

hiperderecho

Lima, 5 de septiembre de 2017

Señores

Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos

Congreso de la República

Presente. —

Asunto: Comentarios al Proyecto de Ley N° 1505/2016-CR

Referencia: Oficio No. 1834-2016-2017-CTC/CR

Hiperderecho es una asociación civil peruana sin fines de lucro dedicada a investigar y promover el respeto de los derechos humanos en entornos digitales, conformada por abogados y especialistas en tecnología. Como parte de nuestro trabajo, estudiamos todas las iniciativas de política pública que puedan impactar el ejercicio de derechos y libertades en estos ámbitos.

Hemos analizado con detenimiento el Proyecto de Ley N° 1505/2016-CR: “Proyecto de Ley que crea y regula el Servicio Privado de Transporte a través de Plataformas Tecnológicas”. Al respecto, y en correspondencia al Oficio No. 1834-2016-2017-CTC/CR que nos remitió la Comisión solicitando nuestros comentarios, le alcanzamos nuestro análisis y recomendaciones sobre el Proyecto de Ley.

I. ¿Qué son las plataformas de viajes compartidos?

El Proyecto de Ley no ha considerado en su totalidad las distintas relaciones jurídicas que emergen cuando un ciudadano solicita el despacho de un auto privado o taxi a través de una aplicación móvil o una página web. Esto es comprensible porque se tratan de servicios nuevos, producto de una serie de relaciones jurídicas complejas y que, además, están en constante evolución y cambio.

No obstante, las leyes peruanas como cualquier ordenamiento jurídico moderno está preparado para comprender nuevas relaciones contractuales. Desde la perspectiva de las normas peruanas vigentes y los contratos suscritos entre las partes, para los servicios de este tipo más populares en Perú estamos frente a tres relaciones jurídicas:

- **Entre el Pasajero y la Plataforma:** La plataforma presta el servicio de puesta en contacto, despacho, coordinación o, en muchos casos, intermediación del pago por el servicio de transporte privado prestado por un tercero. Este servicio combinado podría ser entendido como una mezcla de los servicios

que prestan los directorios como Páginas Amarillas, el de empresas de empleo temporal y el de *escrow* o intermediario financiero que retiene un pago sujeto a condición. Dependiendo del caso, este servicio es prestado por la Plataforma sin una contraprestación económica a cambio o a cambio de una comisión cobrada con la tarifa. Respecto de este servicio, cada Plataforma puede realizar distintas ofertas que serán exigibles por el pasajero como: (i) autos de cierta descripción o modelo, (ii) poner en contacto con conductores capacitados, (iii) gestionar el cobro según el tarifario ofrecido, entre otras. Esta relación de consumo entre Pasajero y Plataforma está plenamente regulada por el Código del Consumidor y ha sido reconocida como válida en el pasado por Indecopi.¹

- **Entre el Pasajero y el Conductor del Vehículo:** El Conductor del Vehículo le presta al pasajero el servicio de transporte privado, análogo al que presta un chofer privado. En algunos casos, ciertas Plataformas trabajan también con taxis que, cuando tengan los permisos correspondientes para la jurisdicción, prestan el servicio de taxi o transporte urbano de pasajeros al usuario. En todos los casos, existe una contraprestación económica por este servicio, que es pagada por el Pasajero a través de la Plataforma o, excepcionalmente, directamente en efectivo. En este caso, los conductores son responsables de prestar un servicio idóneo conforme a lo que se espera en un contrato de transporte privado: llevar al pasajero a su destino, tener el vehículo en condiciones ideales para prestar el servicio, conducir en forma diligente y mantener un trato respetuoso hacia el pasajero. Esta relación de consumo también se encuentra protegida por las normas de protección al consumidor. En ese sentido ha sido reconocida por Indecopi en el pasado, al punto de que se han emitido sanciones contra conductores que incumplen el deber de idoneidad en la prestación del servicio privado de transporte.²
- **Entre el Conductor del Vehículo y la Plataforma:** La Plataforma le presta al Conductor de Vehículo el servicio de puesta en contacto con un potencial pasajero y en la mayoría de los casos coordinar el pago por el servicio prestado al Pasajero. A cambio, el Conductor del Vehículo paga a la

¹ “En ese sentido, para la Comisión, no resulta evidente que Easy Taxi ofrezca al público consumidor, directamente, el servicio de transporte en la modalidad de taxi. De la información brindada por la imputada en el mercado, mediante su sitio web y redes sociales, **se puede apreciar suficiente información referida a que Easy Taxi se dedica a la colocación de taxis, mediante una plataforma, el cual permite conectar a usuarios taxistas con usuarios solicitantes del servicio de transporte, lo que no constituye, de ninguna forma, la prestación del servicio de transporte, en la modalidad de taxi.**” Resolución Final No. 099-2015/CDI-INDECOPi recaída sobre el Expediente No. 211-2014/CCD emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal No 1. con fecha 19 de agosto de 2015. Énfasis agregado.

² Resolución Final No. 1050- 2016/CC2 recaída sobre el Expediente No. 1501- 2015/CC2 emitida por la Comisión de Protección al Consumidor No. 2 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual con fecha 23 de junio de 2016, en el extremo en el que encuentra responsabilidad de un conductor de taxi como proveedor que prestó un servicio de transporte a un pasajero y lo sancionó por incumplir su deber de idoneidad.

plataforma una comisión que puede ser fija o equivalente a un porcentaje de la tarifa final cobrada al Pasajero. Este servicio de referencia y coordinación de pago podría asimilarse al que prestan las agencias de empleo temporal o a la forma en la que dos agentes económicos se refieren consumidores a cambio de una comisión.

II. Los servicios de transporte privado contratados a través de medios electrónicos no operan fuera de la ley

No existe ninguna relación o negocio jurídico en nuestro país que se encuentre exonerado de la ley. Las tres relaciones jurídicas descritas en la primera sección de esta carta se encuentran bajo el alcance de los siguientes ordenamientos normativos:

1. **Código Civil**, en tanto son contratos celebrados en territorio nacional o respecto de servicios a ser prestados en territorio nacional. Adicionalmente, la responsabilidad por cualquier daño que pueda generarse a terceros cae dentro del ámbito de la Responsabilidad Civil Extracontractual. Así, por ejemplo, si como producto de la prestación del servicio de transporte el Pasajero se ve involucrado en un accidente y sufre daños físicos puede demandar por daños y perjuicios en el fuero civil al Conductor del Vehículo y a la persona jurídica que opera la Plataforma. En ese caso, un juez determinará en base a la legislación y jurisprudencia nacional la existencia de un nexo causal entre el daño generado y la participación de cada uno de los denunciados.
2. **Código Penal**, en tanto es aplicable a todo el que comete un hecho punible en el territorio nacional. De esta manera, el Conductor de la Plataforma, el Pasajero y la Empresa podrían ser denunciados y condenados por los tribunales peruanos por cualquier falta o delito que cometan durante la prestación de los servicios descritos en el apartado anterior.
3. **Código de Protección y Defensa del Consumidor**, en tanto éste es aplicable a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste. Como señalamos en la sección anterior, al menos dos de los servicios prestados entre las partes califican como servicios en el marco de las normas de protección al consumidor. La posibilidad de que la relación entre Plataforma y el Conductor del Servicio se encuentre comprendida por esta protección especial va a depender de si puede considerarse o no al Conductor como un consumidor o si, por el contrario, como otro proveedor.
4. Normas tributarias, laborales y demás regulación sectorial aplicable en territorio nacional, en tanto son servicios prestados en Perú y siempre que satisfagan los requisitos de aplicación espacial de la norma concreta.

No debe confundirse la competencia territorial de la ley con la posibilidad práctica de aplicar la ley a una empresa no domiciliada. Efectivamente, puede ser complicado aplicar las normas tributarias nacionales a una empresa que no registra domicilio ni registro de contribuyente en territorio nacional. Sin embargo, esto es un problema con el que la autoridad tributaria tiene que lidiar cotidianamente con empresas dentro y fuera del país y para lo cual cuenta con estrategias, convenios y experiencia. Adicionalmente, es importante reconocer que en el plano de la lucha contra la informalidad en nuestro país resulta mucho más fácil fiscalizar relaciones plenamente bancarizadas como pagos con tarjeta de crédito y depósitos en cuentas bancarias (como ocurre casi siempre en estos servicios) respecto de transacciones enteramente en efectivo como las de los taxis informales.

III. Estos servicios están en constante evolución

Los servicios prestados a través de tecnologías de la información se caracterizan por estar en constante evolución. Desde esa perspectiva, no debemos asumir que la forma en la que hoy los servicios bajo análisis son prestados se mantendrá estable en el tiempo. Por ejemplo, cuando esta categoría de empresas empezó a operar en el país trabajaban exclusivamente con taxis y todos los pagos se realizaban en efectivo. Actualmente, muchas Plataformas trabajan con autos privados y taxis y, en la mayoría de casos, aceptan pagos con tarjetas de crédito, débito, y en efectivo.

De la misma manera, algunas Plataformas han empezado a prestar el servicio de coordinación de viajes compartidos de tipo “colectivo”, donde dos o más pasajeros que no se conocen entre sí pueden compartir un mismo auto durante algunos tramos del recorrido. En otros países, varias de las mismas Plataformas que concurren en el mercado peruano coordinan la prestación de servicios de transporte de documentos, encomiendas y hasta de reparto a domicilio de comida de restaurantes. En el largo plazo, se prevé que una porción de estos servicios se preste a través de vehículos sin conductor mediante un sistema de flotas autónomas y estos servicios ya se están probando en algunas ciudades del mundo.

Un diseño regulatorio hecho a la medida del estado actual de estas Plataformas rápidamente podría resultar caduco o irrelevante. Peor aún, aprobar reglas demasiado particulares podría crear una barrera para la evolución de estos servicios o la entrada de nuevos competidores nacionales y extranjeros. Como resultado, podríamos terminar afectando precisamente a los consumidores de estos servicios al negarles el acceso a un mercado más diverso y competitivo.

IV. El Proyecto de Ley es ambiguo respecto del grado de responsabilidad compartida que impone

Consideramos desproporcionado imponer un estándar de responsabilidad objetiva solidaria para la Plataforma respecto de la prestación del servicio privado de

transporte o de taxi prestado por el Conductor del Vehículo. El grado de responsabilidad de la Plataforma deberá de limitarse en el plano civil y penal a su vinculación al hecho generador del daño o actividad punible. En el ámbito de la protección al consumidor, la Plataforma debería de responder exclusivamente por la idoneidad de la prestación de los servicios que comercializa y presta directamente como la coordinación y despacho de un conductor y un vehículo bajo las condiciones ofertadas.

Imponer un estándar de responsabilidad objetiva solidaria aumenta el costo fijo de la prestación del servicio de las Plataformas, las comisiones cobradas al Conductor del Vehículo y también las tarifas cobradas a los pasajeros finales. Actualmente, muchas Plataformas han elegido contratar seguros especiales ante cualquier daño generado en la prestación del servicio privado de transporte o tienen una política de devolución del monto cobrado flexible ante cualquier reclamo. En otras palabras, muchas Plataformas han identificado la necesidad de garantizar la satisfacción de los pasajeros y su seguridad y la han convertido en una ventaja competitiva para diferenciar su oferta comercial. Creemos que este es un signo positivo en el mercado y que la legislación debe continuar permitiendo la experimentación en modelos de negocio sustentados en tecnología.

No obstante, el Proyecto de Ley bajo comentario contiene un lenguaje ambiguo respecto del grado de responsabilidad que intenta imponer a las empresas que operan las Plataformas. Al punto que resulta imposible determinar si se impone una responsabilidad objetiva solidaria entre la Plataforma y el Conductor del Vehículo o no por los daños generados a terceros o por la responsabilidad administrativa como prestador del servicio de transporte. Por un lado, el artículo 3 señala que la oferta del servicio privado de transporte a través de plataformas tecnológicas no exime al operador del servicio de sus responsabilidades legales. Si por “operador del servicio” privado de transporte entendemos al Conductor del Vehículo, esta declaración resulta innecesaria y no afecta en nada el escenario de responsabilidades legales existentes en la actualidad. Por otro, el artículo 7 del Proyecto establece la responsabilidad compartida entre la Plataforma y el Conductor del Vehículo exclusivamente respecto de las obligaciones contenidas en los artículos 4 (sobre requisitos mínimos de operación) y 6 (sobre requisito de registro de plataforma). Es decir, en ningún extremo del Proyecto de Ley puede sostenerse que se impone una responsabilidad objetiva solidaria entre la Plataforma y el Conductor del Vehículo por la prestación del servicio privado de transporte prestado por el Conductor del Vehículo o por daños a terceros. Aunque la imposición de cierta forma de responsabilidad objetiva en este extremo se insinúa en la Exposición de Motivos, ello no queda reflejado en la propuesta legislativa misma.

V. La legislación no debe dejarse llevar por casos extremos o mediáticos

Consideramos peligroso que legislaciones de alcance general como esta propuesta estén sustentadas en casos extremos o con exposición mediática. Una máxima legal famosa reza que “los casos extremos generan mal Derecho.” Es decir, no debemos dejar que un caso particularmente complicado o de difícil resolución sea el precedente en virtud del cual se construye una regulación que abarca todos los demás casos. Aunque los casos extremos no deben de dejarse de lado al momento de la formulación de reglas, deben de ser apreciados en su real contexto y entendidos como anomalías dentro de un rango de situaciones que tienden más al promedio.

Soluciones legislativas de este tipo necesitan estar soportadas en evidencia estadística y más puntos de información que casos aislados. En ese sentido, sería importante conocer si existen decisiones o expedientes abiertos en el Poder Judicial en los que pasajeros de taxi o de vehículos privados hayan intentado demandar en la vía civil o penal a las empresas intermediarias como radio taxis o Plataformas tecnológicas por lo acontecido durante la prestación del servicio de transporte. De la misma manera, es importante recopilar y sistematizar la varias resoluciones que autoridades administrativas como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual han emitido sobre la materia. Así mismo, podría solicitarse a las empresas que operan las Plataformas información sobre el número de viajes que coordinan por mes para entender la popularidad de los servicios. Solo sobre la base de esta evidencia podrá apreciarse hasta qué punto los casos de los que tenemos noticia de malos servicios son la excepción o la regla para los usuarios peruanos.

VI. En ningún país se ha regulado a estos servicios de esa manera

En el contexto de nuestro debate nacional, es importante tener en cuenta la experiencia comparada. Aunque estos servicios han sido objeto de numerosas investigaciones e iniciativas legislativas, en ningún país se ha establecido la responsabilidad objetiva solidaria para las Plataformas por la prestación del servicio privado de transporte que prestan los Conductores a los Pasajeros. En muchos sitios se les han impuesto obligaciones de registro, de cooperación con las autoridades, de empadronamiento de conductores, pago de contribuciones a fondos de asistencia ante accidentes o la contratación obligatoria de seguros. Sin embargo, en ninguna de las jurisdicciones que hemos tenido oportunidad de revisar se ha establecido una regla estricta de compartición de responsabilidad absoluta. Creemos que este dato en sí mismo es revelador y también debe de orientar el razonamiento de la Comisión en tanto imponer reglas demasiado estrictas e irrazonables a estas Plataformas puede terminar aislando al mercado peruano de la innovación tecnológica y nuevos modelos de negocio de los que se benefician otros mercados de la región.

Por lo expuesto, solicitamos a su Comisión tenga a bien recibir estos comentarios y los sume al debate en torno a esta iniciativa. Del mismo modo, si es necesaria alguna precisión o mayores alcances nos ponemos a su disposición para cualquier consulta sobre este Proyecto de Ley o sobre otras iniciativas que la Comisión de la cual hace parte requiera. Sin más, le expresamos nuestros mejores deseos y mayor consideración.

Atentamente,

Miguel Morachimo Rodríguez
Director Ejecutivo

Carlos Guerrero Argote
Director de Investigación

Asociación Civil Hiperderecho
Jr. Colina 107, Barranco, Lima 15063
RUC: 20551193099

Sobre los autores de esta carta

Miguel Morachimo es Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho, Ciencia, y Tecnología por la Universidad de Stanford, California, Estados Unidos.

Carlos Guerrero es Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha seguido cursos sobre regulación de Internet en la Organización de Estados Americanos, la Universidad San Andrés y la Universidad de Palermo, Argentina.