

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MARCO DEL E-COMMERCE

Durante las últimas décadas el mundo ha evolucionado de tal manera que la injerencia de las tecnologías de información y comunicación (TIC) en nuestra vida diaria se ha convertido en una necesidad, así como en una gran ventaja para quienes tengan acceso a ellas. Es sobre la base de este apogeo tecnológico que el comercio electrónico o ya conocido *e-commerce* encontró asidero para convertirse en el mejor aliado de las empresas cuyo fin era no solo extender sus mercados, sino y sobre todo aminorar los costos de transacción.

Tenemos entonces que a lo largo de los últimos años el *e-commerce*, entendido como la compra y venta de productos o servicios a través del uso de medios electrónicos, como las páginas webs, en incluso las redes sociales, se ha convertido en un aliciente para los nuevos empresarios. Esta interacción virtual entre proveedores y consumidores ha propiciado que el derecho, siempre cambiante, adecue sus regulaciones a las nuevas circunstancias, sabedor de las contingencias que una relación comercial a distancia podría generar, implementando nuevas restricciones y exigencias con la finalidad de salvaguardar el derecho de ambas partes, preservando el equilibrio en el mercado, y garantizando así su óptimo y regular funcionamiento.

Actualmente, aproximadamente un 42% de la población total del Perú utiliza el servicio de internet y el dispositivo más común para acceder a ella son los Smartphone, según Ipsos Perú. Asimismo, las actividades a las que los internautas dedican más tiempo se agrupan en indagación, interacción y entretenimiento.¹ Constituyéndose los portales webs y aplicaciones, en las mejores vitrinas para la venta y publicidad de productos y servicios, situación que no ha sido desaprovechada por los empresarios, quienes no han titubeado ante la oportunidad de subirse a la “*ola digital*”.

No resulta irrelevante entonces, manifestar que en lo que va del año, en nuestro país se ha registrado un alza en el comercio digital. Datos de Kantar Milward Brown indican que alrededor de 5,1 millones de peruanos compran de manera constante por Internet.² Siendo que, tal como lo señalara Comex, el comprador *online* en el Perú pertenece principalmente a los sectores socioeconómicos A y B, y es un trabajador independiente que se encuentra entre los 25 y 35 años.³ Esta tendencia pone de manifiesto el rol protagónico que está adquiriendo el comercio electrónico en el desarrollo económico del país, siendo las nuevas generaciones, ahora llamados *millennials*, y quienes han crecido con esta evolución y apogeo tecnológico, los que están ingresando al mercado, incorporándose como parte de la población económicamente activa, trayendo con ellos sus hábitos tecnológicos, haciendo de este tipo de transacciones virtuales, el común denominador en la compra y venta de producto y servicios.

Es bajo este tenor que los contratos electrónicos se han tornado cada más comunes y necesarios. Razón por la que, en medio del auge del comercio electrónico resulta de suma importancia que toda empresa cuide los aspectos legales que regulan sus contratos con sus clientes. No está demás precisar que tener las condiciones de contratación acorde a derecho hace que el usuario se sienta seguro a la hora de realizar su compra a través del internet.⁴

1 <https://gestion.pe/tendencias/2-millones-peruanos-reazan-compras-online-celular-143284> (Visitada el 01/10/18)

2 <https://elcomercio.pe/economia/negocios/e-commerce-gastan-peruanos-compran-internet-noticia-nndc-559358> (Visitada el 01/10/18)

3 <https://elcomercio.pe/economia/peru/comercio-electronico-movera-us-2-500-millones-ano-comex-peru-noticia-542234> (Visitada el 01/10/18)

4 <https://www.apdtic.com/requisitos-en-los-contratos-e-commerce/> (Visitada el 02/10/18)

Como hemos podido apreciar, resulta evidente que los hábitos de compra han y siguen evolucionando de manera vertiginosa, por lo que resulta en extremo necesario proteger adecuadamente a los consumidores. En consecuencia, cualquier negocio que se sirva del comercio electrónico debe tener en cuenta que la normativa obliga a cumplir una serie de requisitos legales, sin el cumplimiento de los cuales se estará actuando en el tráfico económico *online* de una forma ilegítima. Entre estos requisitos, se encuentra la exigencia a los prestadores de servicios que vendan *online* a poner a disposición del cliente una información previa (condiciones generales de contratación), que ha de estar de forma clara y comprensible en la página web para el usuario.⁵

¿Cuándo se perfecciona el contrato electrónico?

Los contratos electrónicos son todos aquellos que se celebran por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. En sentido estricto, son aquellos que se celebran mediante el llamado diálogo de computadoras, vale decir, entre el ordenador del emisor y el ordenador del receptor, a través de una red telemática binaria e interactiva de operadores intermedios.⁶

Este tipo de contratos poseen las mismas características que un contrato tradicional, siéndole aplicable las mismas regulaciones básicas. Tenemos entonces que el artículo 1373° del Código Civil peruano señala de manera expresa que un contrato estará celebrado y perfeccionado cuando la aceptación de, en este caso el comprador, es conocida por el proveedor. Asimismo, en el artículo 1374° señala que tanto la oferta como su revocación, así como la aceptación, y toda declaración de voluntad, serán conocidas cuando lleguen al domicilio del proveedor, entendiéndose, se encuentre dentro de su esfera de conocimiento y/o pudiera ser conocida por este. Cabe precisar que es obligación del proveedor la responsabilidad de habilitar aquellas herramientas electrónicas que les permita a los consumidores manifestar su voluntad de contratar de manera expresa e indubitable.

No obstante, por la naturaleza propia de los contratos electrónicos, el derecho se ha visto en la necesidad de implementar al acotado artículo 1374°, un dispositivo adicional, el mismo que hace referencia al conocimiento y contratación entre ausentes. Estableciendo que:

*“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas al momento en que llegan a la dirección del destinatario a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”.*⁷

Es sobre la base de dicho dispositivo, que se ha vuelto en extremo relevante en las relaciones de comercio electrónico, el uso del ya conocido “*check box*”, toda vez que este funge como el medio idóneo para la manifestación de voluntad, entendiéndose aceptación, de los consumidores y/o usuarios de manera expresa e indubitable de las condiciones de compra. Siendo esto así, el

5 <https://www.apdtic.com/requisitos-en-los-contratos-e-commerce/> (Visitada el 02/10/18)

6 MATEU DE ROS, Rafael, “El consentimiento y el proceso de contratación electrónica”, en: MATEU DE ROS, Rafael y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, Juan Manuel (Coordinadores). Derecho de Internet. Contratación y Firma Digital, Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2000, p. 42.

7 Soto Coaguila, Carlos Alberto. Informe sobre el comercio electrónico en el derecho peruano. <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/informe-sobre-el-comercio-electronico.html> (Visitada el 30/09/18)

check box en el *e-commerce* se ha convertido en un aliado invaluable y en una herramienta imprescindible.

No esta demás recalcar que el mismo cobra vital importancia en aquellos negocios que funcionan como un autoservicio, es decir, aquellos en los que son los propios consumidores, sin intervención del proveedor quién selecciona y arma el paquete de productos y/o servicios que pretende adquirir. Importancia que se maximiza al fungir el uso de dicha herramienta como una garantía para los proveedores de que los usuarios tuvieron a su disposición toda la información relevante y suficiente, de manera clara y oportuna, antes de decidir comprar y/o adquirir un determinado producto o servicio. Evitando de este modo no solo en incurrir en contingentes contractuales, sino también evitando incurrir en alguna infracción a las normativas de protección al consumidor, cuyas multas a la fecha oscilan entre 0,5 y 450 UIT por infracción, y cuyo ente regulador es el Indecopi.

De lo dicho se desprende de manera consecuente que, en el marco de una transacción electrónica garantizar la seguridad se ha tornado en extremo relevante a fin de preservar la legalidad y transparencia de las mismas. Consecuentemente, sea ha regulado temas tales como la firma electrónica, políticas de privacidad, términos y condiciones, entre otros, guardando una especial observancia de los derechos fundamentales, así como de la necesidades propias del mercado. Implementando incluso temas regulatorios en materia de reclamos, a fin de proteger el derecho de los consumidores, disminuyendo así el impacto negativo que la asimetría informativa podría generar en el mercado, fomentando el adecuado proceder de los proveedores en el desempeño de sus actividades.

No cabe duda entonces que, los vertiginosos avances que en muy pocas décadas han alcanzado las nuevas tecnologías destinadas a facilitar la comunicación entre las personas y el flujo de informaciones, y muy en particular, el espectacular desarrollo que ha tenido internet desde su creación relativamente reciente, plantean retos complejos y novedosos a nuestras sociedades, desde los más diversos puntos de vista. Toda situación novedosa suele requerir una regulación jurídica, y por ello el acercamiento del Derecho a estas nuevas tecnologías es imprescindible. No obstante, aún dentro del ámbito jurídico, las dimensiones de análisis de este complejo fenómeno son muy amplias (civil, comercial, penal, etcétera).⁸

¿Vulnera el e-commerce derechos fundamentales?

La relación entre la tecnología y los derechos fundamentales es doble: por un lado tenemos el estudio jurídico de los riesgos para los derechos fundamentales ocasionados por las tecnologías de la información y las comunicación; y por otro lado, observamos la aplicación de recursos tecnológicos a la garantía de derechos. De ahí que las implicancias de las TIC en los derechos fundamentales sean enormes. En ese nuevo marco hay que destacar una vez más, entre los valores constitucionales, la incidencia de la dignidad de la persona, al servicio de la cual debe aplicarse toda la ciencia y la tecnología, y que en ningún caso debe vulnerar este valor fundamental. Igualmente son aplicables en esta materia los valores de la libertad, la igualdad y el pluralismo político.⁹

8 Díaz Revorio, Francisco Javier. "Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales".

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3043/2890> (Visitada el 02/10/18)

9 <http://www.lajuridica.es/DERECHOS-FUNDAMENTALES-Y-TECNOLOGIAS-DE-LA-INFORMACION-Y-DE-LAS-COMUNICACIONES-TICS-9788476989531> (Visitada el 01/10/18).

Como hemos podido apreciar las TIC han tenido un acelerado crecimiento, así como una gran acogida, teniendo un gran impacto en nuestro día a día, no obstante su fácil manejo, así como su libre y rápido acceso, han ocasionado que nos replanteemos temas como los de la libertad y la privacidad. En un mundo globalizado donde el acceso a la información y la recopilación de datos se hace de manera automática e indiscriminada, resulta necesario establecer políticas de control y fiscalización que garanticen el buen uso de la data que circula en la redes, así como que su uso cumplan con salvaguardar los derechos de los usuarios y titulares de esos datos.

De este modo, la incidencia de las nuevas tecnologías en los derechos constitucionales es verdaderamente amplia y compleja. Ello no debe extrañar pues las TIC son instrumentos omnipresentes en nuestra <<sociedad de información>>, en el seno de la cual ejercemos hoy en día todos nuestros derechos constitucionales. Por tanto, esta vinculación tan intensa por lo estrecho de la relación –y, al mismo tiempo tan extensa por la amplitud de las implicaciones y relaciones existentes- entre Derecho y sociedad, y en particular una consecuencia de que los derechos constituciones, solo existen en tanto se ejercen en el seno de esta sociedad.”¹⁰

Así, la necesidad de que los datos circulen por la red, la imposibilidad de conocer el uso que el receptor de datos va a hacer de los mismos, o la consideración de que una acumulación de datos va a permitir, mediante el estudio sociológico o de otra índole, trazar el perfil de una persona, nos indican que, al final, podrán ser utilizados con fines espurios. Las técnicas informáticas con su capacidad de proceso pueden ejercer, por tanto, un control social e interferir en la vida de las personas sin que éstas lleguen a percibirlo. Este necesario intercambio de datos en el proceso de construcción de la sociedad de la información hace posible que las nuevas tecnologías sean un factor que facilite la violación de derechos fundamentales de los individuos, lo que motiva que los Estados tengan que tomar conciencia de la necesidad de tutelar estos derechos y proteger la intimidad de las personas.¹¹

Es por esta razón que, en el marco del ejercicio de un comercio electrónico, y el intercambio de datos entre las partes, ha cobrado vital importancia, entre otras cosas, garantizar la protección de datos personales, ya que a menudo, en las tracciones electrónicas se llevan a cabo un gran número de actos en los que los proveedores requieren hacer uso de los datos de sus clientes, estableciendo herramientas para la recopilación de los mismos. No obstante, muy pocos proveedores tienen real certeza de las obligaciones detrás que este pequeño pero no tan simple acto, ni mucho menos de las contingencias que esto pudiera acarrearles en tanto titulares de un banco de datos. Ergo, el tratamiento de datos personales podría llegar a ser un contingente importante, en la medida que a muchos usuarios les preocupa revelar sus datos de carácter personal, temor que no es del todo descabellado, toda vez que, muchos de estos datos suelen ser usados de una manera abusiva, y para fines ajenos a aquellos que respondían a su recopilación.

Es en atención a este fenómeno que ha cobrado relevancia la ya conocida Ley de Protección de datos personales – Ley N°29733, la misma que tiene el objeto de garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales.¹²

10 Díaz Revorio, Francisco Javier. “Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales”.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3043/2890> (Visitada el 02/10/18)

11 Vega Clemente, Virginia. “Comercio Electrónico y Protección de Datos”. <https://core.ac.uk/download/pdf/72044528.pdf> (Visitada el 30/09/18)

12 Díaz Revorio, Francisco Javier. “Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales”.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3043/2890> (Visitada el 02/10/18)

Como consecuencia las empresas deben guardar una especial observancia al momento de tratar los datos personales que recaban de sus clientes bajo el riesgo de infringir la normativa vigente, llegando a pagar multas de hasta 100 UIT. Debiendo tener en cuenta que, en atención al rápido ascenso del comercio electrónico, el ente supervisor, el Ministerio de Justicia, ha incrementado sus labores de fiscalización.

¿Qué obligaciones tengo como proveedor en el tratamiento de datos personales?

Al respecto, es necesario considerar que el desarrollo de las nuevas tecnologías genera una clara amenaza para la privacidad de los ciudadanos en general, y de los consumidores y usuarios en particular. Las telecomunicaciones permiten a los proveedores recoger, analizar, almacenar y usar la información con gran facilidad y eficiencia. Su uso meramente comercial puede propiciar la utilización en otros ámbitos sociales y con otras finalidades, por lo que se pone de relieve el nacimiento de un nuevo problema en el tratamiento y respeto de datos personales: la necesidad del establecimiento de mecanismos para protección en sus diferentes etapas. Esto es, desde la recopilación, pasando por el tratamiento y almacenamiento, hasta su posible cesión a terceros; y todo ello con independencia del soporte en que se encuentren.¹³

Tanto el comercio tradicional como el comercio electrónico exigen la identificación de todas las personas que participan en el mismo. Esta aparente similitud oculta, presenta no obstante, cuestiones a considerar que representan un serio peligro para salvaguardar la intimidad del consumidor en el tráfico jurídico económico moderno. Es por esta razón que, en el tratamiento de datos, resuelta en extremo relevante contar con el consentimiento de los titulares de los datos, llámense clientes, consumidores, potenciales usuarios, pacientes, entre otros. Esto a fin de salvaguardar su derecho a la privacidad.¹⁴

Así, la protección de datos de carácter personal se puede definir como el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad. La protección de datos personales entonces, busca garantizar la privacidad de las personas, el resguardo o protección de su intimidad, lo cual supone, fundamentalmente, la posibilidad real de controlar el uso y la finalidad para la cual se destina la información relativa a los datos personales de cada individuo, y la facultad de oponerse a su utilización, de manera tal de impedir que esa información sirva a propósitos no aceptados por su titular.

De lo dicho se desprende que toda empresa debe protegerse solicitando a sus clientes, proveedores e incluso visitantes (sean o no potenciales clientes) con los que desee mantener cierto tipo de comunicaciones, autorización para que sus datos sean incluidos en las bases de datos de la empresa. Sobre este extremo resulta necesario que cada empresa y/o entidad que haga tratamiento de datos personales debe contar con un Banco de Datos debidamente implementado, contemplando además los mecanismos de protección y confidencialidad requeridos por ley.

13 Díaz Revorio, Francisco Javier. "Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales".
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3043/2890> (Visitada el 02/10/18)

14 Díaz Revorio, Francisco Javier. "Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales".
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3043/2890> (Visitada el 02/10/18)

Quienes posean bases de datos personales están obligados a registrarlos o inscribirlos en la dirección pertinente manejada por el Ministerio de Justicia, siendo sujetos de sanción si en un proceso de supervisión se descubre que no lo han hecho. En consecuencia, si la empresa hace manejo de base de datos y/o tiene un banco de datos en su poder, por más simple que esta sea, está sujeta a lo establecido por la Ley de Datos Personales.

Sin perjuicio de ello, tenemos que las principales obligaciones de los proveedores en el tratamiento de los datos personales, se encuentra la de recopilar la información de los titulares de los datos previo consentimiento, el mismo que tiene que ser previo, libre, inequívoco, expreso e informado. Asimismo, los proveedores deben tomar todas las medidas necesarias y suficientes para la protección de los datos que recopile, garantizando que estos no sean divulgados, modificados, alterados, destruidos ni utilizados para fines ajenos a los autorizados. Permitiendo además a los titulares de los datos revocar su consentimiento en cualquier momento, implementando las medidas para ello, las mismas que deben ser puestas en conocimiento del titular antes de su aceptación al tratamiento de sus datos.

Finalmente, sobre este punto precisamos que, en la aplicabilidad de las restricciones y obligaciones inherentes al tratamiento de banco de datos, el llenado de comprobantes de pago y/o títulos valores, no constituyen una falta o infracción; siempre y cuando su uso sea exclusivamente para tales fines y no se requiera información sensible; como por ejemplo datos bancarios o financieros, información familiar, información de menores de edad y otros datos relacionadas al género, raza, orientación sexual, preferencias políticas, religión, entre otros de igual o similar naturaleza.

Conclusiones

- El *e-commerce* es una novedosa y útil herramienta para el crecimiento y mejorar de las empresas prestadoras de servicios y productos.
- Las transacciones electrónicas requieren una regulación especial a fin de salvaguardar los derechos de las partes así como la seguridad jurídica.
- Un contrato electrónico se perfecciona con la aceptación, la misma que debe ser conocida por el proveedor.
- Se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.
- Las obligaciones básicas de la empresa son: informar y contar con el consentimiento antes de llevar a cabo el tratamiento de banco de datos.
- Si se hace el tratamiento de datos personales, se debe contar con los bancos respectivos debidamente inscritos, así como implementar las medidas de seguridad suficientes y necesarias para cumplir con las exigencias de la norma.
- Toda omisión a las observancias de ley son pasibles de sanción.