

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

**Regulación del “acoso” comercial en el Perú: en búsqueda de tentativas de
solución**

Trabajo Académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho de
Protección al Consumidor

Autor

David Francisco Vasquez Ramos

Asesor

César Augusto Higa Silva

Lima, 2021

RESUMEN

Hoy en día los medios para promocionar los productos y/o servicios, así como la forma de comercializar a través del telemarketing han revolucionado nuestras maneras de relacionarnos con el mundo, pues podríamos decir que ya no “buscamos” la publicidad, sino que esta nos “busca” a nosotros. Nos agrade o no, cada día somos asiduos destinatarios de innumerables piezas publicitarias que tienen como finalidad convencernos de adquirir cierto producto y/o servicio. La publicidad, en estos tiempos, puede recibirse de manera personalizada a través de canales de contacto que son propios del consumidor, tales como las redes sociales, mensajes de telefonía celular, correos electrónicos y mensajes de texto. Sin embargo, muchas veces estas formas de contacto se vuelven tediosas, reiterativas e incluso irritantes, hasta el punto de no llegar a conocer el nombre de nuestro interlocutor ni el lugar de donde proviene el contacto. ¿Tengo que permanecer como receptor pasivo de la publicidad sin poder hacer algo al respecto? ¿No califica esto como un “acoso” publicitario? ¿Cuáles son los límites que la normativa impone?

En el presente trabajo analizaremos la regulación del “acoso” comercial” en el Perú, sus manifestaciones, la normativa que está detrás, así como la vía jurídica para hacerle frente. La pregunta medular que nos haremos será: ¿Los consumidores tenemos las herramientas adecuadas para superar estas prácticas comerciales? En las siguientes líneas del presente trabajo haremos referencia al cambio de paradigma normativo que debería introducirse, el cual está vinculado con esta práctica comercial prohibida que –en la práctica– parece que no lo está.

ÍNDICE ANALÍTICO

1. Introducción.....	1
2. Métodos Agresivos de Ventas	2
2.1 Tratamiento que la da el Código de Protección y Defensa del Consumidor.....	2
2.2 Evolución normativa:	4
2.3 Finalidad de los métodos agresivos de ventas y la lógica detrás de estas prácticas....	9
3. Análisis del inciso e) del artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor	11
3.1 Antecedente normativo (Registro “WhatsApp no Insista” del Indecopi)	11
3.2 Espíritu y finalidad del artículo (consentimiento del consumidor).....	13
4. Problemática en torno a su aplicación práctica.....	15
4.1 Supuesto de hecho del artículo es insuficiente o inexacto para garantizar una real protección al consumidor.....	15
4.2 ¿Competencia de Indecopi o de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales?.....	20
4.3 Alternativas de solución.....	22
4.3.1 Relevancia práctica de determinar los medios de comunicación o soportes y el aislamiento normativo del inciso e) del Código	23
4.3.2 ¿Realmente se había dejado fuera de aplicación el Registro “WhatsApp, No Insista”?	26
4.3.3 Endurecimiento de sanciones y mayor fiscalización en el medio.....	30
5. Conclusiones.....	31
6. Bibliografía.....	33

1. Introducción

Somos conscientes de que, dentro de nuestro día a día, a través de diversos medios de comunicación, recibimos ingentes cantidades de comunicaciones comerciales que buscan promocionar algún producto y/o servicio, y así convencernos de concretar la relación de consumo con el interlocutor anunciante. Las formas actuales de telemarketing han transformado las alternativas que el proveedor tenía para poder incrementar sus ventas y así tener un impacto deseable en el mercado.

Sin perjuicio de ello, las formas de contacto empleadas, al ser personalizadas, se vuelven, de alguna manera, tediosas, incómodas y reiterativas, pudiendo afectar sobremanera la tranquilidad y la paz del consumidor. Recibir un correo electrónico publicitario puede ser tolerable, pero ¿que llamen, desde un número desconocido, innumerables veces, a pesar de haber pedido que no lo hagan? ¿No se torna, acaso, en una forma de “acoso” comercial? ¿Existen ciertos límites que el proveedor debe cumplir? ¿Qué herramientas tiene el consumidor para combatir estas prácticas comerciales?

Mediante el presente artículo jurídico se abordará una manifestación particular de los métodos comerciales agresivos, la cual está estipulada en el actual inciso e) del artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), el cual, esencialmente, prohíbe el contacto que realice el proveedor, a través de determinados medios de comunicación, sin que el consumidor haya dado su consentimiento.

Para ello, en primer lugar, comenzaremos realizando un esbozo general sobre las ventas agresivas y cómo ha sido su desarrollo normativo en nuestro país, tomando en consideración, principalmente, su evolución legislativa y la finalidad de esta práctica comercial que cuestionaremos a lo largo de la presente investigación.

En el segundo capítulo, ya nos centraremos en el análisis concreto del inciso e) del Código, por lo que estudiaremos su antecedente normativo, la modificación introducida a través del Decreto Legislativo N° 1390, lo que significó el supuesto cese del registro “WhatsApp, No Insista”, el cual tendrá un giro inesperado, pues ¿realmente quedó fuera de vigencia? Además, comentaremos acerca de la esencia del inciso en cuestión, la finalidad del mismo y cómo es su aplicación práctica.

En el último capítulo nos enfocaremos en discutir sobre la problemática existente en la aplicación práctica del inciso e) del artículo 58° del Código, para lo cual detallaremos minuciosamente el supuesto normativo del artículo y nos daremos cuenta de cómo este tiene vinculación tanto con la normativa de protección al consumidor; y con aquella que regula la protección de datos personales. También, evaluaremos el conflicto de competencia existente entre la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales y el Indecopi, teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos por cada entidad.

Para finalizar, a la luz de la normativa de protección de datos personales, de lo dispuesto en el Código y de la experiencia comparada, propondremos algunas reflexiones en torno a las alternativas de solución disponibles en nuestra normativa y sugeriremos algunos cambios de enfoque en la normativa aplicable, teniendo en consideración las mejores opciones y herramientas para que el consumidor pueda superar por completo esta grave y controvertible infracción.

2. Métodos Agresivos de Ventas

2.1 Tratamiento que la da el Código de Protección y Defensa del Consumidor

El Código ha establecido una definición de los métodos comerciales agresivos o engañosos, la cual señala que son prácticas realizadas por los proveedores *“que merm[a]n de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo¹”*. Como se puede apreciar, se han recogido bajo una sola tipificación las prácticas comerciales agresivas y engañosas. Asimismo, se señalan una serie de supuestos que implican prácticas comerciales agresivas o engañosas².

¹ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor:

“Artículo 58.- Definición y alcances

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

(...)”

² Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor:

“Artículo 58.- Definición y alcances

(...)

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

a. Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (i) tal beneficio no existe, o (ii) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto.

Los métodos comerciales agresivos o engañosos producen un recorte significativo en la capacidad analítica y volitiva del consumidor con respecto a la oferta señalada por el proveedor. Aunado a ello, la libertad del consumidor se ve afectada al no poder decidir en qué momento o de qué forma efectuar una operación de consumo. Mediante esta práctica comercial prohibida, el consumidor toma una decisión de consumo de manera irreflexiva o desinformada; o en su defecto, lo hace porque siente que no tiene opción, lo cual puede evidenciar una coacción o presión de parte del proveedor.

En línea con lo expresado, Esteban Carbonell, respecto de los métodos comerciales agresivos, señala que “(...) el consumidor tiene el derecho a definir y aceptar las relaciones de consumo que considere convenientes para sus intereses, sin que medie coacción alguna por parte del proveedor. El Código busca prohibir aquellos mecanismos utilizados por el proveedor en los cuales se observa como punto central la intención de afectar la libertad de elección con la finalidad de conseguir que el consumidor adopte una decisión de consumo de manera irracional o desinformada³”.

Por otra parte, Gustavo Rodríguez señala que “los escenarios típicamente cubiertos bajo el rótulo de «ventas agresivas» son aquellos en los que los consumidores se ven envueltos ante una estrategia de ventas montada para «presionarlo» a que compre un bien o contrate un servicio⁴”. Como puede evidenciarse, la formación de la voluntad del consumidor se ve

b. El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.

c. El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.

d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.

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

f. En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.

58.2 La presente disposición comprende todo tipo de contratación de productos o servicios, sea efectuada mediante contratos dentro o fuera del establecimiento del proveedor, ventas telefónicas, a domicilio, por catálogo, mediante agentes, contratos a distancia, y comercio electrónico o modalidades similares.”

³ CARBONELL, Esteban. “Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Edición: mayo 2015. Lima: Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. pp. 274 – 282.

⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, G. *El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor*”. Actualidad Jurídica, 202, Lima, (setiembre 2010), p. 45.

perturbada, en tanto la decisión de consumo que este realice no se ha dado de forma libre e independiente, sino que ha habido presiones externas que han instado al consumidor para que termine aceptando el bien o servicio que el proveedor le ofreció.

Si bien es cierto, la decisión de consumo siempre recae, en última instancia, en el consumidor; es relevante destacar que el Código sanciona la instigación y la posibilidad de que el consumidor haya tomado una decisión irreflexiva, desinformada y que le sea perjudicial para su economía.

Consideramos que el legislador, al redactar el artículo relacionado a las ventas agresivas en el Código, lo hizo teniendo un ligero afán paternalista, buscado custodiar las relaciones de consumo que forme el consumidor, quien, evidentemente, es visto desde una posición de inferioridad respecto del proveedor, en atención a la asimetría de información y de recursos que caracterizan este tipo de relaciones. Además, es más práctico homogeneizar al consumidor que es protegido por el Código, aquel que se ve desarmado frente a las herramientas y recursos del proveedor, por lo que se busca su sólida y robusta protección.

Debemos tener en consideración que, con las ventas agresivas, según lo expresado por el Código, el consumidor no puede formar un consentimiento verdadero, en tanto no ha tenido la posibilidad de reflexionar sesudamente sobre su decisión de consumo, por lo que sus propias conveniencias son soslayadas en atención a una determinación casi instintiva e imprudente.

En líneas generales, el inciso f) del artículo 58° del Código establece que los métodos comerciales agresivos o engañosos son todas aquellas prácticas comerciales que impliquen dolo, violencia o intimidación que hayan sido determinantes en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor; por lo que estarán prohibidas.

2.2 Evolución normativa:

El predecesor normativo del Código fue la Ley de Protección al Consumidor, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 716. En dicho cuerpo normativo, hoy en día derogado, no existía un artículo dedicado exclusivamente a las ventas agresivas; sin embargo, el Indecopi sí

sancionaba dichas prácticas comerciales, tal como se puede apreciar en la Resolución N° 0358-2008/TDC-INDECOPI del Expediente N° 712-2007/CPC de fecha 26 de febrero de 2008:

“Siempre que se obligue a los consumidores a la adquisición de bienes o servicios mediante métodos que recorten su autonomía privada, se configurará una infracción a las Normas de Protección al Consumidor. En consecuencia, las imputaciones referidas a la utilización por parte de los proveedores de técnicas que fuerzan la voluntad de los consumidores a través del desarrollo de métodos comerciales prohibidos debe ser tramitada como una infracción al referido artículo 5 literal d).⁵”

Por otro lado, en la Resolución N° 1989-2007/TDC-INDECOPI del Expediente N° 2022-2006/CPC de fecha 15 de octubre de 2007 se señala que “se tutela el derecho de cada consumidor a decidir qué productos adquiere y qué servicios contrata en el mercado. Ello, toda vez que son los consumidores quienes están en mejores condiciones para decidir cuáles son los bienes y servicios que sirven mejor a sus necesidades y les permitirán obtener un mayor nivel de bienestar⁶”.

De acuerdo a las resoluciones comentadas, el literal d) del artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 716 disponía lo siguiente:

“Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

d.- Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;”

Del artículo citado se desprende que el legislador tenía la intención de garantizar la protección de los intereses económicos del consumidor, de lo que deriva la subsecuente protección contra los métodos comerciales coercitivos.

⁵ Resolución citada por TITO, Johanna y PUELL, Melina. En: *Jurisprudencia sobre protección al consumidor. Apuntes Temáticos*. Primera edición: año 2009. Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C. pp. 132.

⁶ *Ibidem*, pp. 133.

Cabe destacar que esta es la única referencia realizada en Ley de Protección al Consumidor, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 716 respecto de los métodos comerciales coercitivos, por lo que, podemos inferir lo siguiente:

- i. El tratamiento legislativo era insuficiente, pues no se establecía una definición clara sobre su naturaleza, aplicación práctica y contenido.
- ii. Su desarrollo estaba subordinado a la afectación de los intereses económicos del consumidor, evidenciándose así una falta de tipificación expresa de esta práctica comercial prohibida.

La poca relevancia que se le dio a la figura de los métodos comerciales coercitivos produjo que la jurisprudencia y la doctrina sea escasa. Julio Durand, haciendo un comentario sobre el artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 716, señaló que “los consumidores tienen derecho a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada de los productos o servicios⁷.”

Por otra parte, Gustavo Rodríguez considera que “la asimilación de las ventas agresivas como práctica prohibida bajo la vigencia de la Ley de Protección al Consumidor era absolutamente desacertada sin perjuicio del cuestionamiento medular al fundamento para reprimir dicha conducta⁸”. Consideramos que el planteamiento de dicho autor es apropiado, pues, como veremos más adelante, las ventas agresivas –cuando regía la Ley de Protección al consumidor– eran concebidas como simples vulneraciones al deber de idoneidad e información, siendo que no se analizaba con detenimiento los efectos de dichas conductas en el consumidor, quien veía seriamente mellados sus intereses económicos.

⁷ DURAND, Julio. “Los vacíos del Nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor y su repercusión en los derechos del consumidor, perspectivas y efectos en el Derecho Civil”. Febrero 2011. Recuperado de: https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/inv_consumidor.pdf.

⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, G. *El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor*. Actualidad Jurídica, 202, Lima, (setiembre 2010), p. 47.

Para ejemplificar lo comentado, en la Resolución N° 0539-2006/TDC-INDECOPI del Expediente N° 460-2005/CPC de fecha 19 de abril de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi analizó el siguiente caso:

“Como se señaló en el acápite precedente, la señorita Vidal formuló su denuncia contra Promotora Sirius por haberla inducido a celebrar un contrato **utilizando técnicas de excesiva presión que implicaron la promesa de premios a fin de lograr que se constituyera en el domicilio del proveedor para que éste pueda ofrecerle un servicio que finalmente adquirió por agotamiento**, y que no resultó idóneo para satisfacer las expectativas creadas por la denunciada respecto del mismo y del que nunca pudo hacer uso por causas imputables a la referida empresa.

En general, **estas técnicas de venta consisten en inducir al cliente para que concurra a una dirección determinada a través del ofrecimiento de premios, en donde le espera un despliegue de recursos especialmente diseñados para hacer que el cliente olvide la recompensa prometida y convencerlo para que contrate un producto determinado**. Apoyada por el manejo psicológico del potencial comprador, la empresa presenta las bondades del producto, la comparación con distintas alternativas, las ventajas de su adquisición, no dejando opciones para que el cliente se niegue a las tentadoras ofertas. **Es tanta y tan prologada la presión que ejercen los vendedores sobre el comprador, que éste termina aceptando contratar por cansancio**”. (Énfasis agregado).

De forma insospechada, el caso fue analizado por la Primera Instancia en base a la vulneración al derecho de información que tienen los consumidores, así como por la afectación a la calidad e idoneidad de los productos que el proveedor ofrecía. La fundamentación de este razonamiento radicó en el incumplimiento de los términos del contrato celebrado por la denunciante. En Segunda Instancia, afortunadamente, el Tribunal alegó que la denuncia planteaba la vulneración de los derechos involucrados en el inciso d) del artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor, por lo que la investigación debió desarrollarse en ese sentido.

Del caso reseñado –que no es ciertamente uno aislado, sino que se trataba de un patrón en el razonamiento del Indecopi por aquellas épocas– se evidencia que la Autoridad de Consumo, al evaluar un supuesto método comercial agresivo, iniciaba el procedimiento administrativo en

base a una afectación al deber de idoneidad o por la omisión de información por parte del proveedor. Debido a la falta de tipificación expresa de los métodos comerciales coercitivos, la misma Autoridad de Consumo no aplicaba correctamente el artículo que realmente correspondía.

En el año 2010, con la entrada en vigencia de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, se dispuso en el artículo 58° el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos, lo cual implica que los proveedores están prohibidos de llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

Los ejemplos más representativos de métodos comerciales agresivos o engañosos son los siguientes⁹:

- i. Cuando el proveedor crea la impresión al consumidor de que ha ganado un premio que, finalmente, está sujeto a efectuar un pago o incurrir en un gasto.
- ii. El hecho de que el proveedor exija el pago del servicio antes de poner a su disposición el contrato.
- iii. El ofrecimiento del servicio desarrollado bajo ciertas prácticas, como, por ejemplo: ambiente pequeño, con mucha bulla, abundante información, en un tiempo considerablemente largo.

Como señalamos en el capítulo precedente, a pesar de que el consumidor siempre tiene la opción de decidir contratar el servicio o comprar el producto ofrecido, lo que cuestiona el Código es la falta de reflexión e impulsividad con la que se lleva a cabo la transacción económica, pues la voluntad del consumidor ha sido quebrada de manera determinante por el proveedor.

⁹ Ejemplos tomados de los lineamientos sobre Protección al Consumidor del año 2019 emitido por el Indecopi.

Estas situaciones dejan entrever que, como común denominador de estas prácticas comerciales, el proveedor, aprovechándose de su posición de preeminencia, induce al consumidor a realizar una transacción económica sin que haya sido una decisión informada y reflexiva, perjudicando, de esta manera, su economía.

2.3 Finalidad de los métodos agresivos de ventas y la lógica detrás de estas prácticas

Tal como manifestamos en los párrafos precedentes, el predecesor del Código no tenía un artículo específico para atender la problemática de los métodos comerciales agresivos y engañosos, sino que el artículo 5º de la Ley de Protección al Consumidor mencionaba tangencialmente esta práctica comercial prohibida y lo hacía en aras de proteger un fin superior y englobante, que son los intereses económicos del consumidor.

En el actual Código también se puede evidenciar que la protección de los intereses económicos del consumidor tiene una estrecha vinculación con los métodos comerciales coercitivos¹⁰. Es decir, el contexto de protección normativa de esta práctica comercial se basa en este interés supremo del consumidor, en tanto se busca que las decisiones que consumo que realice se hagan de manera libre, consciente y sin presiones externas, con la finalidad de preservar su economía, pues, como señala Carbonell, “la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios hace efectiva el derecho que ostenta el adquirente de producto o servicios a contratar en condiciones equitativas con el empresario, este derecho se debe manifestar en diversos momentos del contrato¹¹”.

De forma análoga, la Directiva 2005/29/CE de la Comunidad Europea establece que “se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante,

¹⁰ Ley N° 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:

(...)

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**, especulación o acaparamiento en situación de emergencia debidamente declaradas o cualquier otro delito análogo e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios”. (Énfasis añadido).

¹¹ CARBONELL, Estaban. “Análisis al código de protección y defensa del consumidor”. Recuperado de: <https://vlex.com.pe/vid/capitulo-v-proteccion-intereses-726253913>

mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado¹²”.

Como vemos, nuestra normativa ha tomado de inspiración o se ha basado en determinada regulación extranjera, siendo que lo que hay que tomar en consideración en todos los casos es el menoscabo a la voluntad del consumidor en sus decisiones económicas. Otro aspecto interesante de la referida Directiva es que establece que es suficiente la presión, violencia o coacción ejercida por el proveedor hacia el consumidor, sin que este último se haya visto necesariamente vulnerado en su decisión de consumo, sino que, al igual que los actos de competencia desleal, deberán tener un efecto potencial de causar perjuicio en el consumidor. Es decir, basta que se haya producido alguno de los elementos que tipifican los métodos comerciales agresivos para poder configurarse la infracción en sede administrativa.

En nuestro país, el legislador en el Código no realizó una apreciación similar, pues para que se configuren los métodos comerciales agresivos es necesario que se haya producido la transacción comercial. Esto se evidencia con mayor claridad en el artículo que hace referencia al derecho de restitución¹³, el cual señala que los consumidores tendrán siete (7) días calendario a partir del día en que se produjo la contratación del producto o servicio para solicitar la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo en caso el proveedor haya incurrido en métodos comerciales agresivos o engañosos.

¹² Art. 8 de la Directiva 2005/29/CE. Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>

¹³ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

“Artículo 59.- Derecho a la restitución

El consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo en aquellos casos en que el proveedor haya incurrido en alguna de las prácticas indicadas en el artículo 58, cualquiera sea la modalidad de contratación empleada.

Para tal efecto, el consumidor cuenta con un plazo de siete (7) días calendario, contados a partir del día en que se produjo la contratación del producto o servicio, o desde el día de su recepción o inicio de su ejecución, lo que ocurra con posterioridad, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones administrativas pertinentes conforme a las disposiciones del presente Código o a solicitar la anulación del contrato en la vía jurisdiccional correspondiente.

El derecho a la restitución se considera válidamente ejercido cuando el consumidor comunique fehacientemente al proveedor sobre ello y proceda a la devolución de los productos recibidos o solicite la interrupción del servicio contratado. Ejercido este derecho, el consumidor no asume reducción alguna del monto a ser devuelto en caso de que haya efectuado un uso normal del producto o disfrute del servicio, salvo que se haya generado un manifiesto deterioro o pérdida de su valor.

Corresponde al consumidor probar la causal que sustenta su derecho a la restitución y el ejercicio de este derecho conforme lo dispuesto en el presente artículo.”

En definitiva, podemos establecer que en el Perú no se sanciona la “potencialidad” de las ventas agresivas, sino que se debe verificar previamente que esta se haya realizado y – como requisito más importante aún– que haya causado un perjuicio en los intereses económicos del consumidor.

3. Análisis del inciso e) del artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor

3.1 Antecedente normativo (Registro “WhatsApp no Insista” del Indecopi)

Después de haber desarrollado el marco jurídico general respecto de los métodos comerciales agresivos, a partir de las siguientes líneas del presente trabajo nos concentraremos en abordar una manifestación particular de los métodos comerciales agresivos, la cual se estipula en el inciso e) del artículo 58° del Código, por lo que desarrollaremos sus características, su evolución normativa, sus implicancias legales, así como los defectos que existen en torno a su aplicación práctica.

Es relevante manifestar como antecedente que, en el año 2010, fecha en el que se promulgó el Código, el literal e) del 58.1 del artículo 58° estaba dispuesto de la siguiente manera:

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

(…)

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

Conforme al artículo precitado, el Indecopi implementó un registro, el cual se materializaba en un número de WhatsApp identificado con el rótulo “WhatsApp, No Insista”, a través del cual el usuario podía informar que recibía llamadas, mensajes de texto o correos electrónicos publicitarios sin su debido consentimiento. A través del mencionado canal, el usuario podía adjuntar capturas de pantalla o pruebas alternativas que permitían a la Autoridad tomar cartas

en el asunto, identificando al proveedor infractor y, de ser el caso, iniciar un procedimiento administrativo sancionador, con multas que podían llegar hasta las 450 UIT.

Es importante mencionar que el registro “WhatsApp No Insista” era gratuito y online, y a pesar de ello, no logró el éxito esperado, pues solo el 0.4% de los usuarios de celulares había podido realizar la inscripción en dicho registro, es decir 180 mil números de más de 38 millones de usuarios¹⁴.

No fue hasta el mes de septiembre del año 2018 que, a través del Decreto Legislativo N° 1390, publicado en el Diario El Peruano el 5 de septiembre de 2018, el artículo 58°, específicamente el literal e) de su numeral 58.1, sufrió una modificación definitiva, la cual ha quedado inamovible hasta el día de hoy.

Es así que, luego de la modificación a la que hacemos referencia anteriormente, su texto quedó redactado de la siguiente manera:

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

En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1390 se señala que el problema fundamental que motivó a la promulgación del decreto citado es el hecho de que los proveedores se comunican con los consumidores de manera insistente, sin que estos hayan dado su consentimiento, con la finalidad de ofrecerles la contratación de servicios o la adquisición de productos, lo que podría afectar su capacidad de libre discernimiento; así como la de tomar una adecuada decisión de consumo.

¹⁴ DIARIO GESTIÓN. “Adiós al registro ¡Gracias... no insista!: Sepa qué cambios se plantean” 5 de febrero de 2018. Recuperado de: <https://gestion.pe/economia/adios-registro-gracias-insistas-sepa-cambios-plantan-226497-noticia/?ref=gestr>.

En la mayoría de los casos los consumidores no realizan una evaluación objetiva de su capacidad de pago, ni analizan de manera apropiada los términos y condiciones del contrato, y aceptan, de forma virtual o telefónica, ofertas sin haber comprendido cabalmente lo que comprenden; y concretan relaciones de consumo que, en el futuro, podrían ser perjudiciales para su economía.

Siendo ello así, los proveedores, buscando sacar provecho de su posición de preeminencia frente al consumidor, realizan prácticas comerciales agresivas o engañosas que afectan la libertad de elección del consumidor; por lo que el inciso e) del artículo 58° del Código tiene por finalidad contrarrestar las prácticas comerciales agresivas o engañosas, como ofertas comerciales o promociones de venta de manera insistente y sin consentimiento, lo que trae como consecuencia una inminente vulneración a los derechos de datos personales de los consumidores.

Es evidente, entonces, que el bien tutelado por el artículo 58° del Código es del derecho a la libertad de elección del consumidor¹⁵, y a su vez, el literal e) de su numeral 58.1, lo protege específicamente frente a ofertas comerciales o promociones de ventas que puedan realizar los proveedores insistentemente, a través de medios de comunicación estipulados, con el único fin de lograr la contratación de sus productos o servicios.

3.2 Espíritu y finalidad del artículo (consentimiento del consumidor)

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1390, el objetivo general de esta modificación, presuntamente, consistió en mejorar la efectividad de la protección al consumidor en el Perú, atendiendo, entre otros, al siguiente objetivo específico:

*“i. En relación a los métodos comerciales agresivos o engañosos: Asegurar que exista el consentimiento previo de los consumidores para que **reciban ofertas** de productos o*

¹⁵ Ley N° 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:

(...)

f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.”

servicios por parte de los proveedores, en adecuación a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.” (Énfasis agregado)

Teóricamente, la modificación resultó “ser más efectiva para garantizar los derechos de los consumidores, dejando sin efecto el registro «Gracias... No insista», situación que implica que el consumidor no necesitará encontrarse inscrito en ningún registro de forma previa, para no ver vulnerados sus derechos, sino que la obligación se traslada a los proveedores ya que son estos quienes tienen que obtener el consentimiento¹⁶.

Como señala Helard Melch Núñez Vera, el objetivo de la modificación fue priorizar el consentimiento de los consumidores ante este tipo de ofrecimiento ya que en muchas oportunidades los consumidores, aceptan lo ofrecido concretando relaciones de consumo que podrían ser perjudiciales sobre todo para su economía.

Con la modificación introducida con el Decreto Legislativo N° 1390, presuntamente el legislador dejó sin efecto el registro “WhatsApp, No Insista”, en donde los consumidores –de forma reactiva– indicaban que no querían recibir comunicaciones comerciales y publicitarias, siendo que recién en ese momento se agregaban los números de los proveedores en el referido registro, con la finalidad de que no los vuelvan a contactar. Sin perjuicio de lo señalado, en el Indecopi se sigue usando tal registro como medio para iniciar fiscalizaciones a proveedores que incumplen la ley, lo cual es un tema que comentaremos más adelante.

Estamos convencidos de que tal modificación se dio por la promulgación de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS; pues el referido cuerpo normativo establece claramente que la regla general para tratar los datos personales del titular es que se solicite su consentimiento de manera previa, informada, expresa e inequívoca¹⁷. La anterior orientación del inciso e) del artículo 58° del Código no estaba alineada con la normativa de protección de datos personales, que, dicho sea de paso, era –y sigue siendo– desconocida por muchos.

¹⁶ NÚÑEZ, Helard. “PRINCIPALES MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR”. Revista Quorum. Derecho de Competencia y Protección al Consumidor.

¹⁷ Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

“Artículo 13. Alcances sobre el tratamiento de datos personales

13.5 Los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco.”

Por ello, con la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1390, el consumidor no requiere realizar un acto de inscripción en un registro a fin de que no sea contactado a través de mensajes de texto, llamada telefónica o correos electrónicos, pues primero deberá manifestar que desea recibir este tipo de comunicaciones publicitarias o de mercadeo.

Sin embargo, estos cambios introducidos por el legislador, que ciertamente buscan un fin loable, en aras de proteger los datos personales de los consumidores, no han sido muy efectivos ni han generado cambios notables en el comportamiento del proveedor, que sigue aprovechándose de su posición de supremacía en el mercado para emplear estos métodos comerciales agresivos sin importar el consentimiento del consumidor. Por lo señalado, el inciso e) del artículo 58° del Código posee ciertas deficiencias, sobre todo en su aplicación práctica, las cuales desarrollaremos en las siguientes páginas del presente artículo jurídico.

4. Problemática en torno a su aplicación práctica

4.1 Supuesto de hecho del artículo es insuficiente o inexacto para garantizar una real protección al consumidor

Textualmente, el inciso e) del artículo 58° del Código establece lo siguiente:

“Artículo 58.- Definición y alcances

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

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

(...)

"e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemercadeo, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado

a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales.

(...)”

En principio, el literal analizado prohíbe el empleo de los siguientes mecanismos para contactarse con el consumidor:

- a) Centros de llamada (*call centers*).
- b) Sistemas de llamado telefónico.
- c) Envíos de mensajes de texto a celular.
- d) Envíos de correos electrónicos masivos.

Ahora bien, en concreto, los soportes o medios de comunicación señalados por el legislador son los siguientes:

- a) Vía telefónica.
- b) Vía mensaje de texto.
- c) Vía correo electrónico.

De esta forma se puede colegir que el proveedor está prohibido de emplear alguno –o más de uno– de los soportes mencionados para promover sus productos y/o servicios, así como prestar el servicio de telemarketing a todos aquellos consumidores que no hayan brindado su consentimiento para la utilización de esta práctica comercial.

El primer defecto que encontramos en la literalidad del artículo es el límite impuesto en cuanto a la cantidad y determinación de soportes a emplearse por el proveedor; es decir, solo se contemplan los siguientes: vía telefónica, vía mensaje de texto y vía correo electrónico. Claramente, se observa que el artículo coloca el énfasis en los medios o soportes a través de los cuales el proveedor realiza el contacto con el consumidor, cuando realmente no deberían interesar los medios a través de los cuales el proveedor se contacte con el consumidor, pues, evidentemente, no se han contemplado todos los soportes existentes y, además, con el avance tecnológico puede surgir uno nuevo. Inclusive, siguiendo al pie de la letra lo dispuesto por el

principio de tipicidad del procedimiento administrativo sancionador¹⁸, no podría sancionarse la misma conducta contemplada en el artículo en cuestión si es que el proveedor no ha empleado alguno de los soportes señalados por esta, siendo ello un grave sinsentido.

De acuerdo a lo señalado, actualmente es posible indicar que muchos supuestos de hecho que podrían calzar en el tipo jurídico son descartados de plano, como, por ejemplo, los mensajes que se envían vía WhatsApp, o mediate alguna otra red social como Facebook o Instagram. Además, quién sabe si dentro de poco tiempo podríamos hablar de otro medio de comunicación que sea empleado por el proveedor para enviar mensajes personalizados con contenido publicitario al consumidor, sin la necesidad de emplear los soportes indicados en el artículo analizado. Desde allí, la concepción de la infracción está siendo tergiversada, pues, de ninguna manera, el hecho infractor puede estar restringido únicamente a los soportes mencionados en la norma, cuando el trasfondo y espíritu de la protección buscada tiene que ver con unos fines superiores que son cuidar sus intereses económicos, velar por el respeto del consentimiento del consumidor, así como la protección de sus datos personales.

Otro de los cuestionamientos que podría encontrarse en la norma es el hecho que solo se hará efectiva cuando el proveedor promueva productos y servicios o realice el servicio de telemarketing. Es verdad que el inciso e) del artículo 58° del Código hace referencia a los métodos comerciales agresivos y está plasmado en un contexto donde naturalmente se busca que las relaciones de consumo se lleven a cabo de manera adecuada, velando por los derechos de los consumidores. No obstante, existen situaciones en las que la “agresividad” que se busca combatir con este artículo (el contacto que realice el proveedor hacia el consumidor, con la finalidad de promover productos y/o servicios) no está materializada únicamente en realizar actividades publicitarias o de marketing, sino que también se puede manifestar en actividades adicionales, tales como, posicionamiento de la marca del proveedor, realizar encuestas o

¹⁸ Decreto supremo N° 004-2019-JUS – Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.”

entrevistas sobre su producto o servicio a ofrecer, sin que se haya concretado la relación de consumo con el consumidor interlocutor.

Por lo señalado en los párrafos anteriores, estamos convencidos de que la ubicación sistemática del artículo no calza de manera plena en el Código debido a las incongruencias descritas hasta el momento, así como la dificultad de su aplicación práctica. Haciendo una breve recapitulación de lo comentado hasta aquí podemos darnos cuenta que dos temas trascendentales del artículo no están bien desarrollados: (i) la limitación injustificada de los soportes, así como, (ii) la limitación injustificada del listado de “prácticas agresivas” en las que el proveedor incurre al realizar el contacto con el consumidor, siendo que solo se restringe las llamadas con contenido publicitario o de mercadeo.

Ahora bien, aparte de las manifiestas incompatibilidades que hemos presentado hasta ahora, el elemento pendiente de análisis del inciso es el consentimiento del consumidor para recibir este tipo de comunicaciones no autorizadas por parte del proveedor. Es fundamental indicar que el real quid del asunto está en el consentimiento, ya que sin este el artículo no tendría razón de ser. Es más, podría eliminarse del artículo la referencia hacia los soportes, así como a las comunicaciones con contenido publicitario, lo que no generaría que la esencia del artículo se trastoque; situación diferente es el hecho que se remueva la referencia al consentimiento del consumidor, ello sí significaría una modificación sustancial en la aplicación práctica y jurídica del artículo.

Como se puede notar, si bien el inciso analizado hace una remisión sutil a la normativa de protección de datos personales, no calza de manera plena en el Código, ya que no se le da la envergadura necesaria al consentimiento de consumidor, sino que se enfoca en asuntos intrascendentes al momento de otorgar una protección real. Por ello, el inciso en cuestión permanece marginado en un contexto normativo que, si bien tiene una relación forzosa con las “ventas agresivas”, no coadyuva a que se efectivice una real protección al consumidor.

Por eso mismo, creemos que este artículo ha sido parte de una inclusión impuesta y artificial por parte del legislador del Código que, debido a una deficiente técnica legislativa, ha tratado de combatir toda forma de comunicación comercial que se realice sin el debido consentimiento del consumidor.

Lo interesante es que la base jurídica del objetivo del inciso e) del artículo 58° del Código está absolutamente desarrollada en la legislación nacional de protección de datos personales, tomando como referencia los principios de consentimiento y finalidad, tal como veremos a continuación.

El principio de consentimiento indica que el tratamiento de los datos personales es lícito cuando el titular del dato personal hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco¹⁹. Por su parte, el principio de finalidad establece que una finalidad está determinada cuando haya sido expresada con claridad, sin lugar a confusión y cuando de manera objetiva se especifica el objeto que tendrá el tratamiento de los datos personales²⁰.

Estos dos principios se interrelacionan entre sí, por lo que, en el caso que nos atañe, el proveedor deberá solicitar el consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco al consumidor para recién poder tratar sus datos personales, lo que significa poder comunicarse con él a través de cualquier medio de comunicación; y el tratamiento que el proveedor realice deberá ser para una determinada finalidad establecida con anterioridad y objetividad. A mayores luces, si el consumidor dio el consentimiento para poder recibir comunicaciones comerciales vía telefónica, entonces ahí se observa la aplicación de los dos principios reseñados, tanto el de consentimiento como el de finalidad.

A pesar de que el inciso analizado haga una remisión tenue a la Ley de Protección de Datos Personales, esta es insuficiente; siendo muy improbable que se aplique de manera acertada, ya que el enfoque y el contexto de la aplicación práctica difiere sobremanera con respecto al

¹⁹ Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS

“Artículo 7.- Principio de consentimiento.

En atención al principio de consentimiento, el tratamiento de los datos personales es lícito cuando el titular del dato personal hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco. No se admiten fórmulas de consentimiento en las que éste no sea expresado de forma directa, como aquellas en las que se requiere presumir, o asumir la existencia de una voluntad que no ha sido expresa. Incluso el consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá manifestarse en forma expresa y clara.”

²⁰ Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS

“Artículo 8.- Principio de finalidad.

En atención al principio de finalidad se considera que una finalidad está determinada cuando haya sido expresada con claridad, sin lugar a confusión y cuando de manera objetiva se especifica el objeto que tendrá el tratamiento de los datos personales.

Tratándose de banco de datos personales que contengan datos sensibles, su creación solo puede justificarse si su finalidad además de ser legítima, es concreta y acorde con las actividades o fines explícitos del titular del banco de datos personales. Los profesionales que realicen el tratamiento de algún dato personal, además de estar limitados por la finalidad de sus servicios, se encuentran obligados a guardar secreto profesional.”

ámbito jurídico que engloba al Código, el cual privilegia otro tipo de manifestación agresiva de ventas.

De esta manera queda clarificado que el inciso e) del artículo 58° del Código está fuera de contexto, es ineficaz, repetitivo respecto de lo dispuesto normativamente, pues su aplicación práctica tiene que ver con la puesta en escena de los principios de consentimiento y finalidad, regulados en la normativa de protección de datos personales, los cuales no están desarrollados en el Código.

4.2 ¿Competencia de Indecopi o de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales?

Respecto del bien jurídico tutelado podrían surgir dudas, en tanto ambos cuerpos normativos buscan cautelar derechos disímiles, siendo que Código busca proteger los derechos del consumidor en una relación de consumo, mientras que la legislación de protección de datos personales busca velar por los datos personales del titular de los datos personales. Si bien, parecería que ambos bienes jurídicos son totalmente opuestos, ello no es así, ya que, en términos prácticos el propósito final del artículo será el mismo: requerir el consentimiento de la persona natural (consumidor) para poder contactarse con esta, de acuerdo a una finalidad previamente estipulada. En nuestra opinión, todo lo que rodea al artículo y su esencia normativa se reduce a estos dos principios: consentimiento y finalidad.

En la práctica se puede evidenciar que existen conflictos de competencia entre dos entidades del Estado que cautelan bienes jurídicos distintos, pero que se interrelacionan entre sí, confundiendo sus fronteras y causando zozobra y desconocimiento en el consumidor: el INDECOPI y la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

Ciertamente, el consumidor puede verse desorientado al momento de decidir iniciar una acción contra un proveedor que está realizando la práctica proscrita por el inciso analizado. ¿No será mejor, acaso, que la entidad competente para resolver este tipo de controversias sea la que tenga mayores herramientas para poder evitar conflictos relacionados con la infracción tipificada en el inciso cuestionado?

Ciertamente, la aplicación del inciso e) del Código no impide que los proveedores se contacten vía telefónica con los consumidores, pues la “venta agresiva” recién se configura a partir de la conexión de la llamada; es decir, cuando el proveedor establezca la comunicación con el consumidor. Una mirada más analítica podría considerar que las múltiples e insistentes llamadas también deberían calificar como acoso o presión indebida. Lamentablemente, el artículo comentado no hace mención expresa a este problema que es actual y latente; y configura la verdadera esencia de la “agresividad” de las ventas.

La razón de ello es que el artículo, debido a que su ubicación sistemática se encuentra dentro de un contexto normativo que le es indiferente, no especifica que los medios de comunicación señalados hacen alusión a datos personales en sí mismos, ya que el correo electrónico y el número telefónico identifican o hacen identificable al consumidor. Jurídicamente, los soportes señalados (teléfono y correo electrónico) son de por sí datos personales, lo que los debería hacer protegibles por propia naturaleza. De esta forma se revela que, de la literalidad del artículo, existe una poca consideración hacia los datos personales de la persona y las garantías para su protección adecuada. La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales hace hincapié en la importancia de que el titular de los datos personales conozca que se tratan de datos personales *per se*, por lo que se le otorga la debida protección jurídica a este tipo de información, sancionando las llamadas reiterativas que se dan desde números desconocidos.

Ahora bien, como no todo puede ser color de rosa, con fecha 25 de enero de 2018, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales publicó la Opinión Consultiva N° 05-2019-JUS/DGATAIPD, en la que se hace referencia al “primer contacto”, el cual es un mecanismo para que los proveedores se contacten con los consumidores con la finalidad de solicitarle el consentimiento para poder contactarse con finalidades publicitarias o de telemarketing. En la comentada opinión se señala que “la obligación de obtener el consentimiento previo no significa la prohibición absoluta de contacto, dado que dicha prohibición haría imposible obtener el consentimiento”, además que, “los datos personales utilizados para contactar al titular del dato personal para solicitar su consentimiento deben ser obtenidos de fuentes accesibles al público o de manera lícita, conforme las disposiciones de la LPDP y su reglamento”.

Aunque las opiniones consultivas emitidas por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales no tienen rango normativo, su aplicación deja serios vacíos y deficiencias que son

aprovechadas ilícitamente por los proveedores para poder contactarse con los consumidores sin ningún tipo de límite. Si bien, de alguna manera su finalidad es loable para no “matar” la práctica del mercadeo a distancia, esta permite que los proveedores obtengan los datos personales de los consumidores, ya sea su correo electrónico o su número de teléfono, a partir de fuentes de dudosa procedencia, y así poder contactarse con ellos y ofrecerles sus productos o servicios. En líneas generales, este “primer contacto” se convirtió en la excusa perfecta para llamar a diestra y siniestra, tiñéndose de claros elementos que podrían calificar dicha conducta como un “acoso blando” o un uso indebido de los datos personales de los consumidores. Cabe remarcar que, si no existiera el mecanismo comentado, la infracción se computaría desde que el momento en el que el proveedor se ponga en contacto, de manera telefónica, con el consumidor.

En definitiva, podemos establecer que a pesar de que el inciso del Código haga mención someramente al consentimiento del consumidor, este queda relegado quedando a un segundo plano, pues el foco de la atención está sostenido por los soportes mencionados. Es por esta razón que existen diversos inconvenientes relacionados a la técnica legislativa y a la aplicación práctica del inciso que producen que se vea desconectado de las demás manifestaciones de los métodos comerciales agresivos, por lo que, parece ser que en la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales y las normativas del sector existen mejores herramientas para evitar este tipo de conducta, lo cual analizaremos en las propuestas de solución que a continuación establecemos.

4.3 Alternativas de solución

En la presente sección esbozaremos algunas alternativas para tratar de enmendar los defectos de la aplicación práctica del inciso e) del artículo 58° del Código. En resumidas cuentas, los inconvenientes que provienen de una dudosa técnica legislativa y que fueron descritos a lo largo de la presente investigación son los siguientes: (i) la relevancia dedicada hacia los soportes o medios de comunicación que los proveedores emplean para contactarse con el consumidor; (ii) la limitación arbitraria del listado de las “prácticas agresivas” en las que el proveedor incurre al realizar el contacto con el consumidor, teniendo como única referencia el contacto con afán publicitario o de mercadeo; (iii) la ubicación sistemática del inciso e) del artículo, siendo que no existen las herramientas adecuadas en el Código para poder atender las faltas cometidas hacia los derechos de los consumidores; y finalmente, (iv) el denominado

“acoso blando” que significa el contacto reiterativo que se torna irritante, debido al empleo del mecanismo del “primer contacto”.

Habiendo determinado los conflictos suscitados en cuanto a la aplicación práctica del artículo, conviene subrayar algunas ideas que pueden servir como base para iniciar un cambio normativo –o de paradigma– que busque otorgar la relevancia debida a los derechos de los consumidores.

4.3.1 Relevancia práctica de determinar los medios de comunicación o soportes y el aislamiento normativo del inciso e) del Código

En primer lugar, en tanto de la literalidad del inciso comentado se advierte que se hace una manifiesta alusión a determinados soportes o medios de comunicación, sería fundamental cambiar la orientación del mismo; es decir, no debería interesar, ni siquiera mencionarse tales medios de comunicación para no distraer el real foco de atención: el consentimiento del consumidor. Por ello, si bien el contexto normativo del Código hace propicio que se mencione temas relacionados con el envío de publicidad, así como el telemarketing; no es relevante para los efectos de la protección al consumidor que se establezca la prohibición de realizar el contacto para un contenido determinado de la comunicación. En otras palabras, hacer alusión a la determinada “práctica agresiva” relacionada con el envío de publicidad o el telemarketing es innecesario y también soslaya el genuino enfoque que debería tener el inciso analizado.

Tal como se puede apreciar, el consentimiento es el elemento de mayor preponderancia en el inciso evaluado, ya que sin este las infracciones a este artículo se seguirían realizando únicamente de manera reactiva, es decir, luego de haberse producido el contacto sin el consentimiento, cuando lo lícito es que se realice exactamente al revés, priorizando el consentimiento previo del consumidor.

Esta supresión de la referencia a los soportes y al contenido temático es lo mínimo que se debe realizar para que el inciso sea bien aplicado en el Código, ya que, como vimos, no tiene ninguna coherencia restringir los soportes mediante los cuales el proveedor se contacta con el consumidor, pues una diversidad de eventuales infracciones quedaría sin calificar como tal por la literalidad del artículo.

Como se puede apreciar, el inciso en cuestión queda, de alguna manera, marginado en una norma que, si bien busca, de forma atendible, proteger los derechos de los consumidores dentro de un contexto particular; no calza plenamente con el espíritu del Código, ni concatena de forma precisa con algún otro artículo del mismo cuerpo normativo. Tal es así que, haciendo una evaluación exegética, concordamos en que es preferente que el inciso sea removido del todo, o a lo sumo, incluido –aunque ni siquiera es necesario– dentro de la normativa de protección de datos personales. Ahora veremos por qué.

Lo que debe quedar claro es que el quid del asunto radica realmente en el consentimiento del consumidor y la finalidad para la que sus datos personales son empleados; en otras palabras, si el consumidor consiente el tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios o de telemarketing, entonces el tratamiento que realice el proveedor será lícito, sin que importe que el proveedor se haya contactado mediante un soporte no contemplado en el inciso.

Siendo ello así, advertimos con facilidad que en el Código no se estipulan, de manera adecuada, las herramientas disponibles para aquellos consumidores o titulares de datos personales (para estos efectos, es la misma persona) que son afectados por el supuesto de hecho que, presuntamente, el inciso analizado pretende combatir. Estas salvaguardas jurídicas están reguladas de manera específica en la normativa de protección de datos personales. Concretamente, nos referimos a los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), que versan sobre el control que tiene el consumidor sobre sus propios datos personales. Además, los principios que engloban a dicha legislación proporcionan una protección aún mayor sobre los datos personales de los consumidores; por ello, es realmente necesario que los consumidores tengan conocimiento de esta para que puedan defender cabalmente sus derechos, ya que, por ejemplo, sabrían que el consentimiento no puede ser otorgado “en bloque”, lo que quiere decir que, si es que dan su consentimiento para determinada finalidad, el proveedor no podrá emplear sus datos para una finalidad alternativa.

Muchos de los proveedores, aprovechándose de la ignorancia supina de los consumidores en materia de derechos de protección de datos personales, pretenden obtener un consentimiento múltiple a través de una sola respuesta, es decir, este consentimiento estará viciado, en tanto debe realizarse de manera individual para cada finalidad determinada. Por otra parte, el derecho de cancelación permite que los consumidores tengan un control sobre sus datos personales, en el sentido de que podrán decidir si deciden eliminar la parte correspondiente a su información

personal que está almacenada en los bancos de datos del proveedor, lo que significa que el consentimiento puede ser revocado en todo momento.

Otro punto que da cuenta de la necesidad de eliminar y/o complementar el inciso e) del Código, o en su defecto, que sea regulado del todo por la normativa de protección de datos personales es el hecho de que el inciso aludido no establece absolutamente nada acerca de las llamadas insistentes, pues la infracción, como vimos, recién se configurará a partir de la conexión de la comunicación, ya sea, a través del número de celular, correo electrónico o mensaje de texto. En tal sentido, si hablamos de la comunicación a través de llamadas telefónicas, el Código considera la infracción a partir de que el consumidor conteste la llamada, siendo que está “permitido” que el proveedor efectúe un sinfín de llamadas insistentes para entablar la comunicación. Visto desde una perspectiva más analítica, deberíamos tomar en consideración lo dispuesto por la normativa de protección de datos personales, la cual establece que toda información que identifique o haga identificable a la persona natural es considerada un dato personal; por lo que, el solo tratamiento del número telefónico debería estar proscrito toda vez que este se haya obtenido de fuentes ilícitas, o dicho de otra manera, sin que el consumidor haya dado su consentimiento para el empleo de este dato personal.

Por su parte, la erradicación del mecanismo del “primer contacto” debería ser inminente, pues atenta contra los principios de la legislación de protección de datos personales al permitir que se emplee datos personales de los consumidores sin que estos hayan otorgado su consentimiento con la finalidad de establecer un contacto con ánimo comercial. En nuestra consideración, debido que el “primer contacto” no tiene los parámetros muy bien establecidos, hoy en día se aplica de manera subrepticia e informal, ya que la información de fuentes de acceso pública que es obtenida por los proveedores, muchas veces, tiene un origen ilícito. Por ello, debido al escaso desarrollo del “primer contacto” en nuestro país, consideramos que no hay una justificación válida –ni siquiera para promover el telemarketing– para dejar en una situación de indefensión al consumidor, por lo que los proveedores deberían buscar otras alternativas menos invasivas para poder promocionar sus productos y/o servicios.

En la experiencia comparada, tenemos que en países como España tienen también un artículo dedicado a las ventas agresivas; sin embargo, no contemplan este tipo de manifestaciones como la que se encuentra en el inciso e) del artículo 58° del Código, ya que las normas de protección de datos personales españolas son mucho más robustas y completas para proteger los datos

personales de los consumidores y personas naturales en general. Tal como podemos apreciar, la Directiva N° 2005/29/CE del Parlamento Europeo establece que el acoso, la coacción y la influencia indebida de las ventas agresivas se producen teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- a) *“el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia;*
- b) *el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;*
- c) *la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto;*
- d) *cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante;*
- e) *la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.”*

Como vemos, no hay ninguna mención al envío de mensajes publicitarios a través de determinados soportes sin que haya mediado el consentimiento del consumidor, en tanto este tipo de aspectos es regulado por la normativa de protección de datos personales española, teniendo claro que las más eficaces herramientas para el usuario se encuentran en dicha regulación normativa.

4.3.2 ¿Realmente se había dejado fuera de aplicación el Registro “WhatsApp, No Insista”?

De la revisión de diversas resoluciones recientes de la Sala de Protección del Consumidor recientes, hemos advertido que, sorprendentemente, se sigue empleado el registro denominado “WhatsApp, No Insista”, con la finalidad de que el consumidor alerte al Indecopi sobre las infracciones relativas al inciso analizado en el presente trabajo. Ello es curioso porque en la

modificación normativa establecida en el Decreto Legislativo N° 1390 se suprimió toda referencia al “registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción (...)”.

Como señalamos en los primeros capítulos del presente artículo, teóricamente la modificación normativa establecida en el Decreto Legislativo N° 1390 buscaba que se priorice el consentimiento del consumidor al momento de ser contactado con fines publicitarios; es decir, la infracción descrita en el artículo se computaría desde el momento en el que el proveedor se contacta sin el consentimiento debido del consumidor, no desde que el número telefónico de contacto del consumidor se haya inscrito en el registro “WhatsApp, No Insista”.

El hecho que se siga empleando este registro supone una contradicción y un retroceso, pues la idea era que el proveedor interiorice que se trata de una práctica prohibida contactarse con aquellos consumidores que no le han autorizado tratar sus datos personales para entablar una comunicación comercial y/o publicitaria. Sin embargo, es interesante ver cómo actualmente se emplea este registro y que, curiosamente, podría tener un impacto positivo en la solución a este tipo de infracciones. Así, por poner un ejemplo, en la Resolución N° 0542-2021/SPC-INDECOPI del Expediente N° 0174-2019/CC3-SIA de la Sala Especializada en Protección al Consumidor se puede evidenciar lo siguiente:

*“Cabe señalar que, la investigación inició con la supervisión remota del denunciado, efectuada el 19 de marzo de 2019 (foja 6 del expediente); **donde se ingresó a la aplicación de WhatsApp del teléfono con línea 999273647, denominada “WhatsApp No Insista”**, constatando que existían dos (2) reportes -a los cuales se adjuntaron capturas de pantalla de consumidores que afirmaban haber recibido (i) llamadas publicitarias de parte de “Metro”, y (ii) mensajes de texto publicitarios por parte de “Wong” (negocios a cargo de Cencosud); ello, pese a que no habían brindado autorización para ello.” (Énfasis agregado).*

De acuerdo al fragmento de la resolución citada, se puede observar que, a través del registro “WhatsApp, No Insista”, la Autoridad de Consumo puede iniciar fiscalizaciones presenciales o remotas con el objetivo de investigar al proveedor reportado, y de esta manera, tomar las acciones jurídicas pertinentes, como formalizar la investigación e iniciar un procedimiento administrativo sancionador. Parece ser que el referido registro ha tenido unos pequeños ajustes,

en tanto ya no funciona para registrar al consumidor que no quería ser contactado, sino que ahora sirve como un medio para emitir reportes e infracciones a la normativa.

En la experiencia comparada, podemos identificar algo equivalente al registro “WhatsApp No Insista”, para ello, previamente debemos de saber que en el artículo 30º de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de España – LOPD y el artículo 45º del Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de España – RLOPD se señala que aquellos sujetos que se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, ventas a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen esas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios, solo pueden tratar los datos personales con la referida finalidad, en estos dos supuestos:

- Cuando estos figuren en lo que se denominan “fuentes accesibles al público”.
- Cuando los datos hayan sido facilitados por los interesados²¹ u obtenidos con su consentimiento.

Ello, inicialmente, se condice con lo dispuesto por nuestra normativa, sin embargo, hay un elemento adicional, el artículo 49.4º del RLOPD establece que previamente a remitir una comunicación comercial, el responsable deberá consultar el fichero de “Robinson”, el cual está destinado a excluir del envío de publicidad a aquellos interesados que están inscritos en dicho registro.

En las listas de Robinson se tratan “los datos personales que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad²²”, siendo que “cualquier persona puede manifestar a un fichero Robinson su deseo de no recibir publicidad de una o varias entidades concretas o de uno o varios sectores

²¹ En la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de España se denomina “interesados” a los titulares de los datos personales. Es la misma figura.

²² ÁLVAREZ HERNANDO J., CAZURRO BARAHONA V., *Practicum Protección de Datos*, Pamplona: Editorial Arazandi S.A., 2018, p. 863

de actividad. Además, puede decidir admitir la publicidad de otros sectores o empresa o simplemente la exclusión absoluta para recibir publicidad²³”.

Existe, entonces, una obligación dispuesta por la propia normativa de protección de datos personales española que hace referencia a las listas de exclusión “Robinson”, las cuales sirven como límite para que no se traten los datos personales de aquellos titulares que hubieran manifestado su oposición o negativa al tratamiento. De lo señalado se colige que observar el contenido de la lista de “Robinson” significa un paso previo ineludible que, incluso, puede llegar a ser sancionado si es que se deja de lado, tal como se aprecia en esta resolución:

“La AEPD, en sus procedimientos sancionadores PS/00682/2013, PS/00231/2013 y PS/00232/2013 acordó sancionar a una operadora de telefonía porque sus distribuidores realizaron llamadas comerciales a personas que tenían registrada su línea telefónica en el servicio de la Lista Robinson²⁴”.

A diferencia de lo que ocurre en Perú, el registro “WhatsApp, No Insista” no está regulado bajo ninguna normativa oficial, es más, su uso es tendencioso, en tanto no se ha masificado, pues se tenía la creencia de que este había quedado fuera de toda vigencia, como vimos en las líneas precedentes. Sin perjuicio de ello, creemos sumamente conveniente que exista un tipo de registro oficial, lo que significa que deberá estar avalado por alguna normativa, con la finalidad de que sea como una especie de lista de bloqueo o exclusión, tal como se pretendía realizar en la primera versión del registro “WhatsApp, No Insista”.

Ahora bien, creemos que el renovado registro “WhatsApp, No Insista” podría ayudar a combatir este tipo de prácticas ilícitas, siendo que el proveedor ya no podría excusarse en el hecho de contactarse con el consumidor para obtener el consentimiento, ya que, los consumidores inscritos en el registro comentado habrán manifestado su total oposición para que sus datos sean tratados con finalidades comerciales.

Es importante recalcar que dicha solución es una imperfecta y rudimentaria, ya que lo que debió haber ocurrido, tras la supuesta erradicación del registro “WhatsApp, No Insista”, es que

²³ Ibidem, pp. 863.

²⁴ Ibidem, pp. 865.

el proveedor deje de contactarse con aquel consumidor que no ha dado su consentimiento para tal fin, no obstante, somos conscientes de que actualmente:

- (i) El telemarketing nunca morirá porque las grandes empresas buscan captar grandes masas de consumidores.
- (ii) Si bien el consentimiento del consumidor es el pilar de toda esta discusión, muy pocas personas actualmente tienen en cuenta la relevancia de este principio y cómo nos sirve para tener un mayor control sobre nuestros datos personales. Esto, evidentemente, es una consecuencia de la poca masificación de la normativa de protección de datos personales.

Por lo señalado, creemos que sí sería importante dotar de fuerza normativa al registro “WhatsApp, No Insista”, y de esta manera, con la finalidad de que su aplicación deje de darse de manera disimulada y con poca difusión, ya que puede servir como una herramienta conveniente para, al menos, tratar de hacerle frente a esta práctica ilícita.

4.3.3 Endurecimiento de sanciones y mayor fiscalización en el medio

Como corolario de este capítulo, estimamos que hace falta mayor cantidad de fiscalización, así como sanciones más firmes contra los proveedores que emplean los datos personales de los consumidores sin su consentimiento, con el propósito que tengan un efecto disuasivo relevante, ya que muchas empresas prefieren pagar la multa o cumplir la sanción a perder la posibilidad de emplear ilícitamente los datos personales de los consumidores para generar más ingresos.

Las sanciones impuestas en la normativa de protección de datos personales son muy limitadas y no generan ese efecto disuasivo que deberían lograr; en cambio, en Indecopi sí se puede llegar a imponer sanciones importantes. Por poner un ejemplo, en la Resolución N° 0542-2021/SPC-INDECOPI del Expediente N° 0174-2019/CC3-SIA de la Sala Especializada en Protección al Consumidor se impuso una sanción de multa ascendente a 441,36 UIT por infracción al literal e) del artículo 58°.1 del Código de Protección y defensa del Consumidor.

En dicho caso se detectó que la imputada enviaba grandes cantidades de mensajes publicitarios (hablamos de casi la totalidad de la muestra extraída de 500 consumidores) a través de correos

electrónicos y mensajes de texto, con la finalidad de promocionar sus productos y/o servicios sin que el consumidor haya brindado su consentimiento para dicha práctica. Como se puede apreciar, la muestra es grande, por lo que saludamos que la Autoridad de Consumo haya impuesto casi la máxima sanción (450 UIT), lo cual significa un método disuasivo realmente importante para el proveedor. Por el contrario, la Autoridad de Protección de Datos Personales solo puede imponer una multa máxima de 100 UIT²⁵, resultando claramente insuficiente para cumplir el propósito disuasivo.

Por otro lado, las fiscalizaciones respecto de esta infracción deberían incrementarse, ya sea desde el lado del Indecopi, o desde el lado de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. Por más que existan diferencias entre ambos entes administrativos, unirse en esfuerzo conjunto para sancionar dichas prácticas comerciales, de ninguna manera, puede verse como algo pernicioso; es más bien algo notable. Dicho esto, creemos que la herramienta “WhatsApp, No Insista” puede ser provechosa para detectar, tempranamente, irregularidades al cumplimiento de la norma.

Es un largo camino por recorrer, pero, a decir verdad, no hay mucho más que, desde la óptica jurídica, se pueda realizar. Los tiempos han cambiado, la tecnología ha revolucionado nuestras maneras de interrelacionarnos, de promocionar nuestros productos y/o servicios, por lo que será esencial que el derecho acompañe estos nuevos tiempos.

5. Conclusiones

Como desarrollamos a lo largo del presente artículo, los cambios introducidos por el Decreto Legislativo N° 1390 no fueron muy efectivos ni generaron cambios relevantes en el

²⁵ Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales:

“Artículo 39. Sanciones administrativas

En caso de violación de las normas de esta Ley o de su reglamento, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales puede aplicar las siguientes multas:

- 1. Las infracciones leves son sancionadas con una multa mínima desde cero comas cinco de una unidad impositiva tributaria (UIT) hasta cinco unidades impositivas tributarias (UIT).*
- 2. Las infracciones graves son sancionadas con multa desde más de cinco unidades impositivas tributarias (UIT) hasta cincuenta unidades impositivas tributarias (UIT).*
- 3. Las infracciones muy graves son sancionadas con multa desde más de cincuenta unidades impositivas tributarias (UIT) hasta cien unidades impositivas tributarias (UIT).*

En ningún caso, la multa impuesta puede exceder del diez por ciento de los ingresos brutos anuales que hubiera percibido el presunto infractor durante el ejercicio anterior.

(...)”

comportamiento del proveedor, evidenciándose así diversos defectos en la técnica legislativa y en la aplicación práctica del inciso evaluado.

La propia literalidad del artículo restringe arbitrariamente diversos contextos fácticos en los que no se puede aplicar la infracción, en tanto, como vimos, los soportes o medios a través de los que se debe contactar el proveedor con el consumidor están perfectamente determinados: vía telefónica, vía mensaje de texto y vía correo electrónico. Asimismo, en el ámbito temático, la aplicación jurídica del artículo también se ve restringida, pues solo es aplicable cuando el proveedor promueve productos y/o servicios o realiza actividades de telemercadeo.

Por ello, reflexionamos acerca de la orientación práctica del artículo, es decir, evaluamos cuál debería ser el propósito real del artículo y cómo este debería estar compuesto. Luego de haber analizado pormenorizadamente el inciso e) del Código, estamos plenamente convencidos de que la sistematización del mismo es inexacta, en tanto lo que realmente debería interesar es preservar el consentimiento que otorga el consumidor para recibir este tipo de mensajes publicitarios por parte del proveedor.

Consideramos que el Código plantea un esquema normativo enfocado hacia derechos que cautelan un bien jurídico distinto, por tanto, se torna en insuficiente para garantizar una verdadera protección de los datos personales de los consumidores, ya que no dispone de herramientas jurídicas adecuadas ni existe un ecosistema normativo propicio para que los consumidores sepan cómo se lleva a cabo el manejo de sus datos personales, lo cual es el punto central del inciso analizado.

Entonces, por más que el Código haga una simple remisión a la normativa de protección de datos personales, esto no es, de ninguna manera, apropiado ni eficiente, por lo que, estimamos que la mejor alternativa para proteger al consumidor de este tipo de infracciones es tomar como fuente principal a la normativa de protección de datos personales peruana, teniendo como herramientas los derechos ARCO y los principios que deberían delimitar la conducta de aquel proveedor que emplea los datos personales del consumidor sin su consentimiento.

No nos atreveríamos a decir que las cosas automáticamente mejorarán, pues es necesario campañas de masificación de la información, donde se tenga como objetivo transmitir el conocimiento de los derechos de protección de datos personales para todo consumidor y

persona natural. La ratio de cumplimiento de esta normativa aún es baja porque existe mucho desconocimiento de por medio. Creemos que la situación mejoraría si los consumidores puedan emplear las herramientas que proporciona la normativa de protección de datos personales para poder tener control sobre su propia información personal.

Con respecto al manifiesto conflicto de competencias entre Indecopi y la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, a pesar de que las entidades velen por bienes jurídicos distintos, ambas deberían tener como objetivo principal y valor primigenio al consentimiento del consumidor, ya que la particularidad de las ventas agresivas es que la “agresividad” se presenta empleando indebidamente el consentimiento del consumidor para contactarlo con intenciones comerciales. Por ello, por más que sus límites causen zozobra y desconocimiento en el consumidor, deberían unir esfuerzos, delimitando el ámbito de actuación de cada una de ellas, con el propósito de combatir dichas prácticas ilícitas que afectan sobremanera la tranquilidad y la paz del consumidor.

Finalmente, y sin ánimos de contradecir nuestra posición que siempre ha buscado un consenso entre las diferentes normativas, creemos que sí existen aspectos positivos que resaltar del Código, como, por ejemplo, (i) las robustas sanciones pecuniarias impuestas a los proveedores que vulneren el inciso e) del artículo 58°, (ii) así como el empleo, aunque poco masificado y nada regulado, del registro “WhatsApp, No Insista”. Con certeza, el empleo de este registro que es análogo a las listas de Robinson de España, puede tornarse provechoso y eficiente para los consumidores, ya que, como vimos, el telemarketing no cesará y aún existe poca penetración e interiorización de la normativa de protección de datos personales en nuestro país, siendo que una respuesta momentánea al conflicto puede darse por la vía comentada.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ HERNANDO, J. y CAZURRO BARAHONA, V.

2018 “Practicum Protección de Datos”. Editorial Arazandi: Pamplona.

CARBONELL, Esteban

2015 “Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Edición: mayo 2015. Lima: Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L.

Diario Oficial de la Unión Europea

2005 “DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior”.

DURAND, Julio

2011 “Los vacíos del Nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor y su repercusión en los derechos del consumidor, perspectivas y efectos en el Derecho Civil”. Febrero 2011: UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES.

Recuperado

de: https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/inv_consumidor.pdf.

LEDESMA, Wendy, BERMÚDEZ Miguel y otros

2019 “Lineamientos sobre Protección al Consumidor del Indecopi”. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)

NÚÑEZ, Helard

2018 “PRINCIPALES MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR”. Revista Quorum. Derecho de Competencia y Protección al Consumidor.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo

2010 “El fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del consumidor”. Actualidad Jurídica, 202, Lima.

TITO, Johanna y PUELL, Melina

2009 “Jurisprudencia sobre protección al consumidor. Apuntes Temáticos”. Primera edición: Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.

Resoluciones citadas:

- Resolución N° 0539-2006/TDC-INDECOPI del Expediente N° 460-2005/CPC de fecha 19 de abril de 2006, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Resolución N° 1989-2007/TDC-INDECOPI del Expediente N° 2022-2006/CPC de fecha 15 de octubre de 2007, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Resolución N° 0358-2008/TDC-INDECOPI del Expediente N° 712-2007/CPC de fecha 26 de febrero de 2008, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Resolución N° 0542-2021/SPC-INDECOPI del Expediente N° 0174-2019/CC3-SIA de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, emitida por la Sala de Protección al Consumidor.
- Opinión Consultiva N° 05-2019-JUS/DGATAIPD, emitida por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, con fecha 25 de enero de 2018.

