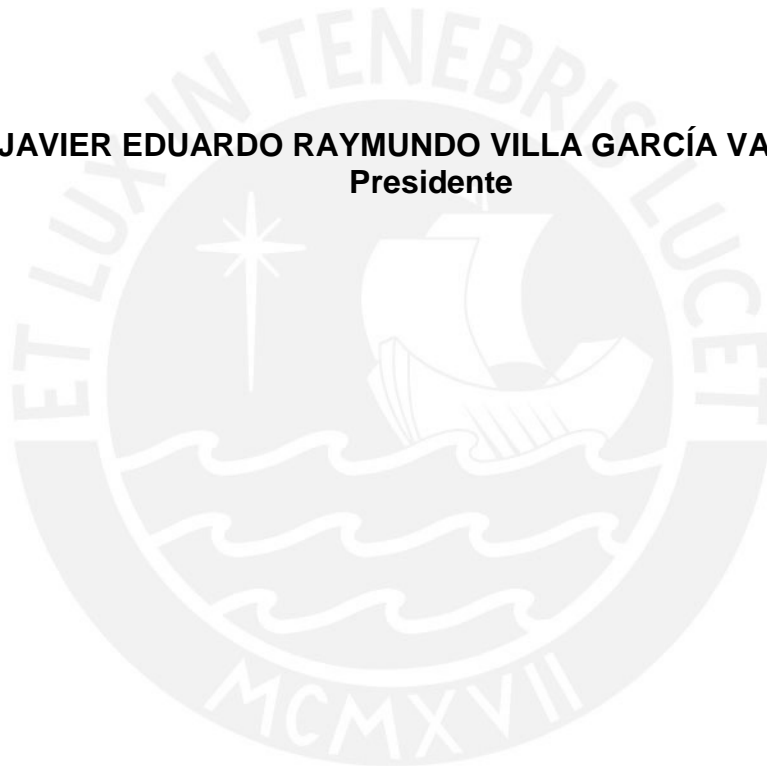
M-SPC-13/1B 35/36

JUS⁵³, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

SEXTO: Confirmar la Resolución 070-2019/CC3, en el extremo que dispuso la inscripción de Maxi Mobility Perú S.A.C. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente



⁵³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 205°.** - Ejecución forzosa. Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

M-SPC-13/1B 36/36