



José Jiménez Alemán

ALCANCE, FUNDAMENTOS Y OBJETIVOS DEL OPEN BANKING: PLANTEAMIENTO DE LAS PROBLEMÁTICAS DE SU IMPLEMENTACIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES

Sonia Queija Alvarado

LOS PROBLEMAS DE LA INTERVENCIÓN COADYUVANTE DE LOS REGULADORES EN ARBITRAJES BAJO CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Alejandro Cardoza Ayllón

LA ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN EL PERÚ POR FALTA DE MOTIVACIÓN: UNA MIRADA COMPARADA CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Francisco Távara & Jean Paul Vicente

INMUNIDAD DE LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS EN LA JURISDICCIÓN NACIONAL

Débora Graciano & Diego Valencia

NUEVOS FENÓMENOS DIGITALES: EL LIKE EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS



FORSETI

© DERUP Editores, Lima, 2024
Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A
Jesús María, Lima, Perú
ISSN: 2312-3583
www.forseti.pe / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

FORSETI autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

2024-II
Asociación DERUP Editores

Consejo Directivo

Genaro Ríos Díaz
Presidente y Director de Eventos

Josue Ochoa García
Vicepresidente y Director de Edición

Diego Valencia Guevara
Acacia Bautista Cervantes
Joel Lima Quiroz
Alisson Mijichich Vila
Jeslie Lavado Albino
Luciana Moreno Manrique
Priscilla Torres Bobadilla
Nadir Quivio Jimenez

Director de Gestión de Talento
Directora de Comercialización
Director de Finanzas
Subdirectora de Gestión de Talento
Subdirectora de Eventos
Subdirectora de Edición
Subdirectora de Comercialización
Subdirectora de Finanzas

Asamblea General

Comisión de Comercialización

Fiorella Fulchi Leo
Sol Morachimo Quiroz
Oswaldo Mendoza Damian
Mauricio Caqui Arévalo
Rodrigo Carranza Távora
María Gracia Gonzales Fajardo
Vanessa Herrada Olivera
Daniela Lecca Dhaga del Castillo
Camilo Lechuga Hanco
Belén López Fonseca
Joaquín Talavera Becerra

Comisión de Edición

Débora Graciano Chávez
Carlos Chuquilín Vásquez
Fabricio Neyra Quijandría
Rafaela Valdivieso Calderón
Marco Baldizón Roa
Claudia Salas Herdia
Ronald Abregú Choque
Luciana Olaza La Rosa
Alicia Valdivia Lazarte
Juan José Barriga Salcedo

Comisión de Gestión de Talento

Camila Morales Rola
Arelly Seguil Rodríguez
Alberto Hurtado Rosales
Luis Alonso Larrauri Illescas
Diana Paita Hinostriza
Jennifer Plasencia Silva

Comisión de Eventos

Rina Chanco Sucso
Cesia Esparza Polo
Daniela Mañanes Meléndez
Gabriela Ocampos Sifuentes
Luana Sandoval Gallo
Arantxa Iturriaga Perea
Xiomara Hinostriza Pariamachi
Giacomo Sanguineti Ravettino

Comisión de Finanzas

Octavio Fernández Távora
Ana Fernanda Crisanto Solís
Fabiana Lazo Rentería
Yasmín Ramos Yañe

SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

Nos complace presentar la edición número veinte de la Revista FORSETI. Esta edición reúne una colección de artículos que abordan distintos temas de importante relevancia en la actualidad jurídica en diversas ramas del derecho como son el ámbito civil, regulatorio, internacional y del arbitraje.

En el contexto del desarrollo digital, la segunda edición del 2024 comienza abordando el enfoque del *Open Banking*. De esta manera, el autor presenta las bases conceptuales alrededor del tema, su relación en el sector financiero y la regulación involucrada en el traslado de información de los clientes hacia las entidades de los diversos mercados.

Posteriormente, se analiza la intervención de los organismos reguladores en los arbitrajes derivados de contratos de Asociación Público Privada. En este sentido, la autora resalta la controversia causada por dicha participación con el Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje).

Siguiendo la línea de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se realiza un estudio acerca de la anulación de laudos arbitrales en el Perú y cómo esta puede ser mejorada tomando en cuenta la regulación y jurisprudencia española.

Asimismo, nos adentraremos en la inmunidad absoluta de las misiones diplomáticas, explicando sus efectos con relación a la jurisdicción nacional y a su regulación en el ordenamiento jurídico peruano actual.

Por último, a raíz del avance de la tecnología y su presencia en el Derecho, los autores se aproximan al impacto del *like* en el proceso de formación contractual y si este puede ser considerado como una manifestación de voluntad de aceptación de los términos de un contrato.

En nombre del equipo FORSETI, expresamos nuestro profundo agradecimiento a todos los autores, revisores y lectores por su continuo apoyo. Estamos seguros de que esta edición se convertirá en un valioso recurso para su estudio y que contribuirá a los distintos cuestionamientos que existen en los temas presentados. Deseamos que esta edición sea de su agrado.

Comisión de Edición

Índice

Regulatorio

**Alcance, fundamentos y objetivos del Open Banking:
Planteamiento de las problemáticas de su implementación y
posibles soluciones**

por José Jimenez Alemán 06

**Los problemas de la intervención coadyuvante de los reguladores
en arbitraje bajo contratos de Asociación Público Privada**

por Sonia Queija Alvarado 44

Arbitraje

**Anulación de laudos arbitrales en el Perú por falta de motivación:
Una mirada comparada con el ordenamiento jurídico español**

por Alejandro Cardoza Ayllón 56

Derecho Internacional

**Inmunidad de las misiones diplomáticas en la jurisdicción
nacional**

por Francisco Távara y Jean Paul Vicente 73

Derecho Civil

**Nuevos fenómenos digitales: El *like* en la formación de los
contratos**

Por Débora Graciano y Diego Valencia 98

Alcance, fundamentos y objetivos del *Open Banking*: planteamiento de las problemáticas de su implementación y posibles soluciones

José Alonzo Jiménez Alemán*

Resumen. – Este trabajo establece las bases conceptuales del Open Banking y analiza su situación en Perú y otros países. Para ello, se examinan argumentos técnicos y aspectos regulatorios necesarios para su implementación, como la seguridad y eficiencia en la transmisión de datos. En Perú, se define el modelo adecuado, tipo de información a compartir, los riesgos asociados y la compensación para las entidades que compartan datos.

Palabras clave. – Open Banking – Open Data – Fintech – Seguridad – Regulatorio

Abstract. – This work establishes the conceptual foundations of Open Banking and examines its status in Peru and other countries. It explores technical arguments and regulatory aspects necessary for its implementation, such as security and efficiency in data transmission. In Peru, it defines the appropriate model, the type of information to be shared, associated risks, and compensation for entities that share data.

Key words. – Open Banking – Open Data – Fintech – Security – Regulatory

* El autor es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente trabaja como especialista legal senior de la Gerencia Jurídica del Banco Central de Reserva del Perú. Las opiniones, interpretaciones y conjeturas del autor no representan la posición institucional del Banco Central de Reserva del Perú.

Un especial agradecimiento a Javier Quinteros Zarzoza por los comentarios y aportes en la perspectiva adecuada para el presente trabajo. Es un agradecimiento que trasciende este artículo, pues tengo aún la suerte de seguir aprendiendo de él en la Gerencia Jurídica del Banco Central de Reserva del Perú.

I. Introducción

El sistema financiero tiene un rol protagónico en el funcionamiento de los mercados y la sociedad en general, pues atiende una serie de necesidades de los agentes económicos, tales como promover el ahorro y distribuirlo a los sujetos que lo requieren para la realización de actividades productivas, la ejecución de pagos privados y de servicios públicos, transferencia de recursos, realización de inversiones, la gestión de riesgos a través de la contratación de seguros¹.

Desde la perspectiva de un proveedor de servicios financieros, hoy en día la información es un insumo valioso, pues les permite identificar la demanda de los usuarios con mayor certeza y, de esa forma, crear o modificar productos o servicios financieros que satisfagan esas necesidades. Hablamos de la creación de servicios financieros que atiendan de forma más eficiente el interés de los consumidores, por ejemplo, con el diseño de servicios de pago (por ejemplo, remesas al exterior) más económicos y rápidos. En este ámbito es que ingresan empresas con propuestas disruptivas que pretenden cambiar el alcance y la forma de cómo se vienen prestando los servicios financieros, a través de herramientas tecnológicas, que hoy en día conocemos como *Fintech*².

Para el diseño de servicios disruptivos, las *Fintech* requieren información sobre el comportamiento y características de los consumidores; para ello es fundamental tener acceso a data que proviene de una amplia variedad de fuentes: empresas prestadoras de servicios públicos, administración tributaria, aplicativos de pago digital, entidades bancarias, entre otros. En su gran mayoría se trata de información personal que se encuentra protegida por la normativa sobre protección de datos personales, por lo cual es indispensable el consentimiento expreso, informado e inobjetable del titular.

En este contexto, surge la interrogante: ¿cómo un tercero puede acceder a información que usualmente es custodiada o administrada por las entidades que proveen esos productos o servicios? Para responder esta pregunta debemos partir de la premisa de que la información no es de propiedad de las entidades privadas o públicas, si no de los clientes, quienes son los titulares de la misma y poseen el derecho de autorizar su utilización. En términos constitucionales se trata del

¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2018). Market study on the Impact of Technological Innovation in the Financial Sector. Madrid: CNMC.

² El término *Fintech* se refiere a las tecnologías digitales con potencial de transformar la provisión de servicios financieros, mejorando o creando nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos y productos. FEYEN, E.; FROST, J.; GAMBACORTA, L.; NATARAJAN, H.; SAAL, M. (2021). *Fintech and the digital transformation of financial services: implications for market structure and public policy*. Bank For International Settlements. Monetary and Economic Department. BIS Papers N° 117.

ejercicio del derecho fundamental a la **autodeterminación informativa** consagrado en el numeral 6 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, cuyo contenido fue desarrollado por el Tribunal Constitucional³, y supone la facultad de toda persona de requerir y utilizar información privada que consta en un registro administrado por una persona jurídica de derecho privado o público, para los fines que crea conveniente.

¿Por qué el Estado debe involucrarse en el desarrollo del derecho de autodeterminación informativa de los particulares, a fin de exigir a los custodios o administradores de la información mayores facilidades o esfuerzos para compartir información con terceros? La respuesta se encuentra en la promoción de políticas públicas como el *Data Access* u *Open Data*⁴, que tiene por objeto maximizar el acceso e intercambio de información como un medio para promover la productividad, a través del desarrollo de nuevos productos, procesos, métodos organizacionales e incluso mercados; así como para la mejora de la gestión pública de los Estados (por ejemplo, advirtiendo ineficiencias en el ejercicio de sus funciones que impactan en la vida de las personas y empresas). Como lo explica la OCDE⁵, el acceso a información es crucial para promover la competencia y la innovación en la era de la economía digital, no sólo para los comercios, sino también para los gobiernos e individuos. La información nos permite identificar demandas sociales en el ámbito de la salud, educación, transporte, infraestructura y, en general de los servicios públicos. En este contexto es que tiene cobertura el *Open Banking* o esquema de **finanzas abiertas**⁶.

El *Open Banking* se desarrolló en el Reino Unido a mediados del 2016 como una herramienta para promover la competencia en el ámbito de los servicios financieros. Esta iniciativa se aplicó inicialmente a los nueve (9) bancos más grandes del país⁷ y facilitó el acceso de nuevos agentes al mercado con esquemas de negocio disruptivos, tales como la **iniciación de pagos**, planificación financiera o servicio de *scoring*. La regulación exigió que las nueve (9) entidades financieras cumplan con compartir la información de sus clientes a terceros de forma segura y en línea.

El tema es aparentemente muy sencillo, sin embargo, existen muchos aspectos que deben ser evaluados para su correcta implementación, como es el caso de fijar los

³ En otras sentencias, basta con referirnos a la recaída en el Expediente 04739-2007-PHD/TC, fundamentos 2 al 4.

⁴ El enfoque del *Open Data* se sustenta en un principio fundamental: la información que administran o custodian las empresas prestadoras de servicios o proveedoras de bienes es de titularidad de las personas, por lo cual la decisión de compartirlas sólo les atañe a éstas, no a las empresas. Plaitakis y Staschen definen el *Open Data* en los siguientes términos: “the exchange of consumer data between private sector institutions, including financial institutions and nonbank financial institutions such as mobile money issuers, utility providers, and telecoms, with other such institutions on the basis of customer consent”. PLAITAKIS, A., & STASCHEN, S. (2020). *Open Banking: how to design for financial inclusion*. Washington: Consultative Group to Assist the Poor; pp. 4.

⁵ OCDE. (2019). *Enhancing access to and sharing of data: reconciling risks and benefits for data reuse across societies*. Paris: OECD Publishing.

⁶ En el presente trabajo se utilizará de forma indistinta los términos *Open Banking* o finanzas abiertas.

⁷ Fue voluntario para las demás instituciones.

objetivos específicos que pretenden conseguirse, establecer el modelo más adecuado para la realidad del país, desarrollar el régimen de responsabilidad para los terceros proveedores de soluciones financieras, elaborar o plantear el protocolo para la interoperabilidad entre los agentes que administran la información financiera del cliente con los terceros que la demandan, la protección de los datos personales de los clientes, entre otros.

Actualmente, es probable que muchas personas estén utilizando aplicaciones que funcionan bajo el enfoque del *Open Banking* aun desconociéndolo, en tanto es una tecnología que permite el funcionamiento de servicios de uso cotidiano como las plataformas de **Rappi, Pedidos Ya, Didi, Uber**, entre otros. En el *New Payment Index 2022* de Mastercard⁸ se presentó una encuesta dirigida a consumidores y respondida por más de 35 000 personas de 40 países, en las que se revela que más del 50% de los encuestados usan aplicaciones elaboradas sobre un enfoque de *Open Banking* sin conocerlo.

En esa línea, el presente trabajo tiene por objeto establecer bases conceptuales y prácticas sobre el funcionamiento y beneficios que implicaría la implementación de una visión o perspectiva de *Open Banking* o finanzas abiertas en el sector bancario. Asimismo, se ensayan los argumentos técnicos necesarios para promover el *Open Banking*, así como para regular ciertos aspectos indispensables para garantizar la seguridad y eficiencia en el traslado de información de los clientes. Finalmente, se desarrollan algunos retos pendientes en caso se pretenda implementar un régimen de *Open Banking*, considerando el estado de cosas vigente en Perú, tales como el arreglo institucional, el modelo más adecuado para nuestra realidad, el tipo de información que se debe compartir, los riesgos asociados a las finanzas abiertas (y su respectivo tratamiento), así como el discutible tema de la contraprestación o reconocimiento de los costos a las entidades que custodian o administran la información de los clientes.

II. Alcances conceptuales sobre el *Open Banking*

Como adelantamos, el *Open Banking* forma parte de un enfoque o concepción del funcionamiento del mercado más general, denominado *Open Data*, que -a nuestro juicio- tiene tres objetivos claros: (i) mejorar la productividad del país a través de la creación de nuevas oportunidades de negocio y promoción de la innovación; (ii) empoderar a los consumidores respecto del uso de su información (optimización del derecho a la autodeterminación informativa); y, (iii) aportar a la mejora de la gestión pública a través de información que beneficie la toma de decisiones de los burócratas.

El *Open Banking* se concentra en mejorar la experiencia del usuario y el proceso de creación de productos o servicios financieros, a través de la información de los

⁸ Consultado el 01 de agosto de 2023: <https://www.mastercard.com/news/eemea/en/newsroom/press-releases/press-releases/en/2022/august/mastercard-new-payments-index-2022-consumers-in-mena-embrace-digital-payments/>

propios clientes, a la que pueden acceder terceros, previa autorización del titular de los datos. Esto se materializa a través del consentimiento de los propios usuarios, que no es otra cosa que el ejercicio del derecho fundamental a la **autodeterminación informativa**, que en el campo especializado se denomina derecho de acceso y a la **portabilidad de datos**^{9 10}, el cual tiene raigambre constitucional. La información a la que nos referimos no necesariamente tiene que circunscribirse al ámbito bancario o financiero (que es el objeto del *Open Banking* u *Open Finance*), sino que es deseable que se expanda a otros ámbitos como el de servicios públicos (por ejemplo, la información de los clientes que es administrada o custodiada por empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, suministro de energía, entre otros).

De acuerdo con Azar, Mejía y Valdez¹¹, el *Open Banking* se refiere a la apertura de los productos, los servicios y los datos de los clientes de los bancos a otras organizaciones (otros bancos o terceros), con el objetivo de aumentar la oferta de los servicios financieros. Es el proceso que promueve que los proveedores de servicios financieros compartan los datos de sus clientes, previa autorización de éstos. Se diferencia del *Open Finance* debido al alcance de la obligación de compartir información, pues éste incluye no sólo a las entidades bancarias, sino también a los fondos de pensiones, *Fintechs*, aseguradoras, y en general todas las empresas que prestan algún tipo de servicio financiero. Por su parte, el denominado *Open data* incluye a las empresas que prestan servicios públicos, los *e-commerce*, las empresas del sector salud, las entidades gubernamentales, entre otras. Se trata de un enfoque más general, que -a nuestro juicio- es el más apropiado para crear bienes o servicios más alineados a las necesidades de las personas.

Los terceros proveedores de soluciones financieras (o de cualquier otro sector, incluso) utilizan esta información para innovar, lo cual constituye un valor clave para promover la competencia en el mercado, más aún si se incorporan componentes de disrupción tecnológica. Para explotar este enfoque de *Open Data* debemos partir de la premisa de que la información es dúctil a nuestras necesidades, por ende, puede ser acopiada de una empresa del sector de

⁹ OCDE. (2019). Enhancing access to and sharing of data (...); op. cit. pp. 43. De acuerdo a la OCDE, la portabilidad de datos puede ser conceptualizada como una herramienta para el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa, la cual consiste en el poder de las personas de exigir que su información personal pueda ser compartida con terceros a través de un formato práctico y sencillo, evitando así un nuevo registro.

¹⁰ El derecho a la portabilidad de datos, como expresión del derecho fundamental a la *autodeterminación informativa* y el derecho de acceso, aún no goza de reconocimiento expreso. Sin embargo, creemos que su reconocimiento es inminente, pues el proyecto de Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales (pre publicado el 26 de agosto de 2023, mediante Resolución Ministerial 0270-2023-JUS) lo incorporó. Cabe indicar que hubo un intento anterior a través del Proyecto de Ley N° 7870/2020-PE, que propuso crear la Autoridad Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, y además pretendía modificar la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733, incluyendo el derecho a la portabilidad de datos. Sobre el particular, recomendamos revisar: Gabriela Bolaños Vainstein (2022). *La incorporación del derecho a la portabilidad de datos personales en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para optar por el título de abogado, Universidad de Lima.

¹¹ AZAR, K., MEJÍA, D., & VÁLDEZ, M. (2021). Banca abierta: lecciones, desafíos y oportunidades para América Latina. Caracas: CAF.

telecomunicaciones y utilizada en sectores como la banca para crear productos o servicios que cierren la brecha de inclusión o profundización financiera. Piénsese en servicios de control de gastos, optimización de las finanzas, consolidación de deudas, comparación de productos financieros.

En el caso específico del *Open Banking* u *Open Finance*, la información que se puede acopiar de los clientes permite a los terceros conocer una serie de características de su comportamiento financiero, sobre la base de lo cual se pueden mejorar las experiencias, ofrecer productos más competitivos (por ejemplo, mejorar las tasas de interés, consolidar préstamos, o prestar servicios de administración de finanzas personales). Por otro lado, el acceso a las cuentas del cliente también constituye hoy en día un insumo fundamental para la prestación de determinados servicios por terceros, como son las billeteras digitales o los denominados servicios de iniciación de pagos.^{12 13}

El enfoque *Open Banking* tiene como principal efecto la promoción de la competencia en el mercado, pues elimina la asimetría informativa existente entre los proveedores de servicios financieros tradicionales (bancos) y los terceros proveedores de soluciones financieras (*Fintech*), y les permite a éstos competir e innovar en los segmentos del mercado más atractivos, como lo explican Zhiguo He, Jung Huang y Jidong Zhou¹⁴. De forma casi *apocalíptica*, estos autores vaticinan que la presión competitiva que ejercerán las *Fintech* sobre las instituciones financieras será tan fuerte que en algunos ámbitos (como el caso de los préstamos a favor de deudores calificados) las empresas de disrupción tecnológica desplazarán a los bancos tradicionales.

III. Reconociendo su impacto: principales servicios prestados a la luz del *Open Banking*

Hasta el momento, sabemos que las finanzas abiertas básicamente son un mecanismo para promover la competencia en el mercado bancario. Ahora bien, con el objeto de entender la utilidad práctica del *Open Banking*, en el presente acápite se realizará una revisión de los principales casos de uso, lo cual nos permitirá entender y dimensionar el aporte de una medida de esta naturaleza en beneficio del proceso competitivo y lo consumidores. Se utilizará como referencia el mapeo realizado por la Alianza Fintech del Pacífico¹⁵. Para este propósito se

¹² ZUNZUNEGUI, F. (2018). *La digitalización de los servicios de pago*. Revista del Derecho del Mercado Financiero, Working Paper 1/2018.

¹³ Los servicios de iniciación de pagos (también conocidos como “PIS”) por sus siglas en inglés fueron reconocidos formalmente en Europa a través de la Directiva N° 2015/2366 sobre servicios de pagos en el mercado interior (también conocida como PSD II). Este servicio permite al proveedor iniciar el pago de servicios con cargo en la cuenta que el cliente mantiene en un banco. Como explica Zunzunegui, este tipo de servicios permite ofrecer prestaciones complementarias para mejorar la gestión de las finanzas personales.

¹⁴ HE, Z., HUANG, J., & ZHOU, J. (2020). *Open Banking: credit market competition when borrowers own the data*. Journal of Financial Economics, 147(2), pp. 449-474.

¹⁵ Alianza Fintech del Pacífico. (2023). *Estándares Open Finance como palanca de conversión regional*. Santiago de Chile: Alianza Fintech del Pacífico.

puede identificar los casos de uso en tres grandes áreas: datos, pagos y finanzas embebidas.

Los casos de uso vinculados a **datos** buscan ampliar o mejorar la oferta de los productos o servicios financieros, a fin de adecuarlos a las necesidades de los consumidores. Para este propósito sólo se requiere tener acceso a datos personales y demográficos, información sobre los movimientos bancarios, información financiera en general. Los principales casos de uso basados en data son los siguientes:

- a. Agregación de cuentas bancarias, inversión y seguros: este tipo de servicios permiten analizar los movimientos financieros, bursátiles y de seguros, a fin de optimizarlos. Se trata de un servicio que -por lo general- genera recomendaciones para mejorar las finanzas del cliente, incluso al nivel de sugerir consolidación de préstamos, o las mejores formas de endeudarse o realizar cambio de divisas. Esta función ha sido habilitada, por ejemplo, por el BBVA en Argentina o Bankinter en España, quienes han incorporado la función de **mis otros bancos**, a fin de incluir la información de medios de pago emitidos por entidades distintas.
- b. Agregación de facturas de servicios públicos: este tipo de servicios implica el análisis y auditoría de las facturas de servicios públicos, a fin de validar y ratificar el cobro realizado. Te permite realizar un análisis para comparar el rendimiento y costos en relación con otros usuarios. Asimismo, te presentan oportunidades para mayor eficiencia y productividad del consumo del servicio. Este tipo de servicios es prestado por empresas como *Enel X* en España.
- c. Planificación financiera y conciliación contable para personas naturales y jurídicas: en este tipo de servicios se operan con cuentas y productos de diferentes entidades financieras, de tal forma que se pueden conciliar los datos de los distintos proveedores y productos en una sola aplicación. De esta forma se puede simplificar la gestión de contabilidad, se tiene mayor control sobre las finanzas de las personas naturales o jurídicas, se ahorra tiempo en el análisis de la data y se toman mejores decisiones. Este tipo de servicios es prestado por empresas como *Sothis* en España.
- d. Marketing de pagos: es un modelo de negocio donde la clave es la agregación de un número considerable de comercios para ofrecer al consumidor ventajas, ofertas, promociones. La plataforma se hace atractiva a través de una consistente red de comercios, con lo cual los clientes se afilian por las ventajas que se ofrecen en términos de ofertas, promociones, descuentos. La información del cliente es importante para efectos de ofrecerle productos o servicios más acordes a sus necesidades. Un caso de éxito de este tipo de modelos de negocio es la empresa *WayPay* que viene funcionando en España desde el 2019, y tiene una visión de apoyo al comercio local.

- e. Servicios de *scoring* para *lending* y para inquilinos: este tipo de servicios procesa la información de potenciales clientes para realizar operaciones de préstamo o arrendamiento. Este tipo de servicios, con la información correcta, pueden cumplir un rol importante en el cierre de brechas de inclusión financiera, pues permitiría visibilizar a las personas excluidas del sistema financiero, a partir de información externa al sistema tradicional. Este es el caso de *Abaco* que es una plataforma de *credit score* cuyo objetivo es la inclusión financiera en América Latina. Por medio de información alternativa a la banca tradicional han desarrollado un modelo de negocio que incluye a las personas que no cuentan con un historial crediticio. En el caso de los inquilinos, encontramos el servicio prestado por *Quota Rent* denominado *QuotaScore*, el cual consiste en una evaluación voluntaria a la que se somete el potencial inquilino sobre la base de la información requerida por el aplicativo, en virtud del cual se emite un certificado digital, que le permite mostrarse como inquilinos de calidad ante los propietarios.

Por su parte, los casos de uso vinculados a **pagos** requieren que el cliente autorice al tercero proveedor de soluciones tecnológicas un acceso a sus credenciales para poder realizar operaciones en su nombre. Los servicios ofrecidos por los terceros aportan valor en términos de rapidez y conveniencia, por lo cual se suelen utilizar billeteras digitales que permitan centralizar en un solo lugar todos los medios de pago de los que dispone el cliente. En este ámbito, es preciso mencionar a los siguientes casos de uso:

- a. Pagos directos de cuenta a cuenta: este servicio -también conocido como *account to account (A2A)* - permite que las transferencias de fondos se realicen directamente a la cuenta del banco del comercio o beneficiario. Se prescinde de intermediarios como en el caso de las tarjetas. Una de las herramientas que los terceros proveedores de soluciones tecnológicas utilizan son los sistemas de transferencia instantánea de fondos (este es el caso de *Pix* en Brasil). En este tipo de servicios se advierten dos tipos de pagos A2A: *push* y *pull*. En el primer caso los fondos se envían en tiempo real y son iniciados desde la cuenta del cliente, consumidor o pagador (cuenta de origen) hacia la cuenta del comercio o beneficiario del pago (cuenta de destino). En el caso de las *pull* A2A, el comercio o beneficiario de la transferencia es quien solicita retirar los fondos directamente del cliente, consumidor o pagador, lo cual es utilizado usualmente en el ámbito de créditos, seguros o suscripciones. Este modelo de negocio lo han desarrollado Fintechs como *Fintoc* en Chile o *PrometeoApi* que viene prestando el servicio en gran parte de Latinoamérica.
- b. Iniciación de pagos (automatizados y posfechados): este servicio permite iniciar pagos directamente desde las propias cuentas del cliente de forma centralizada, automática y segura. Para este propósito el proveedor de soluciones tecnológicas debe acceder a las cuentas de su cliente, y los fondos deben viajar directamente a su destino. Con esta facilidad, las personas naturales o jurídicas ya no deben interactuar con tantos portales bancarios

como cuentas mantienen. Este servicio viene siendo prestado en Colombia a través de la Fintech *DRUO*.

- c. Compras en línea: esta facilidad permite a los comercios cobrar por la prestación de sus servicios o venta de bienes a través de su propio portal, sin requerir el acceso directo a la banca por internet o móvil de su entidad financiera. En algunos casos se utilizan la infraestructura de las tarjetas de pago, y en otras se realiza directamente con la identificación de la cuenta, o incluso a través de transferencia de fondos. Este servicio es prestado en Europa por empresas como *Paysera*, o *Payu* que tiene operaciones en Perú (en general su operación se expande a América Latina, Europa, África).

Finalmente, el último grupo está vinculado a las **finanzas embebidas**, y se refiere a los supuestos en que los terceros proveedores de soluciones tecnológicas ofrecen servicios y productos financieros o de seguros, directamente en sus canales digitales. Se trata de simplificar el acceso a este tipo de bienes o servicios (en comparación con el habilitado por la banca tradicional), y atender una necesidad de forma práctica y celeridad. En este ámbito encontramos principalmente los siguientes casos de uso:

- a. Validación de identidad de personas naturales o jurídicas: se trata de un servicio que forma parte del *onboarding digital*, en el que se validan los datos críticos de una persona, para lo cual se realiza una captura, lectura y validación de los documentos de identidad del usuario. Asimismo, en este ámbito se ofrece un registro de biometría facial, así como la confirmación de datos personales como correo electrónico, celular. En este ámbito también se ofrece la conexión a bases de datos que permitan identificar el perfil de la persona (antecedentes). Este servicio es prestado en España por empresas como *Veritrans* o *Seon*.
- b. Identificación de números de cuenta: este servicio permite a los comercios verificar la titularidad de las cuentas de sus clientes o potenciales clientes, lo cual tiene utilidad para efectos de abrir una nueva cuenta bancaria, o vincular un nuevo método de pago o completar una solicitud de préstamo. Este proceso es ofrecido por empresas como *Belvo*.
- c. Localización de oficinas y cajeros automáticos e información de productos de la entidad: se trata de una facilidad que las propias entidades financieras ponen a disposición de las *Fintech* para que, a través de éstas, se puede facilitar determinada información a sus potenciales clientes. Se trata de descentralizar los canales de comunicación y promoción, aprovechando la escala y atención que hoy en día tienen determinados emprendimientos digitales.
- d. Tipo de cambio y gestión de posiciones en divisas: Se trata de poner a disposición de los clientes una plataforma de cambio de divisas, en el que pueda evaluarse las mejores opciones y tu posición en términos históricos.

- e. Todos los servicios involucrados en el denominado *Banking as a service*: a partir de este modelo es que se ha permitido que las *Fintech* ofrezcan servicios financieros que, en principio, son prestados exclusivamente por entidades autorizadas o con licencia para el ejercicio de dicha actividad. Esto les ha permitido a las entidades bancarias tradicionales extender la demanda de sus servicios, en complemento con los desarrollos puestos en marcha por los proveedores de soluciones tecnológicas. En este caso, las interfaces entre la entidad bancaria y el tercero proveedor sirven para poner a disposición de éstos las funcionalidades bancarias pactadas, por ejemplo, para otorgar una tarjeta de crédito, una tarjeta de débito, un préstamo (vehicular o hipotecario). Un caso bastante ilustrativo es el de *Rappi*, quien se alió con la institución financiera *Interbank*, a fin de tramitar o procesar directamente desde su canal las solicitudes de una tarjeta de crédito (que se denominó *RappiBank*).

En términos prácticos, y a la luz de la experiencia comparada, podemos señalar que son dos los casos de uso más importantes que incluso han requerido reconocimiento legal en la Unión Europea y Chile¹⁶ que son los servicios de iniciación de pagos y los servicios basados en información, cuyos principales rasgos característicos a continuación podemos recapitular:

- a. El servicio de iniciación implica ejecutar el pago de una determinada operación con cargo a la cuenta de pago del cliente. El servicio se presta *online* y se prescinde del instrumento de pago, pues éste se realiza a través de la plataforma del iniciador, en la que se almacenan los datos bancarios del cliente, respecto de cada una de las instituciones financieras con las que mantiene una cuenta o línea de crédito. Al momento de realizar un pago, el cliente tiene a su disposición una especie de billetera digital, de tal forma que puede elegir con qué medio de pago realizar la operación.
- b. Por su parte, los servicios de información sobre cuentas tienen por objeto brindar un análisis agregado y desagregado de las operaciones del consumidor, sobre la base de la información financiera que éste pone a disposición del proveedor tecnológico, a través de las entidades bancarias que administran su información financiera. Esta información se asocia con una relación de los ingresos, gastos o compras, lo cual permite prestar una asesoría automatizada para optimizar sus gastos e inversiones. La Ley Fintec chilena define este servicio como una prestación que comprende la consulta, acceso y recepción de datos para efectos de proveer servicios a clientes.

¹⁶ La Ley Fintec chilena define al servicio de información sobre cuentas como un conjunto de prestaciones que comprenden la consulta, acceso y recepción de datos para efectos de proveer servicios a clientes (artículo 19, Ley N° 21521, Ley que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros). Asimismo, los servicios de iniciación de pago son definidos como una prestación a favor de clientes titulares de cuentas, la cual consiste en instruir, a nombre del cliente y ante la entidad proveedora de la cuenta, la ejecución de órdenes de pago o transferencias electrónicas de fondos, con cargo a sus respectivas cuentas o medios de pago.

IV. Fundamentos técnico-legales para regular el *Open Banking*

Como ha explicado Muñoz Machado¹⁷ frente a la creencia que el mercado puede por sí mismo ordenar los intereses de todos los operadores y los consumidores, así como establecer los equilibrios perfectos entre la oferta y la demanda, nace la teoría de la competencia imperfecta en virtud de la cual se considera que las imperfecciones y fallos de mercado son normales. Es comúnmente aceptado que la regulación tiene como justificación la presencia de fallas de mercado, y lógicamente su objetivo es corregirlas¹⁸.

Además de las fallas de mercado, existen otras razones de orden económico o incluso social que facultan al Estado a intervenir en la economía a través de regulación. Para efectos del presente artículo mencionaremos dos fundamentos adicionales a la regulación: la gestión de riesgos y la implementación y desarrollo de políticas públicas. Respecto de la gestión de riesgos, resaltamos el desarrollo conceptual elaborado por Esteve Pardo¹⁹, quien explica que este enfoque nace a partir de la necesidad de anticiparse a la afectación del interés público. Ante la falta de evidencia, nos ubicamos en un escenario de desconocimiento e incertidumbre sobre el funcionamiento de un determinado sector, por lo cual se propone regular la actividad sobre la base de los riesgos que han podido advertirse en la experiencia comparada o desde un plano hipotético, de cara al cumplimiento de objetivos de política pública o fallas de mercado. En este contexto, la regulación se puede conceptualizar como una herramienta de gestión de riesgos de los sectores sociales o económicos que requieren una intervención **ex ante** a este nivel (claramente no todos los ámbitos requieren este tipo de intervención). Más adelante abordaremos un acápite en particular sobre la gestión de riesgos en el *Open Banking*.

Respecto del desarrollo de políticas públicas, se ha explicado que usualmente éstas se materializan en mandatos programáticos, principios, directivas u objetivos explícitos que se establecen en la normativa. Esteve Pardo²⁰ explica que la propia Constitución establece parámetros a la regulación como es el mandato de cumplir con los objetivos expresamente establecidos. Estos mandatos también pueden emanar de una norma infra-constitucional que aprueba una política pública, o incluso de normativa de naturaleza reglamentaria que establece las políticas

¹⁷ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO (2009). *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*. En ESTEVE PARDO, J. & MUÑOZ MACHADO, S., Derecho de la Regulación. Madrid: Iustel; pp. 113.

¹⁸ OGUS, ANTHONY (2007). *Estructuras e instituciones regulatorias*. Revista de Derecho Themis (54); pp. 274-275.

¹⁹ Esteve Pardo sostiene hace más de dos décadas que el enfoque propuesto sobre la regulación de riesgos inevitablemente incorpora a la actividad administrativa de policía, la cual se ve *desplazada* por el contenido más amplio de la regulación por riesgos. Si bien es cierto se usan técnicas o herramientas similares, se han realizado importantes modulaciones que -a su criterio- justificarían superar la clásica actividad de policía por la actividad de regulación de riesgos. Por ejemplo, el desarrollo de la técnica autorizativa ha excedido totalmente las características de la actividad administrativa de policía, pues no puede brindar explicaciones sobre el alcance de algunas herramientas debido a sus particulares características. PARDO, ESTEVE (2009). *El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público*. En MUÑOZ MACHADO, S., & PARDO, E., Derecho de la Regulación (pp. 387-404). Madrid: Iustel.

²⁰ PARDO, E. (2009). *El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público*, op. cit.; pp. 399.

públicas y directrices de funcionamiento de determinado sector. El Estado pasa a cumplir un rol de garante del funcionamiento de la economía, por lo cual su tarea no se puede limitar a seguir manuales de economía clásica, sino al bienestar de la sociedad materializado en mandatos de orden constitucional y legal.

Uno de los principales objetivos o directrices de la intervención del Estado en la economía es su orientación para proteger y promover las libertades individuales (principalmente la económica), la libre competencia, la protección al consumidor. No es necesaria una falla de mercado para que aparezca naturalmente la regulación, pues el fundamento también pasa por el cumplimiento de objetivos de orden público, legalmente establecidos por la normativa vigente. En este escenario, el Estado interviene en la economía a fin de compatibilizar el funcionamiento de la industria con el cumplimiento de las metas de política pública establecidas por el legislador o el propio gobierno.

En el caso del *Open Banking*, a nuestro juicio, la regulación se justificaría como una herramienta con dos propósitos. En primer lugar, facilita el ejercicio del derecho fundamental de autodeterminación informativa (portabilidad de datos), de tal forma de que los particulares libremente puedan compartir su información personal para que terceros puedan crear productos alineados a sus necesidades (lo que podría entenderse en el marco de una política pública de **datos abiertos**). En segundo lugar, el *Open Banking* promueve la competencia, pues fomenta la innovación para crear nuevos servicios, y además elimina las asimetrías informativas que se mantenían con los terceros proveedores de soluciones tecnológicas, con lo cual –por ejemplo– se intensificaría la competencia en los sectores más atractivos (es el caso de personas naturales o jurídicas con índices de cumplimientos altos).

El *Open Banking* procura eliminar esa brecha de información entre la banca tradicional y las *Fintech*, lo cual no ha podido revertirse incluso con la información proporcionada por las centrales de riesgos, pues la data que poseen los bancos y otras entidades sobre sus clientes se extiende a la información protegida por el secreto bancario o la regulación sobre datos personales, como es el caso de hábitos de consumo, el detalle de las cuentas de ahorros, cuentas corrientes, depósitos a plazo fijo y demás activos financieros que puede adquirir una persona natural. El *Open Banking* elimina esta especie de **asimetría informativa**, con el objeto de que nuevos actores puedan ingresar al mercado para competir con la banca tradicional (por ejemplo, en el sector de banca de personas), o para ofrecer nuevos servicios financieros como la **iniciación de pagos** o los servicios **información sobre las cuentas**.

Dependiendo de su alcance y enfoque, el desarrollo el *Open Banking* podría incorporarse como un objetivo de la Política Nacional de Inclusión Financiera²¹. No podemos defender que la inclusión financiera sea el objetivo inicial, si es que antes no se reformula el alcance de la data a la que pueden acceder los terceros

²¹ La Política Nacional de Inclusión Financiera fue aprobada por el Decreto Supremo N° 255-2019-EF.

proveedores de soluciones financieras. Con la información del sector bancario o incluso financiero, no se cuenta con el insumo suficiente para identificar a las personas excluidas del sistema. Analícese el supuesto de incorporar dentro de las entidades obligadas a compartir información de sus clientes a las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones o los servicios de cambio de divisas. Con la información que administra un operador de telecomunicaciones o las denominadas **casa de cambio**²², se puede validar la identidad de una persona no bancarizada, conocer su récord de pagos de servicios y créditos (usualmente para adquirir un equipo celular). Esta información es un insumo importante para ofrecer una cuenta bancaria al titular del servicio, proponer una solución de pagos más ágil o incluso créditos.

Este es el caso, por ejemplo, de los servicios prestados por empresas como *Mojo mortgages* o *Canopy* en el Reino Unido, en los que -sobre la base de información que no proviene del sistema financiero- se genera un antecedente verificado que sirve como un sustituto del récord crediticio para personas que nunca han accedido a un servicio financiero. Una de las fuentes de información más importantes para desarrollar la inclusión financiera es aquella provista por las compañías que prestan servicios públicos, pues a partir de esta data algunos emprendimientos han creado herramientas de ahorro²³, como es el caso de *Digit* en Estados Unidos. También se facilita la creación de cuentas bancarias aprovechando la regulación de los servicios públicos donde se aplica un protocolo de autenticación fuerte del titular. Claramente esto representa un reto por la compleja red de coordinaciones que se debe implementar para que este tipo de información pueda ser compartida.

V. Principales retos en la implementación de un régimen de *Open Banking*

i. El arreglo institucional

Uno de los primeros asuntos que debe determinarse es el organismo competente para promover, vigilar y dirigir el *Open Banking*. De acuerdo con la información proporcionada por el Banco Mundial²⁴, existen tres (3) tipos de formas de gobierno:

- a. El modelo implementado por México o la Unión Europea, en el que la promoción, vigilancia y dirección es encargada a un organismo regulador. En el caso de México es la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, mientras que en la Unión Europea es el regulador de cada país (por ejemplo, en España es el Banco de España). Es un modelo rápido y confiable, aunque se requiera recursos públicos para su implementación. Chile ha seguido esta línea, pues asignó a la Comisión para el Mercado Financiero (regulador

²² Este es el caso de la *Fintech "Kambista"*, empresa especializada en el servicio de cambio de divisas. Esta empresa suscribió una alianza estratégica con Interbank, a fin de facilitar el proceso de apertura de una cuenta en la entidad bancaria, lo cual constituye una necesidad en un servicio de cambio de divisas digital.

²³ PLAITAKIS, A., & STASCHEN, S. (2020). *Open Banking: how to designs for financial inclusion*. Washington: Consultative Group to Assist the Poor.

²⁴ ALIÑO, NURIA (2022). *Hacia un marco de Open Finance*. Lima: Grupo Banco Mundial.

- bancario) la competencia para regular y supervisar el cumplimiento de la normativa sobre finanzas abiertas.
- b. El modelo implementado por un organismo de la industria: este es el caso de Nueva Zelanda en el que se creó un *API Centre*, y una entidad denominada *Payments NZ*, las cuales coordinan la promoción, vigilancia y dirección del *Open Banking*. Es también un modelo que se caracteriza por ser rápido, contiene estándares y procedimientos; sin embargo, se advirtió que los terceros proveedores de soluciones financieras (*Fintech*) no tienen una participación. En el caso de Brasil se trata de una entidad financiada y gobernada por el sector privado, la cual es supervisada por el Banco Central.
 - c. Una nueva entidad pública: esta fue la fórmula implementada por el Reino Unido cuando crea la OBIE (*Open Banking Implementation Entity*), la cual es gobernada por la *Competition and Market Authority*, y financiada por los nueve bancos más grandes del país. Se ha observado que la implementación del *Open Banking* se realiza de forma más técnica, aunque toma un poco más de tiempo.

Como puede advertirse, en algunos casos la entidad a cargo de implementar el *Open Banking* es el regulador bancario, mientras que en otros casos es la autoridad de la competencia. Se ha podido advertir que incluso se ven involucrados las autoridades nacionales de protección de datos personales en el campo que les corresponde.

En la práctica puede ocurrir que la implementación del *Open Banking* deba ser vigilada no sólo por el organismo especializado en materia bancaria, sino también por la entidad a cargo de la protección de datos personales, por los riesgos que se generan respecto de la data de los clientes. Como veremos más adelante, en el caso peruano se deberá considerar un grupo de entidades públicas que deberán coordinar sus actuaciones, a fin de alcanzar los objetivos públicos propios de las finanzas abiertas.

ii. Sobre el modelo más adecuado: una revisión sobre la experiencia comparada

En la actualidad se han identificado dos modelos para la implementación del *Open Banking*: obligatorio o voluntario. En algunos países como Colombia²⁵ decidieron observar de cerca el desarrollo de la industria, a través de un régimen de *sandbox*, el cual les permitirá tomar una decisión sobre el enfoque exigido **a posteriori**.

En el modelo voluntario existe absoluta libertad por parte de las entidades del sistema financiero y los terceros proveedores de soluciones financieras para el desarrollo del *Open Banking*, con lo cual no existe barreras de acceso o permanencia en el mercado, sin perjuicio de lo cual el regulador puede aprobar directrices o

²⁵ PUENTES TRUJILLO, L. V., & AMAYA OSORIO, L. (2022). *Open Data y open banking: el derecho en el contexto de los mercados digitales. Un modelo regulatorio por definir en el ordenamiento jurídico colombiano*. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 11(2), pp. 211-244.

lineamientos referenciales para encaminar la industria. Bajo esta perspectiva (visión de la industria), el *Open Banking* se desarrolla en función de la evolución del mercado, es decir, atendiendo a la necesidad de las entidades financieras de compartir información con los terceros proveedores de soluciones por motivos de innovación tecnológica, o para expandir el alcance de sus servicios. Este es el caso de Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda, quienes han decidido dejar en manos del mercado el desarrollo del *Open Banking*. Por su parte, en Singapur y Hong Kong el modelo es voluntario, pero se brindaron ciertas pautas para su implementación con guías técnicas sobre seguridad y modelos de gobierno.

En el modelo obligatorio la regulación exige a las entidades financieras que compartan la data de sus clientes con los terceros proveedores de soluciones financieras. Este modelo fue adoptado por la Unión Europea (2015) y el Reino Unido (2016), con algunos matices. Por ejemplo, en el Reino Unido se exigió el cumplimiento de este régimen -en una primera etapa- a los nueve bancos más grandes, además de crearse un organismo especializado (*Open Banking Implementation Entity*, "OBIE" por sus siglas) y fijarse estándares técnicos para la transmisión de la información. Por su parte, en la Unión Europea se aplicó a todas las entidades financieras y los estándares técnicos no fueron fijados por la autoridad, sino por la propia industria.

La principal resistencia a un modelo obligatorio obviamente son las entidades bancarias que custodian o gestionan la información del cliente por dos razones básicamente: (i) deben compartir la información de sus clientes, lo cual implica que terceros pueden ofrecer servicios más atractivos o competitivos en términos de precio y calidad; y, (ii) las cargas que impone la regulación para la implementación del *Open Banking*, tales como el desarrollo, gestión y mantenimiento de las interfaces de programación de aplicaciones (APIs) para permitir la interoperabilidad con terceros.

Una mención especial merece el caso chileno, que mediante Ley N° 21521 del 03 de enero de 2023, que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros (denominada Ley Fintec), aprobó un régimen jurídico especial para incentivar la prestación de servicios financieros a través de medios tecnológicos (sistema de finanzas abiertas). Esta norma establece un régimen obligatorio de **finanzas abiertas** a las instituciones proveedoras de información, que incluye a los bancos, emisores de tarjetas de créditos, tarjetas de pago con provisión de fondos, entre otras.

Finalmente, en términos de modelos, es saludable promover el *Open Banking*, incluso, desde una perspectiva programática como en el caso colombiano, en el que se incluyó dentro de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 el desarrollo del *Open Data*, a partir del cual se promoverá que las entidades estatales y las empresas brinden acceso y suministren toda aquella información que pueda ser empleada para facilitar el acceso a productos y servicios financieros.

iii. Las entidades obligadas a compartir información de sus clientes

Este acápite parte de la premisa de la implementación de un modelo obligatorio. En este punto, tenemos dos experiencias. La primera es la propuesta del Reino Unido, que fue seguida por el Banco Central de Brasil, que en una etapa inicial sólo aplicó el régimen de *Open Banking* a algunas instituciones importantes de su ecosistema financiero, siendo voluntario para los demás. Por otro lado, tenemos el esquema implementado por la Unión Europea o México, en los que la obligación se extiende a todas las entidades que custodian o administran la información financiera de sus clientes.

Los criterios que pueden utilizarse para definir a las entidades que deben compartir la información de sus clientes dependerá de la profundidad, enfoque o alcance del régimen que pretenda implementarse. En este momento es que debe decidirse si se pretende implementar un modelo de *Open Banking* o se prefiere un régimen de *Open Finance*, o incluso uno de *Open Data* dirigido a determinados sectores (por ejemplo, que incluya a las empresas proveedoras de servicios públicos, *fintechs*, empresas de *retail* que prestan servicio de crédito, entre otros).

Por ejemplo, en el caso chileno²⁶ se ha cubierto principalmente a todas las entidades que componen el sistema financiero. Además de los bancos, se han incorporado a los operadores de tarjetas de pago autorizados, las cooperativas de ahorro y crédito fiscalizadas por el regulador, los agentes administradores de mutuos hipotecarios, corredores de bolsa, administradores de cartera, entre otros. La Comisión del Mercado Financiero podrá ampliar esta lista, sin embargo, en principio no se incluye a entidades fuera de su ámbito de acción.

Otro de los aspectos que debe considerarse es analizar si todas las entidades bancarias pueden implementar los mecanismos exigidos para la transmisión de la información, así como su mantenimiento (como veremos más adelante, en oportunidades se trata de herramientas de costosa implementación, a fin de garantizar la seguridad de la información). En ese orden de ideas, también debe advertirse si el impacto de la medida en las entidades bancarias más pequeñas justifica la carga regulatoria que deberán soportar.

iv. Los riesgos asociados al *Open Banking*

En este acápite queremos plantear algunas notas introductorias sobre los riesgos asociados al *Open Banking*. Es indiscutible el escenario de riesgos al que se exponen los clientes y las entidades financieras cuando se permite que terceros proveedores de soluciones tecnológicas puedan acceder a la información y a sus sistemas, incluso con su consentimiento. Nos referimos a riesgos vinculados con la ciberseguridad, interoperabilidad entre las entidades financieras y el tercero

²⁶ Véase el artículo 18 de la Ley Fintec chilena.

proveedor, el uso indebido de la información personal del cliente, o la ejecución de operaciones no reconocidas o fraudulentas²⁷.

En primer lugar, nos debemos referir a la protección de la información personal del cliente. En este ámbito se debe procurar que el consentimiento del titular de los datos personales se realice, conforme lo exige el ordenamiento jurídico vigente²⁸, es decir, debe ser previo, informado, expreso e inequívoco. En ese sentido, el mecanismo que se plantea para requerir el consentimiento del titular de la información debe cumplir esta exigencia.

En este ámbito también debe procurarse que la información sólo pueda ser utilizada para los fines expresamente autorizados por el titular de la data. Asimismo, deberá especificarse quiénes pueden ser los destinatarios de la información, así como si se almacenara en un banco de datos²⁹. Todas estas exigencias representan un riesgo de cumplimiento que debe ser dimensionado al momento de implementar un régimen de *Open Banking*. Por tratarse de un nuevo enfoque sería de utilidad ratificar la competencia de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales en este ámbito, así como de la aplicación de la normativa especial.

En segundo lugar, se advierten problemas vinculados a la ciberseguridad. Como ha explicado Puentes y Amaya³⁰, la indispensable interoperabilidad entre las plataformas de las entidades financieras y los terceros proveedores de soluciones financieras ha provocado la aparición de puntos débiles en la seguridad de la red de las entidades que custodian o administran la información de los clientes. Esta situación exige un rol más activo de las entidades financieras -principalmente-, a fin de no perder la confianza del público sobre los beneficios de la banca digital. En este contexto aparece la necesidad de contar con interfaces de programación de aplicaciones (APIs) que garanticen un acceso seguro y acotado a la información administrada por la entidad financiera, y que se valide la capacidad del tercero proveedor para poder implementar y cumplir estos estándares. Para ello, se plantean soluciones como exigir un tipo de certificación privada o pública.

Como explica la Alianza Fintech del Pacífico³¹, en este ámbito es importante establecer dos tipos de directrices de seguridad, como mínimo: (i) primero: aquellas que garanticen conexiones seguras; y, (ii) segundo: aquellas que establezcan procesos de captura y gestión de los consentimientos explícitos de los usuarios para poder acceder a sus datos. Por ejemplo, respecto del perfil de

²⁷ Tanto la SBS como el MEF han llamado la atención de estos riesgos al momento de analizar el Proyecto de Ley N° 1584/2021-CR, que más adelante analizaremos a detalle.

²⁸ Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. El numeral 13.5 del artículo 13° de la Ley establece que “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”.

²⁹ Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. Artículo 18° derecho de información del titular de los datos personales.

³⁰ PUENTES TRUJILLO, L. V., & AMAYA OSORIO, L. (2022). *Open Data y open banking: el derecho en el contexto de los mercados digitales*; op. cit. (...); pp. 234.

³¹ Alianza Fintech del Pacífico. (2023). *Estándares Open Finance como palanca de conversión regional*. Santiago de Chile: Alianza Fintech del Pacífico.

seguridad para gestionar los consentimientos de forma segura y ordenada, a la fecha se cuenta con una propuesta denominada **perfil de seguridad de Financial-grade API (FAPI)**³², que fue planteada por el grupo de trabajo *Open ID Foundation*. Esta herramienta garantiza el cumplimiento de los estándares de seguridad más altos, con lo cual se resguarda la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos.

De forma referencial, debemos indicar que, en Perú, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP aprobó el Reglamento para la Gestión de la Seguridad de la Información y la Ciberseguridad, mediante Resolución SBS N° 504-2021, el cual desarrolla -entre otros aspectos- el uso de interfaces de programación de aplicaciones (APIs) y disposiciones vinculadas sobre ciberseguridad. Esta medida es prospectiva y se adecúa al escenario de disrupción tecnológica que vivimos, la cual más adelante analizaremos.

En tercer lugar, advertimos el riesgo de realización de operaciones no reconocidas o fraudulentas, que desarrollaremos más adelante. Basta con decir en este punto que corresponde implementar mecanismos de autenticación reforzada del cliente, así como canales de denuncia rápida ante episodios de pérdida, robo u operaciones no reconocidas.

v. El mecanismo para compartir información: aspecto clave para la seguridad del Open Banking

Uno de los elementos claves en la implementación del *Open Banking* es determinar el tipo de mecanismo para la transmisión de la información de forma segura y eficiente. En el ámbito de la protección de datos personales, este asunto está vinculado con el ejercicio del derecho a la **portabilidad de los datos**, es decir, aquella facilidad para transferir la información del cliente sin la necesidad de volver a registrarla, para su posterior reutilización.

Actualmente, las empresas que requieren la información de un determinado cliente utilizan herramientas como el *screen-scraping*³³ (también conocida como **captura digital de datos**) o el *reverse engineering*³⁴ para acceder a los datos

³² Utiliza el *Outh 2.0* y *OpenID Connect (oidc)* como base y define requisitos técnicos adicionales para el sector financiero y otros sectores que requieren una mayor seguridad de las APIs. FAPI no sustituye a otros estándares como *OAuth2* y *OpenID Connect*, sino que, introduce controles más rigurosos que obligan a realizar acciones de seguridad adicionales. Alianza Fintech del Pacífico (2023).

³³ De acuerdo al BIS, la práctica del *screen scraping* se puede explicar en los siguientes términos: *The practice of screen scraping, a form of extracting data from websites, first began as manual copying-and-pasting and evolved into an automated process. To collect customer-permissioned data from banks, screen scraping methods require that a customer provides the third party with their authentication credentials (eg username and password) that the customer uses to log into their bank's internet banking website.* Comité de Basilea en Supervisión Bancaria. (2019). *Report on open banking and application programming interfaces*. Basilea: Banco Internacional de Pagos; pp. 9.

³⁴ El BIS también describe el *reverse engineering* en los siguientes términos: *The practice of reverse engineering, decompiles the code of the mobile banking applications to figure out which information is exchanged between the application and the banks' servers (through the non-public API) and subsequently build a 'reverse engineered' version of the mobile application which is capable of directly exploiting the communication from and to the banks' servers. It requires a second enrolment of a mobile application (in this case the reverse engineered version) upon receipt of the customer's authentication credentials and the*

administrados por sus respectivas entidades financieras, lo cual ha sido calificada como una práctica poca segura (principalmente el acceso a cuentas o servicios de crédito). El Comité de Basilea en Supervisión Bancaria³⁵ explica que ambas técnicas son inseguras, en la medida de que el tercero proveedor de soluciones financieras mantiene la información de las credenciales del cliente y con ello acceso total a sus cuentas, incluyendo -por ejemplo- la posibilidad de realizar operaciones o cargos no autorizados, así como cambiar datos sensibles en la configuración de la cuenta. Esta situación puede dificultar las labores de las entidades financieras para identificar transacciones fraudulentas, así como distinguir cuando una operación es aprobada directamente por el cliente, o a través de un proveedor de servicios de pago.

Sin perjuicio de ello, queremos rescatar algunos aspectos positivos del uso de este tipo de técnicas de **captura digital de datos**, que probablemente justificaron los avances de las finanzas abiertas en Europa y América Latina³⁶:

- a. Muchos proveedores de servicios de captura digital de datos mantienen estándares de seguridad de nivel bancario, por lo que se limita el riesgo de fraude a los consumidores.
- b. El impacto positivo del uso de la captura digital de datos se manifiesta con la aparición y desarrollo de emprendimientos digitales que hoy en día han cambiado muchas industrias como las plataformas de *streaming*, servicios de transporte, servicios de comida, entre otros.
- c. No hay pruebas significativas de que se produzcan perjuicios para los consumidores o violaciones de la seguridad como resultado del uso de estas técnicas.
- d. Las técnicas de captura digital de datos no podrán ser sustituidas fácilmente, o a corto plazo, por la implementación de APIs, debido a los costos que generará para los principales involucrados.
- e. De hecho, la *Select Committee on Australia as a Technology and Financial Centre* emitió un reporte en abril del año 2021, en el que abordó el tema de los mecanismos de captura digital de datos y su impacto en el desarrollo del *Open Finance*³⁷, concluye que (a pesar de la existencia de variados

subsequent use of these credentials or even the creation of a proprietary set of authentication credentials (to the third party). This technique is often favored by data aggregators over screen scraping because it is much more scalable and robust as its performance is not influenced by changes made by banks to their customer interface. Comité de Basilea (2019). Report on open banking and application programming interfaces; op. cit. p. 9.

³⁵ Comité de Basilea (2019). *Report on open banking and application programming interfaces*; op. cit. pp. 9.

³⁶ Alianza Fintech del Pacífico. (2023). *Estándares Open Finance como palanca de conversión regional*. Santiago de Chile: Alianza Fintech del Pacífico.

³⁷ Este organismo fue designado por el Senado de Australia para revisar el tamaño y alcance de las oportunidades para los consumidores australianos respecto del desarrollo de las tecnologías financieras y regulatorias. Por su parte, el reporte abordó el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa del consumidor, y contó con la participación de reguladores

argumentos en contra, que hemos explicado) no es pertinente una prohibición de este tipo de prácticas, pues permiten que las empresas sigan innovando e incentiven el proceso competitivo en el mercado financiero.

Sin perjuicio de lo anterior, y considerando el inminente escenario de riesgos de ciberseguridad, aparecen las interfaces de programación de aplicaciones (APIs), las cuales deben garantizar la interoperabilidad entre los sistemas de almacenamiento y transferencia de datos empleados por cada una de las entidades financieras y las plataformas de las entidades y terceros interesados en la información. Las APIs son mecanismos adecuados para que los sistemas de dos o más entidades independientes puedan interoperar y se facilite la entrega de información, en términos de rapidez, seguridad y eficiencia. Desde un punto de vista jurídico, las APIs viabilizan el ejercicio del derecho a la **autodeterminación informativa**, en su manifestación del derecho a la portabilidad de datos, pues habilitan un formato estándar o compatible que permite la transmisión de la información entre distintos agentes, sin la necesidad de reingresar la información.

Las APIs pueden ser definidas como herramientas informáticas que habilitan a dos o más sistemas para interoperar o comunicarse entre sí. Están compuestas por un grupo de conceptos y protocolos que son empleados para desarrollar e integrar el *software* de las aplicaciones, lo cual permite que dos o más aplicaciones puedan interrelacionarse para cumplir una o varias funciones. Es una especie de **intermediario** entre dos sistemas, que viabiliza la comunicación entre aplicaciones independientes. Si bien es cierto existen otras formas de compartir información, las APIs son herramientas que garantizan la seguridad, escalabilidad y flexibilidad; asimismo, su arquitectura les permite atender las necesidades del cliente, actualizarse o incluso reemplazarse³⁸.

El tema de la **apificación** es uno de los aspectos más resaltantes en el ámbito del *Open Banking*, lo cual siempre se ha justificado en la seguridad necesaria para la transmisión de la información. Las APIs proporcionan un mecanismo seguro para interconectar dos sistemas, a través de reglas y controles que garantizan el uso de la información del cliente en los términos en que autorizó. De hecho, la Unión Europea desde septiembre de 2019 prohibió el uso de herramientas como el *screen scraping* para acceder a la información de los clientes. En Chile también se consideró un modelo de **apificación** obligatoria, aunque no advertimos prohibiciones radicales con el uso de los mecanismos de captura de datos digital.

De acuerdo a los expertos³⁹, existen tres tipos de API actualmente:

- a. APIs privadas: son utilizadas por desarrolladores al interior de una organización, a fin de integrar sus propios sistemas.

financieros, de competencia y de protección al consumidor, incumbentes, entrantes de la industria financiera.

³⁸ AZAR, K., y otros (2021). *Banca abierta: lecciones, desafíos y oportunidades para América Latina*; op. cit., pp. 9.

³⁹ ALIÑO, N. (2022). *Hacia un marco de Open Finance*; op. cit.; y AZAR, K., y otros (2021). *Banca abierta: lecciones, desafíos y oportunidades para América Latina*.

- b. APIs abiertas: son empleadas para viabilizar la comunicación e integración de empresas con la que se tiene un acuerdo comercial. Este es el caso de las entidades financieras que crean portales de desarrolladores en las que se pone a disposición del público en general las APIs, a fin de que otras empresas puedan integrarse eficientemente (caso Interbank en Perú, el BBVA en México y España, el BCP en Bolivia).
- c. APIs públicas: este tipo de herramientas se ponen a disposición de cualquier organización, sin la necesidad de suscribir un contrato o mantener una relación comercial, y tiene por objeto transmitir información y funcionalidades de uno o varios sistemas y aplicaciones de la empresa, a fin de que terceros puedan interoperar.

Asimismo, la demanda por APIs ha generado un nicho de mercado para la aparición de los denominados **agregadores de APIs** (una especie de *hub* de APIs), que son empresas que ofrecen APIs a terceros, de forma tal que la integración o interoperabilidad se materializa sin que la entidad financiera desarrolle sus propias APIs (este es el caso, por ejemplo, de *Prometheo Open Banking*⁴⁰ o SIBS⁴¹). En estos casos no estamos frente a APIs abiertas, sino más bien a desarrollos *ad hoc* a cargo de empresas especializadas que conocen la forma de **apificarse** con las entidades del ecosistema financiero. Un tema importante es que el tercero que pretende acceder a la información de la entidad financiera es quien sostiene una relación con el **agregador de APIs**, quien se compromete a cumplir con la regulación aplicable, como los protocolos de autenticación del cliente, el tiempo y forma de los accesos.

De acuerdo a lo expuesto, cada jurisdicción debe tomar una decisión sobre la base de los siguientes modelos: (i) voluntario sin estándares de comunicación; (ii) voluntario con estándares API; (iii) obligatorio sin estándares de comunicación; o, (iv) obligatorio con estándares API. Es muy importante diferenciar cuándo estamos frente a un modelo que fija estándares API, y cuando se implementan guías de instrucción, las cuales no aportan un detalle técnico, sino un parámetro de funcionamiento.

Como explica la Alianza Fintech del Pacífico⁴², es recomendable establecer directrices y especificaciones básicas para las APIs de *Open Finance*, a fin de garantizar interacciones seguras entre los terceros proveedores de soluciones tecnológicas y las entidades que custodian la información de los clientes. Dentro de las principales áreas encontramos las siguientes:

⁴⁰ Esta plataforma de *Open Banking* brinda acceso a información bancaria e iniciación de pagos en 10 países.

⁴¹ Es una empresa creada en Portugal la cual ha creado un *Marketplace* donde los usuarios pueden encontrar nuevos servicios y los bancos pueden compartir sus aplicaciones. Interconecta comercios y entidades financieras, para lo cual procura tener una relación comercial con los custodios o administradores de la información.

⁴² Alianza Fintech del Pacífico. (2023). *Estándares Open Finance como palanca de conversión regional*. Santiago de Chile: Alianza Fintech del Pacífico.

- a. Especificaciones para APIs de lectura y escritura: este tipo de interfaces permite a los terceros proveedores acceder a la información del cliente no sólo para revisar sus movimientos o información personal, sino también efectuar pagos autorizados.
- b. Especificaciones para APIs de datos abiertos: esta herramienta te permite acceder, de forma segura, a los datos públicos disponibles, tales como ubicación de los cajeros automáticos, sucursales o información sobre productos. No cubre la transferencia de datos sensibles.
- c. Marco de confianza: se trata de establecer un protocolo para confirmar la identidad de los terceros proveedores de soluciones tecnológicas que podrán acceder a la información de los clientes. En este ámbito se ha sugerido la implementación de un directorio (que involucra un análisis *ex ante* de cada uno) o certificaciones de las propias entidades que administran o custodian la información.
- d. Registro dinámico de clientes: este mecanismo debe permitir a los terceros proveedores de soluciones tecnológicas obtener, de forma segura, las credenciales necesarias a los datos de la cuenta del cliente.

Por su parte, como lo indica el BIS⁴³, la principal desventaja de exigir la implementación de APIs en el *Open Banking* es la inversión en términos de tiempo y dinero que se tiene que realizar para crear y mantener una API, particularmente en esquemas donde no se ha estandarizado el lenguaje y se requiere de acuerdos comerciales. Tómese en cuenta también el impacto de estos costos para pequeñas instituciones financieras para desarrollar APIs y mantenerlas.

Por ejemplo, en la Unión Europea se implementó un modelo obligatorio de *Open Banking*⁴⁴, sin embargo, sus normas de desarrollo brindaron mucha flexibilidad a los Estados Miembros para establecer los estándares de comunicación segura a través de APIs. Esto conllevó algunas dificultades (problemas de coordinación) y resistencias por parte de las entidades financieras que custodian o administran la información de los clientes, y no lograron ponerse de acuerdo con los terceros proveedores de soluciones financieras para aplicar una determinada API. Esta situación se quiso revertir con alternativas impulsadas por el sector privado para presentar un estándar de la industria como es el estándar *Berlin Group*, lo cual tampoco garantizó la armonización.

Por su parte, el Reino Unido, a través de la OBIE, estableció un estándar API (a través de diccionarios de datos⁴⁵, lineamientos de arquitectura⁴⁶, lineamientos de

⁴³ Comité de Basilea en Supervisión Bancaria. (2019). *Report on open banking and application programming interfaces*. Basilea: Banco Internacional de Pagos; pp. 6.

⁴⁴ A través de la Directiva N° 2015/2366 sobre servicios de pagos en el mercado interior, la cual fue desarrollada en ese extremo por el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión Europea, en virtud del cual se aprobaron normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unas guías de comunicación abiertas, comunes y seguras.

⁴⁵ Descripción estándar de la información.

⁴⁶ Especificaciones sobre el diseño de la API.

seguridad de la información⁴⁷), lo cual facilitó su implementación y provocó un desarrollo inicial del *Open Banking* cuya evidencia consta en los servicios ofrecidos en dicha jurisdicción gracias a este enfoque⁴⁸. En Japón también se han documentado problemas en el desarrollo del *Open Banking*, producto de la falta de un estándar y la dificultad para alcanzar acuerdos entre la industria financiera tradicional y los terceros proveedores de servicios que requerían información de sus clientes⁴⁹. La estandarización de las API puede generar un proceso de implementación más rápido y pueden beneficiar a las entidades financieras más pequeñas e incluso a los terceros proveedores de soluciones financieras.

Sin perjuicio de los beneficios que pueda generar la estandarización de las APIs, es necesario recapitular las dos desventajas identificadas: (i) primero: las APIs pueden perder flexibilidad o adaptabilidad al desarrollo tecnológico si se fijan expresamente en una norma; y, (ii) segundo: que la infraestructura tecnológica de algunas instituciones financieras no está preparada para la creación de APIs, por lo cual aún se prefiere soluciones como el *screen scraping*.

vi. Los terceros proveedores de soluciones financieras a quienes se les debe permitir el acceso a la información

En este ámbito se han planteado varias soluciones, tales como la exigencia de un registro o autorización a cargo de la autoridad competente, o que las entidades financieras sean quienes acrediten la idoneidad del tercero proveedor de soluciones, o esta situación se sujete al acuerdo entre las partes. El propósito de este control es acreditar que los terceros proveedores cuenten con los mecanismos de seguridad e interoperabilidad necesarios para enlazarse con las entidades que custodian o administran la información de los clientes, como explicaremos.

No obstante, de acuerdo al BIS⁵⁰, en un estudio realizado a 17 países, la mayoría no exige la obtención de un registro o autorización para que los terceros puedan acceder a los datos del cliente, por lo cual se siguen utilizando herramientas como el *screen scraping* o el *reverse engineering*.

Claramente, la herramienta más restrictiva es exigir un registro o autorización previa a los terceros proveedores para poder acceder a la información de los clientes a través de APIs. El objetivo de esta exigencia es que la autoridad corrobore el cumplimiento de una serie de requisitos que se consideren necesarios para la adecuada protección del interés público, cuyo cumplimiento le corresponde supervisar. Este es el caso del Reino Unido (cuyo registro es administrado por la OBIE), la Unión Europea (a través de la Autoridad Bancaria Europea y cada organismo regulador competente en el país miembro), Australia (por medio de la *Australian Competition and Consumer Commission*), Brasil (a cargo del Banco Central

⁴⁷ Lineamientos de seguridad de la información.

⁴⁸ Plaitakis, A., & Staschen, S. (2020). *Open Banking: how to designs for financial inclusión*; op. cit.; pp. 20

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Comité de Basilea en Supervisión Bancaria. (2019). *Report on open banking and application programming interfaces*. Basilea: Banco Internacional de Pagos; pp. 12-13.

de Brasil), o recientemente el caso chileno a través de la Comisión del Mercado Financiero.

Principalmente nos referimos a requisitos vinculados con los protocolos de seguridad de la información con que debe contar el tercero proveedor de servicios, requisitos de ciberseguridad, o los acuerdos que debe mantener con las entidades financieras para el intercambio de información. En este extremo, es necesario preguntarnos ¿es lo más adecuado exigir un registro o autorización previa para acceder al mercado? ¿cuáles son las ventajas que se obtendrían con esta exigencia? ¿No se estaría desincentivado el crecimiento del *Open Banking* a propósito de la seguridad en la transmisión de la información que se pretende obtener? El impacto de la regulación en el desarrollo de la industria debe tomarse en consideración, más aún si se considera que su evolución aún es incipiente.

Una alternativa es que los terceros proveedores de soluciones financieras deban celebrar contratos o acuerdos con las entidades bancarias que administran o custodian la información, quienes deberán velar por el cumplimiento de los estándares mínimos en materia de ciberseguridad, protección de datos personales, continuidad operativa, entre otros aspectos que pueda definir el regulador. Es decir, las entidades bancarias deberían hacer cumplir la ley, y en caso de controversia debería participar el regulador (una estrategia muy parecida a la interoperabilidad implementada por el Banco Central de Reserva del Perú, la cual está acompañada de un régimen sancionador en caso de negativa de la entidad bancaria para brindar facilidades para la interoperabilidad⁵¹).

En la legislación nacional cabe observar lo planteado por el artículo 22° del Reglamento para la Gestión de la Seguridad de la Información y la Ciberseguridad (aprobado por la SBS), el cual exige que, en el caso de servicios provistos por terceros en aspectos referidos a la gestión de tecnología de la información, gestión de seguridad de la información o procesamiento de datos, la empresa del sistema financiero deberá evaluar las amenazas y vulnerabilidades de seguridad de la información e implementar medidas para su tratamiento. En esa línea, se exige que vía contractual se establezcan este tipo de obligaciones, así como los roles y responsabilidades.

vii. Contraprestación por el desarrollo y mantenimiento de las APIs

No todos los esquemas de *Open Banking* han sido diseñados tomando en cuenta su sostenibilidad. Uno de los aspectos que la regulación debe definir, en caso se quiera intervenir, es confirmar (o no) que el desarrollo y mantenimiento de las APIs deban ser cobrados a los clientes o terceros proveedores de servicios que pretenden interconectarse con los administradores de la información de los clientes. Es un tema bastante discutible, pues -desde la perspectiva de la protección de datos personales- el cobro por el ejercicio del derecho a la portabilidad de datos debe ser residual o excepcional, siendo la gratuidad la regla, en tanto la

⁵¹ Nos referimos a la Circular N° 024-2022-BCRP, Reglamento de Interoperabilidad de los Servicios de Pago provistos por los Proveedores, Acuerdos y Sistemas de Pagos.

razonabilidad es establecer procedimientos sencillos para el ejercicio de los derechos de acceso a la información propia⁵².

Como hemos explicado, las APIs abiertas y públicas facilitan la interoperabilidad entre plataformas, al igual que los **agregadores de API** que son organizaciones especializadas en tender el puente entre las entidades financieras y los terceros proveedores de soluciones financieras. En este contexto es lógico que el desarrollador y administrador de la API deba realizar una inversión que merezca ser recuperada. En el caso de las APIs abiertas y públicas, la inversión usualmente es realizada por la entidad financiera que custodia o administra la información de los clientes; mientras que en el caso de los **agregadores** se trata de empresas independientes de la entidad que custodia la información.

Como explicamos, en Japón hubo problemas en la implementación del *Open Banking*, pues las entidades financieras y los terceros proveedores de soluciones financieras no pudieron cerrar los acuerdos de servicio de lectura de datos, principalmente por asuntos vinculados a las tasas que se deberían cobrar a los usuarios finales por las API. Independientemente del esquema que se elija (si se cobra al tercero proveedor del servicio o al cliente), el cobro de una contraprestación para acceder a la información del cliente, o poner a disposición del tercero la información, es un asunto que merece ser discutido, pues puede constituirse en una barrera para la implementación del *Open Banking*.

Desde el punto de vista de la protección de datos personales, como hemos mencionado, en principio no se puede cobrar por atender las solicitudes de acceso, menos aún por implementar mecanismos como APIs para automatizar su atención; sin embargo, es preciso resaltar que la normativa no se diseñó para atender modelos como el *Open Banking*, por lo cual estamos de acuerdo con lo explicado por Bolaños⁵³, quien justifica un eventual cobro de una tarifa adicional siempre que se acredite la existencia de una inversión adicional que deba realizarse para atender las solicitudes de acceso.

De acuerdo al BIS⁵⁴, en la mayoría de las jurisdicciones no se establecen restricciones para que las entidades financieras que custodian o administran la información pueden cobrar tarifas a los terceros proveedores por compartir información de los clientes. De hecho, en algunos países como Brasil, Hong Kong, México y Singapur la normativa expresamente autoriza a las empresas financieras a cobrar tarifas por compartir la información de sus clientes a los terceros proveedores.

Hay dos casos particulares que nos gustaría comentar. El primero es el mexicano, pues la normativa estableció un control de las tarifas que cobran las entidades

⁵² BOLAÑOS VAINTEIN, G. (2022). *La incorporación del derecho a la portabilidad de datos personales en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Tesis para optar por el título de abogado en la Universidad de Lima.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Comité de Basilea en Supervisión Bancaria. (2019). *Report on open banking and application programming interfaces*. Basilea: Banco Internacional de Pagos; pp. 16-17.

financieras a los terceros proveedores de soluciones financieras. Cabe indicar que existen posiciones más radicales en el sentido de prohibir el cobro por la posición dominante de las entidades bancarias que custodian o administran la información⁵⁵. En los demás casos se observa la adopción de esquemas basados en acuerdos bilaterales (Hong Kong), o multilaterales (en Brasil se hace a través de un comité organizado por empresas privadas).

El segundo caso es el chileno, en el que expresamente se ha proscrito que las instituciones proveedoras de información realicen cobros a los proveedores de servicios basados en información por concepto de transmisión de la información⁵⁶. Sólo se podrá reconocer o reembolsar los costos incrementales directos en que incurran, los cuales deberán fijarse sobre la base de condiciones públicas, objetivas, equitativas y no discriminatorias. La norma chilena tampoco permite el reembolso de los costos asumidos por las entidades bancarias por el desarrollo y mantenimiento de las interfaces de aplicaciones por parte de los terceros proveedores de soluciones tecnológicas. Finalmente, para cerrar el círculo, se prohíbe que las entidades proveedoras de la información realicen algún cobro de comisiones o cobros adicionales a los clientes.

En nuestro caso, el ordenamiento jurídico peruano no permite la fijación de precios o tarifas, salvo en el caso de los servicios públicos, declarados como tal por una ley expresa⁵⁷. En esa línea, lo que sí puede exigirse es que la contraprestación sea transparente, no discriminatoria y refleje la prestación efectiva de un servicio.

Desde nuestro punto de vista, ante la prestación efectiva de un servicio (como es el caso de poner a disposición de terceros un API para compartir la información de miles de clientes, a fin de crear productos o servicios adecuados a sus necesidades) es indispensable una inversión de recursos (no sólo para desarrollar el API, sino también para mantenerla), por lo cual nos parece que una postura como la chilena podría contravenir nuestro ordenamiento jurídico, en tanto se estaría fijando precios vía normativa (en este caso como un servicio gratuito o precio cero). No estamos defendiendo una posición como la implementada en Japón (en la que se cobraría al titular de los datos), sino más bien que se evalúe la participación de los terceros proveedores de soluciones tecnológicas, máxime si cobran por algunos servicios que ofrecen sobre la base de esta información.

viii. El tipo de información que se debe compartir y la implementación progresiva del *Open Banking*

⁵⁵ PUENTES TRUJILLO, L. V., & AMAYA OSORIO, L. (2022). *Open Data y open banking: el derecho en el contexto de los mercados digitales (...)*; op. cit., pp. 229-230. Sobre el particular se ha dicho que permitir a las entidades financieras percibir una retribución económica por compartir los datos de sus clientes sería seguir patrocinando el monopolio que han venido detentando durante décadas, además de desdibujarse la finalidad perseguida con la arquitectura financiera abierta que es fomentar la competencia y la provisión de nuevos productos y servicios en pro de los consumidores financieros.

⁵⁶ Véase el artículo 25° de la Ley Fintec chilena.

⁵⁷ Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 757.

Debemos partir de la premisa de que la información es de titularidad de las personas naturales, por ende, -si lo creen conveniente a sus intereses- podrán compartir toda su información con terceros, y por ende las empresas o entidades que custodian o administran esa información no tienen por qué negarse a proporcionarla. Como hemos mencionado, se trata del ejercicio del derecho fundamental a la **autodeterminación** informativa, que consiste en el reconocimiento de una serie de facultades atribuibles a una persona para ejercer el control sobre su información personal contenida en registros de todo tipo, así como para requerir y utilizar esta información, o permitir que terceros puedan acceder.

Sin embargo, lo que se propone con regímenes como el *Open Banking* es **optimizar** el ejercicio del derecho a acceder y utilizar la información personal por parte de terceros, a través de protocolos o herramientas de funcionamiento más rápido, seguro y eficiente. Para ello, se debe **seleccionar o priorizar** el tipo de información que será transmitida con estas facilidades, pues resultaría imposible implementar infraestructuras tecnológicas para el tráfico de toda la información disponible de los clientes, por los recursos que ello implica. En el caso de las finanzas abiertas, se priorizará la información más útil para la creación o mejora de productos financieros.

Sin perjuicio de ello, y de forma general, a continuación se describen los tipos de información que se suele compartir en un esquema de *Open Banking*, así como su utilidad para los terceros proveedores:

- a. Información sobre cuenta corriente: a partir de esta data se puede determinar los hábitos de consumo de los clientes, y con ello se pueden crear soluciones para la administración de las finanzas de los clientes. No hay discusión sobre la posibilidad de compartir esta información, sin perjuicio de lo cual se requiere el consentimiento del titular.
- b. Información transaccional: al igual que en el caso anterior, esta información es útil para crear soluciones que puedan optimizar el gasto de los clientes. En la experiencia revisada no hubo resistencia para compartir esta información, y también requiere el consentimiento del titular.
- c. Credenciales de acceso: en casi todos los países consultados se exige compartir esta información, sin embargo, en el caso de México no se obligó a proporcionar este acceso. La información sobre las credenciales de identidad o acceso le permite al tercero proveedor de soluciones financieras iniciar una operación de pago en nombre del cliente. Este es uno de los supuestos de información más crítica, por ende, es clave el cumplimiento de los protocolos para obtener el consentimiento del titular.
- d. Información sobre productos, servicios, cajeros automáticos, oficinas: se trata de información general de la entidad bancaria, lo cual tiene como efecto inmediato facilitar su acceso a los clientes. Este tipo de información no requiere el consentimiento del cliente, sólo un acuerdo con la entidad bancaria.

- e. Verificación de la identidad: en este caso los terceros proveedores de soluciones solicitan acceder a una facilidad implementada por las entidades financieras, la cual regularmente implica una inversión de recursos importante.

En algunos países se ha decidió implementar este enfoque sobre la base de fases como es el caso de Chile (lo cual se encuentra en proceso de formulación) y Brasil, que lo han previsto ejecutar en tres etapas⁵⁸. En la primera etapa del modelo brasilero el intercambio de información recaería en productos y servicios ofrecidos por las instituciones financieras, lo cual implica detallar los canales de acceso, las características de sus productos y servicios relacionados con las cuentas de depósito o pago, así como las operaciones de crédito. En la segunda etapa se decidió brindar información sobre datos de registro de sus transacciones relacionadas con las cuentas de depósito y pago, así como las operaciones de crédito. Finalmente, en la tercera etapa, se proporcionó información sobre las credenciales de acceso y el detalle de créditos.

Siguiendo la lógica planteada en la experiencia comparada, el régimen de *Open Banking* debe iniciar con el acceso a información general o pública de la entidad financiera como es la ubicación de las agencias o cajeros automáticos, o información sobre los productos que ofrece. Seguidamente, debería procederse a compartir la información menos sensible del cliente, por ejemplo, los datos del consumidor (identificación, dirección), la información de saldos de sus cuentas o créditos, información transaccional agregada o desagregada, los productos que mantiene con la institución bancaria. Finalmente, se debería compartir los accesos a la cuenta del cliente, a partir de la cual se pueden realizar operaciones a su nombre. Es un régimen progresivo, lo cual responde a los riesgos que cada fase implica, y los necesarios períodos de adecuación que se requieren.

ix. Responsabilidad ante fallos operativos o pérdidas del cliente (caso de iniciación de pagos)

Un aspecto importante que debe ponerse en agenda cuando se decida discutir la implementación del *Open Banking* es el régimen de responsabilidad aplicable a la entidad bancaria que custodia la información del cliente y el tercero proveedor que accede a ésta. Si bien es cierto en algunos supuestos será discutible la determinación del responsable del fallo operativo o de la realización de una operación no autorizada, incorrecta o fraudulenta (para el caso de servicios de pago, principalmente), esta indefinición no puede perjudicar al usuario y el ordenamiento jurídico debe prever mecanismos que lo solucionen.

En este ámbito se sugiere establecer procedimientos claros para la autenticación del cliente, manifestación del consentimiento y la realización de la operación. Debe definirse con claridad cuál es el alcance de responsabilidad del usuario y del proveedor del servicio. Por ejemplo, debe precisarse la oportunidad que tiene el

⁵⁸ AZAR, K., y otros (2021). *Banca abierta: lecciones, desafíos y oportunidades para América Latina*; op. cit., pp. 24.

usuario para comunicar una operación no autorizada o incorrecta; así como la obligación del proveedor de contar con un canal disponible para realizar este tipo de comunicaciones.

En caso el error no sea atribuible al usuario, debe definirse con claridad quién responde respecto del reembolso o reversión de la operación. Véase el caso de un error en el que el proveedor de servicios de administración de cuenta procesó una operación que originó un proveedor de servicios de iniciación de pagos, a pesar de que el cliente previamente había cumplido con comunicar el robo del instrumento de pago y sus respectivas credenciales de acceso. En este tipo de casos la regulación no puede condicionar el resarcimiento del daño generado a la definición sobre qué proveedor fue el responsable.

Por ejemplo, la Directiva 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior, estableció que en este tipo de casos la devolución la debe realizar **inmediatamente** el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta (la entidad bancaria). La norma señala que, si el verdadero responsable de la operación de pago **no autorizada** es el proveedor de servicios de iniciación de pago, éste deberá resarcir al gestor de la cuenta. El **iniciador de pagos** tiene la carga de la prueba de acreditar que la operación se autenticó de forma correcta, y por ende no es responsable de la operación no reconocida por el cliente (artículo 73°).

En ausencia de regulación, en este ámbito es de gran utilidad los acuerdos comerciales entre los bancos y los terceros proveedores, pues en estos documentos se puede identificar a los responsables de los fallos operativos y eventuales pérdidas del cliente. El regulador debe vigilar de cerca los incidentes de seguridad que se generen para tomar acción en caso sea necesario. Por ejemplo, en el ámbito de la protección de datos personales hoy en día se viene exigiendo que este tipo de incidentes deban ser reportados a la autoridad competente.

En las jurisdicciones donde existe regulación, como es el caso de la Unión Europea, a los terceros proveedores se les exige mantener una póliza de seguro por daños a terceros o una garantía equivalente en activos líquidos, a fin de cubrir eventuales situaciones de perjuicio al cliente como transacciones no autorizadas o no completadas (en el caso de la **iniciación de pagos**). Asimismo, a las entidades financieras que administran o custodian la información de sus clientes se les exige un régimen de autenticación reforzada, cuyo incumplimiento les obliga a reembolsar al cliente el monto por operaciones no reconocidas o fraudulentas.

VI. Avances y comentarios sobre el *Open Banking* en Perú

i. Organismos encargados de la implementación y supervisión del *Open Banking*

Como ha podido advertirse a partir de una revisión del alcance, los riesgos y los regímenes jurídicos aplicables al *Open Banking* es que podemos determinar los organismos involucrados en la implementación y supervisión de este enfoque.

Sobre la base de las siguientes premisas es que realizaremos nuestro análisis: (i) en primer lugar, el *Open Banking* involucra un servicio complementario a la intermediación financiera tradicional; (ii) en segundo lugar, hemos podido advertir la presencia de casos de uso vinculados a servicios de pago; (iii) en tercer lugar, se han observado riesgos vinculados con el tratamientos de datos personales de los clientes; y, (iv) en cuarto lugar, también se prevé la resistencia de determinadas entidades bancarias -con una posición importante en el mercado- a compartir la información de sus clientes.

En el Perú, el organismo a cargo de la protección del ahorrista (cliente financiero) es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, al amparo de lo establecido en el artículo 87° de la Constitución Política de Perú y la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (en adelante “Ley de Bancos”). Esta norma ratifica la competencia de la SBS para regular y supervisar a las entidades que realizan actividades de intermediación financiera (que son consideradas actividades principales), así como **actividades complementarias** a ésta, como es el caso de los servicios de pago, lo cual está vinculado con la protección del consumidor financiero (en este ámbito en término de la protección de su información).

Como explica Giovanna Prialé y Denise Díaz⁵⁹, la protección del consumidor financiero y la regulación de la conducta de mercado son funciones asumidas de forma completa por la SBS desde una perspectiva orgánica, pues forman parte de sus planes de supervisión y cuentan con atribuciones para enmendar los defectos en la gestión que se puedan observar. La regulación busca corregir fallos de mercado (como la asimetría informativa), así como mejorar la prestación de los servicios financieros, a fin de que se estructuren para efectivamente satisfacer la necesidad de los consumidores.

En segundo lugar, el Banco Central de Reserva del Perú tiene competencia para regular los servicios de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 29440, Ley de los Sistemas de Pagos y de Liquidación de Valores. Expresamente el literal n) del artículo 10° dispone que el instituto emisor tiene atribuciones para **dictar normas, reglas principios y estándares a los Proveedores de Servicios de Pago para fomentar su operación segura y eficiente**. En este contexto, el Banco Central está interesado en que los servicios de pago se presten de forma segura, por lo cual le incumbe el mecanismo de transmisión de la información de los consumidores (como es el caso de sus credenciales de acceso, por ejemplo), y sería legítimo que opinara sobre los estándares aplicables para las interfaces de programación de aplicaciones (APIs) o los riesgos de ciberseguridad a los que se expondrían las entidades financieras con la implementación del *Open Banking*.

Asimismo, el Banco Central también debe procurar que el servicio de pago se preste de forma eficiente, por lo cual también podrá intervenir en aspectos como la rapidez del servicio o la contraprestación que deba pagarse, o no, al proveedor

⁵⁹ PRIALÉ REYES, G., & DÍAZ, D. (2010). *La protección al consumidor en el Perú y la banca sin sucursales*. Lima: SBS.

de las APIs. Como señalamos líneas arriba, el ordenamiento jurídico peruano no permite la fijación de precios o tarifas, salvo en el caso de los servicios públicos, declarados como tal por una ley expresa, por lo cual (a lo sumo) podría exigirse que la contraprestación sea transparente, no discriminatoria y refleje la contraprestación de un servicio efectivamente prestado.

En tercer lugar, contamos con la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, que es un órgano adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual tiene competencia para realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales, lo cual incluye el ejercicio de la potestad sancionadora y la potestad coactiva, según corresponda⁶⁰. Dentro de sus principales funciones se encuentra supervisar el cumplimiento de las exigencias establecidas en la normativa⁶¹, resolver las reclamaciones formuladas por los titulares de los datos personales por la vulneración de sus derechos⁶², o supervisar la sujeción del tratamiento de los datos personales que efectúen el titular y el encargado del banco de datos personales a las disposiciones técnicas que ella emita⁶³.

Considerando que la información que se transmitirá al tercero proveedor de servicios en su mayoría se tratará de información protegida por la normativa de protección de datos personales (secreto bancario, secreto bursátil, secreto comercial, información personal), corresponde la aplicación de la normativa especial. En este contexto, por ejemplo, deberán implementarse mecanismos para obtener el consentimiento previo, expreso e inobjetable del titular de la información, o que el tratamiento de los datos personales de los clientes se realice conforme a la finalidad comunicada o de la forma establecida en la normativa. No consideramos que sea conveniente, ni tampoco advertimos una justificación válida, para que este tipo de tratamientos de información personal sean exceptuados de la aplicación de este régimen jurídico.

Finalmente, consideramos que la implementación y funcionamiento del *Open Banking* también le debe incumbir al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual⁶⁴, organismo encargado de defender la libre y leal competencia, sancionando prácticas anticompetitivas y desleales, procurando que en los mercados exista una competencia efectiva. Cabe indicar que este organismo también tiene la atribución de proteger los derechos de los consumidores, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios que se les prestan.

Desde nuestro punto de vista son tres los motivos que justificarían su participación. En primer lugar, porque el *Open Banking* es un mecanismo de

⁶⁰ Artículo 32 de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733.

⁶¹ Numeral 8 del artículo 33 de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733.

⁶² Numeral 16 del artículo 33 de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733.

⁶³ Numeral 19 del artículo 33 de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733.

⁶⁴ La descripción de su naturaleza y funciones se encuentra prevista en el Decreto Legislativo N° 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

promoción de la competencia para el ingreso de nuevos agentes al mercado, así como para intensificar el proceso competitivo en los sectores más rentables, como es el caso de los préstamos a personas con un buen historial crediticio. En segundo lugar, porque debe vigilar que no se cometan prácticas que restrinjan el acceso de nuevos agentes al mercado, por ejemplo, a través del establecimiento de estándares de muy complejo cumplimiento o, incluso, por medio de negativas injustificadas para contratar (que se pueden materializar a través de las asociaciones de bancos). Finalmente, como autoridad de protección al consumidor *ex post*, es decir, para atender las reclamaciones directas del consumidor financiero (labor que no ha asumido la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP).

Es preciso indicar que, en la medida de que el enfoque de la intervención regulatoria incorpore otros objetivos como la inclusión financiera, se debe comprender a los organismos encargados de desarrollar esta política pública, como es el caso del Ministerio de Economía y Finanzas.

ii. Evolución del *Open Banking* en el Perú

Como la gran mayoría de países, el progreso de las finanzas abiertas en el Perú no ha dependido de la regulación o de una política de Estado (que a la fecha no existe), sino más bien del desarrollo disruptivo de la industria, que viene utilizando herramientas poco seguras -como el *screen scraping* o *reverse engineering*- para tomar, de forma consentida, la información bancaria de los consumidores. Véase el caso de todas las plataformas en las que ingresamos las credenciales de nuestras tarjetas de crédito o débito (*Rappi, Didi, Pedidos Ya*, entre otros⁶⁵).

De otro lado, no puede negarse que existen entidades financieras que están promoviendo el uso APIs para compartir información (caso de *Interbank*), quien ha implementado un portal de desarrolladores con APIs abiertas. Es más, hemos podido advertir que modelos de negocio exitosos de determinadas *Fintech* han provocado una **interoperabilidad o colaboración empresarial natural**, como es el caso de *Kambista*, que es una empresa dedicada al cambio de divisas, que hoy en día facilita -a través de su banca por internet o sus aplicativos móviles- la creación de cuentas bancarias.

Esta situación claramente ha llamado la atención de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que mediante Resolución SBS N° 504-2021 aprobó el Reglamento para la gestión de la seguridad de la información y la ciberseguridad, el cual tiene por objeto desarrollar un sistema de gestión de seguridad de la información aplicable a las entidades del sistema financiero⁶⁶. Dentro de los principales aspectos en el rubro **ciberseguridad** advertimos la exigencia de uso de APIs para la provisión de servicios en línea a través de terceros. Como veremos a continuación, no se trata de exigir un determinado estándar, sino más bien un

⁶⁵ Sólo se está mencionando las aplicaciones que utilizo, y en las que puedo verificar que no se utilizan APIs con las entidades financieras para la transmisión de mi información, o que no aplican los mismos protocolos de seguridad para la validación de mi identidad que los aplicados por mi proveedor de servicios de pago gestor de cuenta.

⁶⁶ Aquellas comprendidas en los artículos 16 y 17 de la Ley de Bancos.

conjunto de procedimientos o protocolos. Concretamente, el uso de interfaces de programación de aplicaciones requiere (artículo 21°):

- a. Análisis de riesgos asociados e implementación de medidas de mitigación.
- b. La autenticación mutua de los sistemas y la de los usuarios.
- c. La autorización de las operaciones por parte de los usuarios.
- d. El cifrado de datos en almacenamiento o transmisión.
- e. Prácticas de desarrollo seguro de API y revisión de prácticas de codificación segura.
- f. Análisis de vulnerabilidades y pruebas de penetración.
- g. La seguridad de la infraestructura tecnológica que lo soporta.
- h. Los mecanismos de tolerancia ante fallos y de contingencia.
- i. Control de accesos en el entorno de datos, sistemas e infraestructura.
- j. Monitoreo de eventos de seguridad de la información y gestión de estos cuando se constituyan en incidentes.

Asimismo, la norma establece que se debe tomar como referencia estándares y marcos de referencia internacionales, y cuando sea factible adoptarlos en el marco de acuerdos gremiales o sectoriales, para la implementación del intercambio y encriptación de datos, así como la autenticación y la autorización de operaciones, sin que ello sea una lista restrictiva. Consideramos que es un avance importante de cara a la seguridad de la información de los clientes. Es preciso indicar que esta norma **a priori** no significa que técnicas como el *screen scrapping* se encuentren prohibidas, pues para ello se requerirá una prohibición expresa, en tanto esa herramienta no obedece a un acuerdo con las entidades financieras que administran la cuenta de clientes, sino más bien a un **acuerdo** entre el cliente y los terceros proveedores de soluciones tecnológicas.

iii. Avances normativos sobre el *Open Banking*

En el plano normativo no existe una disposición que permita o restrinja la utilización del *Open Banking*, sin embargo, siete congresistas presentaron en el mes de marzo de 2022 el Proyecto de Ley N° 1584/2021-CR, el cual tiene el propósito único de declarar de interés nacional y necesidad pública la implementación de la política pública que fomente la masificación de la banca abierta. Hasta la fecha no hemos identificado otra iniciativa legislativa de esta naturaleza. En la exposición de motivos de la norma -acertadamente- se reafirma el fundamento principal de toda política de finanzas abiertas: **los datos no son propiedad ni del banco ni del gobierno, son propiedad del cliente, y es por eso que debe tener el poder de decidir quién tiene su información y no al revés.**

Una crítica constructiva al enfoque del Proyecto de Ley es que se pretende promover la **inclusión financiera**, sin embargo, como hemos explicado, el *Open Banking* -en principio- no tiene ese propósito por lo acotada de la información que se exige compartir. De acuerdo a lo explicado, el principal objetivo del *Open Banking* es promover la competencia de dos formas: (i) intensificando el proceso competitivo respecto de los bienes o servicios que se vienen ofertando en el mercado, pues se elimina la asimetría informativa entre los proveedores, con lo cual las entidades financieras más pequeñas y los terceros proveedores de soluciones financieras pueden tener acceso a la misma información que manejan los bancos más importantes; y, (ii) facilitando o viabilizando la creación de nuevos productos financieros, como es el caso de la **iniciación de pagos**, la gestión discrecional de los créditos, servicios de asesoría financiera y optimización de gastos.

El propio Proyecto de Ley menciona⁶⁷ que la creación de productos o servicios más cercanos a la población excluida o desatendida por el sector financiero no es el objetivo primario del *Open Banking*, pues su objetivo principal es la **profundización de los servicios financieros**⁶⁸. De forma expresa, la Exposición de Motivos indica que los sistemas de banca abierta basados en el acceso a los datos de las cuentas bancarias **no son los principales factores que impulsan la inclusión financiera**, pues contribuyen a incrementar la oferta y mejorar la calidad de los servicios que reciben las personas bancarizadas.

No obstante, también coincidimos con la Exposición de Motivos del precitado Proyecto de Ley, pues identifica que, si la información a la que pueden acceder los terceros proveedores de soluciones financieras tiene un alcance mayor, entonces sí podrían crearse productos o servicios bancarios que puedan contribuir a cerrar la brecha de inclusión financiera. Nos referimos concretamente a información sobre la declaración y pago de impuestos, sobre los contratos para la provisión de servicios públicos (principalmente telecomunicaciones), el uso de aplicativos móviles de servicios de pago, a partir de la cual se puede obtener o crear un récord de comportamiento crediticio del ciudadano no bancarizado.

Un enfoque que mejoraría la propuesta legislativa es desarrollar un régimen de *Open Data* u *Open Access*, en el que toda la información del ciudadano custodiada o administrada por determinados tipos de empresas deba ser compartida con los terceros proveedores de soluciones financieras que así lo requieran. Evidentemente esto involucra una serie de retos de coordinación, sin embargo, puede impulsarse esta iniciativa por etapas, por ejemplo, empezando con incluir a las empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones. A partir de esta información, además de verificar la identidad del cliente, puedes analizar su comportamiento de pago de los servicios o créditos otorgados por las compañías (usualmente para la compra de equipos).

⁶⁷ Véase la página 5 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 1584/2021-CR.

⁶⁸ Esta es uno de los temas discutidos por Nuria Aliño en sus talleres de Open Banking realizados en Perú dirigido a los reguladores bancarios en el mes de noviembre de 2022 (Aliño, 2022).

También hemos observado que las entidades públicas involucradas se han pronunciado, casi todas a favor de su aprobación. La SBS⁶⁹ ha recomendado que el modelo de finanzas abiertas se efectúe por etapas, iniciando con las entidades bancarias y otras empresas de operaciones múltiples, para luego ampliar su ámbito a otras entidades. Asimismo, respecto de su operación, advierte la necesidad de gestionar los riesgos involucrados en la implementación del *Open Banking*, tales como ciberseguridad, interoperabilidad, uso indebido de la información personal de las personas. Esta preocupación por los riesgos de la banca abierta es compartida por ASBANC⁷⁰, quien además propuso que sea un modelo voluntario vista la inversión que se debe realizar para su implementación.

Por su parte, el Banco Central de Reserva del Perú^{71 72}, también manifestó su conformidad con el Proyecto de Ley, y además resaltó los potenciales beneficios del *Open Banking* en el Perú, tales como el empoderamiento del cliente final, el impulso de la innovación, la promoción de la competencia y potencial reducción de tasas de interés, aceleración de la transformación digital. Asimismo, el instituto emisor recomendó que se le asigne la competencia para adoptar las medidas que se consideren necesarias para el desarrollo de la banca abierta en el país, en el marco de sus funciones constitucionalmente reconocidas.

En contraste, el Ministerio de Economía y Finanzas manifestó su opinión desfavorable sobre el Proyecto de Ley, pues consideró que esta declaratoria de interés forma parte de una política nacional que corresponde ser aprobada por el Poder Ejecutivo, y además ya existe una política nacional que promueve y facilita el proceso de inclusión financiera, por lo cual no es necesario la aprobación de la norma. Finalmente, indica que no se establecen criterios o parámetros básicos que protejan al ciudadano de riesgos asociados a la implementación de la masificación de la banca abierta, entre ellos el riesgo de fraude.

A nuestro criterio, el Proyecto de Ley pudo tener un mejor enfoque y constituirse como una herramienta para el impulso de la competencia y la inclusión financiera, y no simplemente una mera declaración de importancia⁷³. Me refiero a que pudo establecerse un régimen jurídico general que, por ejemplo, les exija a las empresas proveedoras de servicios públicos el compartir la información de sus clientes, previa autorización, con terceros proveedores de soluciones financieras. Con esta medida sí se estaría brindado un impulso a la inclusión financiera, pues a partir de esta información se podrían crear nuevos productos o servicios dirigidos a la población desatendida por este sector, o simplemente creando oportunidades vista su comportamiento diligente en el pago de sus obligaciones.

⁶⁹ Oficio N° 20688-2022-SBS del 20 de mayo de 2022.

⁷⁰ Carta C0047-2022-GG-ASBANC del 20 de mayo de 2022.

⁷¹ Oficio N° 128-2022-BCRP del 16 de mayo de 2022.

⁷² Es preciso indicar que el suscrito, a la fecha de elaboración del presente artículo, no ha participado en ningún tema vinculado al *Open Banking* como parte de sus funciones en la Gerencia Jurídica del Banco Central de Reserva del Perú.

⁷³ Nos referimos a la clásica declaración de interés público de una determinada actividad, la cual no tiene efectos prácticos en su desarrollo.

VII. Conclusiones y comentarios finales

El Open Banking o finanzas abiertas es una política pública que tiene por objeto maximizar el intercambio de información como un medio para promover la productividad a través del desarrollo de nuevos productos, procesos, métodos organizacionales; incluso para la mejora en la toma de decisiones por parte de entidades públicas (pues permite identificar demandas sociales en distintos ámbitos), o el cierre de las brechas en materia de inclusión financiera. Es un mecanismo para la promoción de la competencia e innovación en el mercado bancario, que se circunscribe en un esfuerzo mucho más estructurado y orgánico que es la política pública de datos abiertos (*Data Access* u *Open Data*).

Las finanzas abiertas optimizan el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa, en su manifestación del derecho de acceso y portabilidad de datos, pues no sólo facilita y garantiza el consentimiento de los titulares a disponer de su data personal, sino también viabilizan su transmisión a terceros en un formato práctico, que no exige un nuevo registro. Al amparo de este enfoque se exige que los administradores o custodios de la información desarrollen mecanismos para compartir la información de los clientes (previo consentimiento) con los terceros proveedores de soluciones tecnológicas u otras entidades financieras, a través de estándares o formularios comunes, a fin de que los sistemas de ambas partes sean compatibles y puedan interoperar. La idea es la compartición de la información de forma automática y segura.

Los principales fundamentos para regular el Open Banking se encuentran en la optimización del derecho a la autodeterminación informativa (que puede circunscribirse a una política pública de datos abiertos), la gestión de riesgos (cuyo alcance se abordará en una conclusión particular), y la promoción de la competencia en el mercado bancario, pues tiene por objeto fomentar la innovación en la creación de nuevos servicios, y además elimina la asimetría informativa entre las entidades del sistema financiero tradicional (quienes usualmente custodian o administran la información de los clientes) y los nuevos proveedores de soluciones tecnológicas (Fintechs). Dependiendo de su alcance (tipo de información y sujetos obligados a compartir), podría incorporarse como objetivo el desarrollo de la política pública de inclusión financiera.

El arreglo institucional es clave para la implementación de las finanzas abiertas. En algunas experiencias se encargó a un solo organismo su implementación (incluso de naturaleza privada como en Brasil), mientras que en otras se han distribuido las competencias en función de la especialidad, vistas las áreas transversales del régimen de finanzas abiertas. En el caso de Perú, la entidad con mayor protagonismo es la SBS, aunque se ha advertido la necesaria participación de entidades como el Banco Central, la Autoridad de Protección de Datos Personales y el Indecopi.

En la actualidad se han identificado dos modelos para la implementación del Open Banking: obligatorio o voluntario. En algunos países (Unión Europea, Reino Unido

y Chile) el modelo es obligatorio, por ende, el incumplimiento del deber de compartir información involucra la comisión de una infracción y por ende la aplicación de una sanción.

Los clientes y las entidades financieras se exponen a una serie de riesgos cuando se permite que terceros puedan acceder a la información y a sus sistemas, incluso con su consentimiento, por lo cual se deben adoptar medidas de ciberseguridad para garantizar una transmisión segura de la información que expresamente autoriza el cliente a transmitir. Precisamente, uno de los elementos claves en la implementación del Open Banking es determinar el tipo de mecanismo para la transmisión de la información de forma segura y eficiente. Actualmente, las empresas que requieren la información de un determinado cliente utilizan herramientas como el *screen-scraping* o el *reverse engineering* para acceder a los datos administrados por sus respectivas entidades financieras, lo cual ha sido calificada como una práctica poca segura, aunque su éxito y aporte en la promoción de la competencia es evidente.

En este escenario de riesgos de ciberseguridad, aparecen las interfaces de programación de aplicaciones (APIs), las cuales deben garantizar la interoperabilidad entre los sistemas de almacenamiento y transferencia de datos empleados por cada una de las entidades financieras y las plataformas de las entidades y terceros interesados en la información. Las APIs son un mecanismo adecuado para que los sistemas de dos o más entidades independientes puedan interoperar y se facilite la entrega de información, en términos de rapidez, seguridad y eficiencia. La principal desventaja de exigir la implementación de APIs es la inversión en términos de tiempo y dinero que se tiene que realizar para crear y mantener una API, particularmente en esquemas donde no se ha estandarizado el lenguaje y se requiere de acuerdos comerciales.

Uno de los temas más discutibles es la posibilidad de cobrar, o no, una contraprestación por el desarrollo y mantenimiento de las APIs. En este contexto, incluso se ha discutido a quién se le debería cobrar, en el supuesto de que proceda: por un lado, tenemos al cliente quien autoriza a la entidad financiera que comparta sus datos para gozar de una prestación; y -por otro lado- tenemos al tercero proveedor de soluciones tecnológicas que utiliza la información como un insumo para innovar en la creación de productos financieros. Nosotros consideramos que la contraprestación es necesaria para la sostenibilidad del esquema (siempre que responda a un servicio efectivamente prestado, sea transparente y no discriminatoria), y restringir su aplicación es una forma de regular tarifas, lo cual se encuentra proscrito por el ordenamiento jurídico peruano (como el caso del medio pasaje en el ámbito del transporte urbano). Si bien es cierto muchos países que abordaron el tema no han restringido su aplicación, nos llama poderosamente la atención el caso chileno, pues expresamente han prohibido el cobro de alguna tarifa, contraprestación o reconocimiento de costo a los terceros y clientes.

De acuerdo a la información consultada, el desarrollo de APIs abiertas aún es muy bajo en América Latina (particularmente en Perú sólo existe una entidad financiera

que ha implementado un portal de desarrolladores como parte de una política de *Open Banking*), lo cual sólo es un síntoma de que las entidades financieras administradoras de la información no tienen la necesidad de interoperar con los terceros proveedores de soluciones financieras, pues no le aportan valor a su negocio. El éxito de las APIs depende del nivel de innovación y desarrollo de negocios por parte de los terceros proveedores que provoquen impactos como el cambio en la forma de prestar determinados servicios, o el valor agregado que le puede aportar a la banca tradicional.

Como la gran mayoría de países, el progreso de las finanzas abiertas en el Perú no ha dependido de la regulación o de una política de Estado (que a la fecha no existe), sino más bien del desarrollo disruptivo de la industria, que viene utilizando herramientas poco seguras -como el *screen scraping* o *reverse engineering*- para tomar, de forma consentida, la información bancaria de los consumidores.

La SBS ha considerado que la regulación del *Open Banking* es sólo un posible componente de un ecosistema que requiere del desarrollo de gobierno, sistemas, procesos, seguridad, informática, APIs y estándares. Se maneja la posibilidad, como hasta la fecha, de que pueda prescindirse de la regulación o puedan crearse incentivos para su desarrollo orgánico⁷⁴.

Es importante reflexionar sobre las necesidades de regular el *Open Banking* considerando el desarrollo de la industria, la dinámica del mercado, los riesgos involucrados (principalmente el uso de información personal del cliente) y el impacto que tendría en la promoción de la competencia. Se ha visto que en los países donde no existe regulación, se aprecia mayor flexibilidad y libertad para innovar (creación de nuevos casos de uso). Piénsese en que la regulación conllevará una carga de cumplimiento normativo, lo cual supone un aumento en los costos operativos de empresas que no tienen el respaldo financiero de las empresas que administran o custodian la información de los clientes (operadores incumbentes).

Sobre la base de lo expuesto en el presente artículo, podríamos preguntarnos ¿hoy en día es necesaria la regulación para promover la competencia en el mercado o el acceso de nuevos agentes? ¿El enfoque de una regulación promotora de la competencia se puede desvirtuar con reglas de acceso al mercado destinadas a brindar seguridad a las operaciones (registro previo, directivas técnicas de seguridad)? Un régimen estricto de finanzas abiertas no siempre es necesario o conveniente si la industria está encaminándose por esa ruta, o cuando los terceros proveedores no han adquirido cierto grado de madurez. No debemos confundir una regulación promotora de la competencia, de una regulación que pretenda sustituir el mercado o descartar la innovación, a la que no estamos preparados.

⁷⁴ Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (2021). Servicios financieros digitales. Lima: SBS.

Los problemas de la intervención coadyuvante de los reguladores en arbitrajes bajo Contratos de Asociación Público Privada

Sonia Queija Alvarado*

Resumen. - La Ley APP regula la intervención de los organismos reguladores como coadyuvantes de la entidad en los arbitrajes en los que se discutan decisiones o materias relacionadas con su competencia. Sin embargo, como se aborda en este artículo, esta forma especial de intervención presenta incompatibilidades con la institución procesal en la que se inspira y diversos desafíos de orden práctico que hacen necesario repensar su regulación.

Abstract. - The “APP Law” regulates the intervention of regulatory bodies as adjuvants to the State entity in arbitrations that involves decisions or matters related to their jurisdiction under the contract. However, as addressed in this article, this special form of intervention has incompatibilities with the procedural institution on which it is inspired and several practical challenges that demands to rethink its regulation.

Palabras clave: Coadyuvante – Organismo regulador – Asociación Público Privada.

Key words: Adjuvant – Regulation Organism – Public Private Partnership.

* Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada Senior en el área de solución de controversias de Rebaza Alcazar & De las Casas. Su práctica profesional se enfoca en arbitrajes domésticos e internacionales en distintos sectores, litigios judiciales, así como transacciones y asesoría en prevención de conflictos.

I. Introducción

El Decreto Legislativo 1362¹, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (Ley de APP) autoriza la intervención de los organismos reguladores como “coadyuvantes” en los arbitrajes derivados de contratos de concesión bajo la modalidad de Asociación Público Privada (“Contratos APP”), en los siguientes términos:

Artículo 59.- Solución de controversias (...) 59.3. La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, conforme a la normativa vigente.

Pues bien, la incorporación de la figura de coadyuvante en arbitrajes derivados de Contratos APP ha sido objeto de amplio debate en doctrina, no solo porque, como se abordará más adelante, la intervención coadyuvante no se encuentra regulada en el Decreto Legislativo 1071 (la Ley de Arbitraje), sino además porque la intervención de los organismos reguladores, tal y como se encuentra regulada actualmente, es inconsistente con la propia institución procesal en la que se inspira.

Asimismo, la ausencia de una regulación suficiente y específica para la naturaleza del rol que desempeñan los organismos reguladores en los Contratos APP ha derivado en algunas inconsistencias y problemas de orden práctico en su aplicación.

II. La intervención de sujetos en el arbitraje

El arbitraje se fundamenta en el consentimiento. Es la vía habilitada para solucionar determinadas controversias, únicamente cuando las partes de una relación jurídica material hubieran manifestado su voluntad de someterlas a arbitraje.

Partiendo de la esencialidad del consentimiento, nuestra Ley de Arbitraje no prevé la incorporación de terceros al arbitraje. Lo único que encontramos en la Ley de Arbitraje es la regulación de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, pero este no es un supuesto de incorporación de “terceros” al arbitraje.

¹ El antecedente normativo (el Decreto Legislativo 1224) contenía una disposición similar, pero de mayor alcance, pues, a diferencia del actual Decreto Legislativo 1362, la intervención de los reguladores no estaba limitada a los arbitrajes “en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia”, sino, en general, a cualquier arbitraje derivado de un contrato de Asociación Público Privada. Ver Decreto Legislativo 1224:

Artículo 23.- Solución de controversias

23.1 (...) La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores.

En efecto, la Ley de Arbitraje determina que el convenio arbitral se extiende a aquellos que, si bien no manifestaron expresamente su voluntad de arbitrar y no son parte directa de la relación jurídica material que contiene el convenio arbitral, prestaron consentimiento a través de su participación activa y determinante en el *iter contractual* o que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato².

Sin embargo, las partes no signatarias no son terceros. Por el contrario, son considerados verdaderas partes del arbitraje y su incorporación ocurre precisamente solo cuando sea posible demostrar su consentimiento al arbitraje, a través de su conexión determinante con la relación jurídico material.

En este orden de ideas, no es posible encontrar en la Ley de Arbitraje instituciones procesales como la intervención litisconsorcial, la intervención excluyente o la intervención coadyuvante.

Si bien la intervención terceros en el arbitraje no es *per se* incompatible con su naturaleza -en la medida en que medie acuerdo de todas las partes- no existen reglas ni disposiciones que instrumentalicen dicha intervención y que, entre otros asuntos, definan el alcance y límites de la intervención.

En este contexto, la única referencia posible para analizar la intervención coadyuvante de los reguladores se encuentra en las normas procesales.

III. La intervención coadyuvante como institución procesal

En principio, en el proceso intervienen los sujetos que asumen la posición de demandantes y demandados. Así, la relación jurídico procesal se compone - subjetivamente- por (i) un sujeto (demandante) que opone un interés tutelable frente al demandado; (ii) un sujeto (demandado) que, en principio, resiste la acción del demandante; y (iii) el órgano jurisdiccional que resuelve el conflicto de intereses jurídicamente relevante o una incertidumbre jurídica.

No obstante, las relaciones jurídicas materiales no siempre son así de simples. Muchas veces estas relaciones son tan complejas que involucran a una multiplicidad de sujetos, que actúan en distintos niveles, formando incluso relaciones jurídicas materiales paralelas, subyacentes o conexas a otras.

Esto desdibuja la relación simple de “*demandante versus demandado*” y hace necesaria la creación de instituciones procesales que reconozcan otras calidades de intervención para permitir la participación de otros sujetos en el proceso. Dentro de estas, encontramos las formas de intervención de terceros.

² Artículo 14 de la Ley de Arbitraje:

Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

La intervención de terceros en el proceso tiene como fundamento el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva y, en particular, el derecho al debido proceso. Así, la relación y el interés del tercero con el proceso -o con su resultado- justifica su derecho a participar en el proceso y ejercer actos procesales destinados a la defensa de dicho interés³.

La doctrina y el Código Procesal Civil reconoce distintas calidades de intervención de terceros, entre estos la intervención coadyuvante, la intervención litisconsorcial y la intervención excluyente. Para efectos del análisis en el presente artículo, me detendré únicamente en la intervención coadyuvante.

Conforme al artículo 97 del Código Procesal Civil, la intervención coadyuvante habilita a un sujeto (tercero) a intervenir en un proceso cuando acredite tener una relación jurídica sustancial con una de las partes, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda verse afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no sean opuestas a la posición y actos de la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho.

En palabras de Morales Godo, la intervención coadyuvante, también denominada por la doctrina como adhesiva, conservatoria o accesoria:

Se trata del supuesto en que el tercero tiene una relación sustancial con una de las partes, pero que el resultado del proceso no va a afectar directamente dicha relación jurídica, pero si dicho deudor es vencido en el proceso puede afectarlo de modo desfavorable indirectamente. (...) Se trata, pues, de un interés en el resultado del proceso, no porque tenga una incidencia directa en la relación sustancial que sostiene el tercero coadyuvante con el coadyuvado, ya que dicha relación no se va a alterar en absoluto. El interés radica en que el resultado puede, indirectamente, provocarle un beneficio⁴.

De ahí que el tercero tenga interés en colaborar con la defensa de dicha parte, "*por cuanto la victoria o la derrota de la parte ayudada implica correlativamente una ventaja o una desventaja tales que repercutan en una relación jurídica de la que es sujeto el interviniente*"⁵.

El coadyuvante actúa a nombre propio, con interés propio, y por cuenta propia⁶, pero sin derecho propio en el proceso.

³ No obstante, esto no determina que los terceros tengan los mismos derechos procesales que las partes o que su intervención sea necesaria para la validez de la relación jurídica procesal.

⁴ MORALES GODO, Juan. "La intervención de terceros voluntarios coadyuvantes". En *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio" de la Facultad de Derecho y Ciencia política U.N.M.S.M.* Vol. 16 , N° 2, 2014, pp. 129-130.

⁵ PALACIOS PAREJA, Enrique, "La intervención del tercero en el proceso civil peruano". En *DERECHO 48/1994. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 1994, pp. 65-66.

⁶ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América EJEJA, Vol II, 1977, pp. 409: "Si se busca una expresión para caracterizar esa posición, sólo puede decirse que el interviniente adherente, como ya lo llamaron los romanos, es un participante del proceso (socius) un asistente del litigante para su propio derecho, en nombre propio y por cuenta propia".

Pues bien, del artículo 97 del Código Procesal Civil y del desarrollo doctrinado sobre la intervención coadyuvante, es posible desprender algunas características relevantes:

“El tercero coadyuvante es una parte accesoria a la parte que coadyuva. Si bien el coadyuvante puede desplegar actividad procesal a nombre propio, está subordinado a la posición del coadyuvado y no puede modificar el objeto del proceso.”

En palabras de Devis Echandia:

“El coadyuvante es siempre una parte accesoria o secundaria, porque actúa para sostener las razones de un derecho ajeno, y en un plano distinto del de la parte principal, de subordinación a éste, ligado secundariamente a la posición de su coadyuvado”⁷.

De este modo, el tercero coadyuvante no puede realizar actos procesales que estén en oposición a la parte que ayuda y siempre que no impliquen disposición del derecho discutido. Así, por ejemplo, el coadyuvante no podrá formular pretensiones independientes, desistirse de pretensiones o del proceso, oponerse al desistimiento, formular allanamiento, interponer recursos impugnatorios y en general ningún acto procesal que se oponga al interés del coadyuvado.

- El coadyuvante es ajeno a la relación jurídica material objeto del proceso, de modo que no es titular de derechos u obligaciones derivadas de este, ni se encuentra, por tanto, legitimado a accionar por derecho propio.

La intervención del coadyuvante se sustenta en el interés que detenta sobre una relación jurídico material con una de las partes, que es distinta a la que es objeto del proceso.

- La intervención del coadyuvante es voluntaria. Tanto es así, que el coadyuvante puede optar por no intervenir en el proceso o incluso desistirse posteriormente de su intervención. De este modo, la falta de intervención del coadyuvante no constituye un vicio de nulidad de la relación jurídica procesal.
- La incorporación del coadyuvante presupone un análisis -caso por caso- del órgano jurisdiccional sobre el interés alegado y acreditado por el tercero, para determinar si corresponde autorizar su intervención.

⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad Buenos Aires, Tomo II, 1985, pp. 401.

IV. El alcance de la intervención coadyuvante de los organismos reguladores en la Ley de APP

Conforme al artículo 59 de la Ley de APP, la entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los arbitrajes para coadyuvar al patrocinio del Estado. A su turno, el Tribunal Arbitral tiene la obligación de permitir la participación de los reguladores.

Así, la intervención de los reguladores no es automática. En realidad, es responsabilidad de la entidad solicitar la intervención **oportuna** de los organismos reguladores en el arbitraje. Y, en el marco de dicha solicitud, el Tribunal Arbitral se encontraría obligado a conceder el pedido de incorporación.

Ahora bien, la norma determina que esta intervención ocurre en los arbitrajes en los que se discutan "*decisiones y materias vinculadas*" a la competencia de los organismos reguladores.

Como resulta evidente, esta última disposición no se refiere a decisiones o cuestiones que deriven del ejercicio de la función administrativa de los organismos reguladores, en tanto estos asuntos no son arbitrables y solo pueden ser discutidos en la vía administrativa.

Entonces, solo podría referirse a las decisiones o materias que, si bien competen a los organismos reguladores, no derivan del ejercicio de la función administrativa, sino que constituyen actos de ejecución contractual. Esto ocurre, por ejemplo, con la emisión de opiniones previas -o incluso autorizaciones- para la ejecución de adicionales de obra, ampliaciones de plazo, suspensión de prestaciones, modificaciones del contrato, entre otros.

En nuestro medio, es usual encontrar disposiciones de esta naturaleza en los Contratos APP -en particular en los contratos de concesiones de infraestructura- en los cuales se otorga, en mayor o menor medida, atribuciones a los organismos reguladores en el marco de la ejecución del contrato.

En este contexto, aunque el Tribunal Arbitral se encuentra obligado a permitir la incorporación de los reguladores, esta solo debería permitirse cuando el Tribunal verifique, después de analizar el alcance de la controversia, que existen asuntos que guardan relación con las atribuciones concedidas al regulador en el propio contrato.

Ahora bien, en el marco del alcance legal descrito, surgen algunas dudas sobre la verdadera naturaleza de la intervención de los organismos reguladores en el arbitraje y, en particular, sobre su compatibilidad y consistencia con la institución del tercero coadyuvante.

En primer lugar, probablemente la inconsistencia más relevante es que los organismos reguladores no son típicamente terceros respecto del contrato.

Como regla general, particularmente en proyectos de infraestructura bajo Ley de APP, el propio contrato reconoce y regula las facultades del organismo regulador en el marco de la ejecución contractual.

Es decir, el organismo regulador habitualmente forma parte de la relación jurídica material que da origen al arbitraje. Si bien el regulador no se comporta propiamente como una “parte”, tampoco es, en estricto, un tercero ajeno al contrato. Tanto es así, que el propio contrato le asigna y regula atribuciones y espacios de intervención en la ejecución contractual.

En segundo lugar, el tercero coadyuvante interviene en el proceso en virtud del interés que mantiene en su resultado, derivado de la relación sustantiva que mantiene con una de las partes y en virtud de la cual podría verse indirectamente perjudicado.

Esta relación sustantiva debe ser -evidentemente- exclusiva con una de las partes y excluyente respecto de la otra, pues el coadyuvante interviene precisamente para colaborar con la defensa de una de las partes, lo que presupone que actuará en contra del interés de la parte adversaria.

En este caso, sin embargo, cabe preguntarse ¿cuál es la relación sustantiva que mantiene el OSITRAN -de forma exclusiva- con la entidad? En principio, ninguna.

Los organismos reguladores no comparten la titularidad de los derechos de alguna de las partes en los contratos bajo Ley de APP, ni velan, en principio, por los intereses de la entidad. Las atribuciones de los reguladores deberían ejercerse en tutela de la finalidad del proyecto, conservando neutralidad respecto de las partes de sus intereses. Así, bajo el manto de la neutralidad, los organismos reguladores no tienen una relación jurídica material exclusiva con la entidad que resulte además ser excluyente respecto del privado.

Del mismo modo, cabe preguntarse, ¿cómo podría verse afectado -indirectamente- el organismo regulador con el resultado del arbitraje?

No resulta claro cómo el organismo regulador podría verse perjudicado -a título propio- si la entidad resulta vencida en el arbitraje, máxime considerando que, **en abstracto**, el regulador no tiene intereses propios que sean -siempre- excluyentes con los intereses del privado.

En tercer lugar, incluso cuando se considerase que el interés del organismo regulador recae en la defensa de las decisiones o atribuciones que le han sido otorgadas bajo el contrato y que entonces el resultado del arbitraje podría afectar **indirectamente** sus funciones como regulador, esto no presupone que defenderá -siempre- la posición de la entidad.

Podría ocurrir perfectamente, por ejemplo, que el organismo regulador emita una opinión previa en un sentido y que la entidad emita una decisión en un sentido contrario. Esto, en mi experiencia, no es poco usual.

En este contexto, el hecho de que la intervención coadyuvante de los reguladores esté pensada únicamente a favor de la entidad, entraña una inconsistencia estructural, pues, al ser una construcción ficticia en cuanto a su generalidad, no considera escenarios en los que el regulador debe intervenir en el arbitraje para defender la posición de la entidad, a pesar de que sus decisiones fueran contrarias a lo que la entidad defiende.

Como se ha dicho, los coadyuvantes tienen una participación accesorio a la parte coadyuvada y deben actuar de forma consistente con su defensa, lo que presupone no controvertir sus alegaciones.

Por lo tanto, una construcción genérica que resulte en **forzar** la intervención del regulador como coadyuvante de la entidad cuando su posición es incompatible con la defensa de la entidad, desnaturaliza la propia institución del coadyuvante y, por supuesto, genera un problema relevante de orden práctico, pues demandaría una dinámica constante durante todo el arbitraje de objetar todas las posibles alegaciones del regulador que no resulten compatibles con las de la entidad.

En cuarto lugar, la intervención del coadyuvante es siempre voluntaria. Como se ha explicado, el propio tercero coadyuvante puede optar por no intervenir en el proceso o, incluso, desistirse de su pedido de incorporación si pierde interés.

No obstante, la intervención coadyuvante regulada en la Ley de APP no parece ser voluntaria ni parece depender del propio regulador. En efecto, existen solo dos actuaciones relevantes en el trámite (i) la responsabilidad de la entidad de solicitar la intervención del organismo regulador como coadyuvante; y (ii) la obligación del Tribunal Arbitral de permitir dicha intervención. Ninguna de estas decisiones está en cabeza del regulador.

La Ley de APP no prevé la facultad del organismo regulador de negarse a intervenir en el arbitraje o de desistirse posteriormente de su intervención. El regulador no parece tener voz ni voto.

De lo anterior se desprende que la figura de intervención coadyuvante prevista en la Ley de APP no resulta estructuralmente compatible con la institución procesal en la que se inspira. De este modo, se trata de una forma especial de intervención coadyuvante creada por la Ley de APP.

En el fondo, la Ley de APP busca crear de forma ficticia una especie de co-defensa del Estado en los arbitrajes y la denomina “*intervención coadyuvante*”, con un fin esencialmente pragmático: reducir las posibilidades de que el Estado resulte vencido en el arbitraje.

Esto ocurre, en mi opinión, porque en la práctica suele equipararse el **interés del proyecto** con el **interés en la actuación de la entidad**, pese a que estos no siempre son sinónimos.

No es poco frecuente que la actuación de la entidad sea contraria al interés del proyecto o, incluso, que sea contraria al propio contrato. Esto genera escenarios en los que la entidad actúa de forma arbitraria, contraviene sus contratos y termina defendiendo posiciones que no garantizan ni priorizan el fin público ni la ejecución de los proyectos. Ciertamente, a veces el Estado entrapa más de lo que libera.

Entonces, el interés de la entidad de defender sus propias actuaciones en un arbitraje no siempre responde al interés y a la defensa del proyecto. El problema es que los reguladores se encuentran en el medio del campo de batalla y la norma no les da más opción que sumarse a las filas de la entidad.

V. Los problemas prácticos de la intervención de los organismos reguladores en el arbitraje

Además de las cuestiones advertidas en la sección previa, es notoria la falta de regulación del procedimiento para la incorporación de los organismos reguladores como coadyuvantes en el arbitraje. Esto ha ocasionado una aplicación cuando menos dispareja, dependiendo de la visión del Tribunal Arbitral y de la permisividad de las partes en cada caso.

El primer problema se relaciona con el análisis de las solicitudes de incorporación de los organismos reguladores como coadyuvantes.

Así, por ejemplo, es frecuente encontrar casos en los que el Tribunal Arbitral da por sentado que el organismo regulador debe ser incorporado como adyuvante - en virtud de la obligación que le impone la Ley de APP de “*permitir su intervención*”- sin analizar de modo suficiente el alcance de la controversia para verificar si los asuntos se relacionan con decisiones o con materias que derivan de la competencia asumida por el regulador bajo el contrato.

Esto ocurre bajo la premisa de “*en caso de duda, mejor permitir la incorporación, para salvar responsabilidad*”.

El segundo problema deriva del momento en el que se solicita la incorporación del organismo regulador como coadyuvante de la entidad.

Sin duda, la posibilidad de solicitar la incorporación del coadyuvante no precluye, y menos aún en un procedimiento flexible como el arbitraje. Bajo esta lógica, las solicitudes de incorporación de los organismos reguladores como coadyuvantes suelen ser “**tardías**”, ocurriendo mayoritariamente cuando la entidad presenta su escrito de contestación de demanda o incluso varios meses después de la presentación de este escrito.

Por ejemplo, en el Caso Arbitral 067-2016-CCL -arbitraje entre Metro de Lima Línea 2 S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (“MTC”)- se da cuenta de la presentación de una solicitud de incorporación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

("OSITRAN") como coadyuvante del MTC , en el escrito de contestación de demanda⁸.

En similar sentido, en el Caso Arbitral 102-2017-CCL -arbitraje iniciado por GyM Ferrovías S.A. contra el MTC- se da cuenta de la presentación de una solicitud de incorporación del OSITRAN como coadyuvante del MTC, tres meses después de la presentación de su escrito de contestación de demanda⁹.

El problema es que, cuando las solicitudes de incorporación ocurren después de la determinación de las reglas del arbitraje y del calendario procesal, se generan una serie de inconvenientes para el trámite del arbitraje.

Es claro que el organismo regulador podrá realizar actos procesales independientes (presentar escritos, ofrecer medios probatorios, formular pedidos de reconsideración) en tanto no entren en contradicción con los actos de la entidad. Sin embargo, cuando estos no han sido previstos en las reglas del arbitraje o en el calendario procesal se generan incidentes con relación a, por ejemplo:

- a. Los plazos para absolver la posición de la entidad en los distintos incidentes que surjan durante el arbitraje. Los plazos previstos en las reglas del arbitraje y el calendario procesal consideran la oportunidad suficiente para que el privado ejerza su derecho de defensa respecto de la entidad, pero esta situación podría alterarse si el privado ahora tiene que pronunciarse también sobre la posición del organismo regulador.
- b. La dinámica de las audiencias. Es necesario revisar las reglas del procedimiento para garantizar que la entidad y el organismo regulador tengan oportunidad suficiente para presentar su posición, presentar a sus expertos, testigos, etc; pero sin alterar el principio de igualdad de armas. Es decir, podrán ampliarse los tiempos de intervención de las partes en audiencia, pero los tiempos que se concedan a la entidad y el regulador en conjunto deben ser los mismos que se conceda al privado.

Una práctica recomendable para evitar estos problemas es que las entidades presenten su solicitud de incorporación del organismo regulador en la primera actuación procesal (su solicitud de arbitraje o su repuesta a la solicitud de arbitraje). Esto permitiría que las reglas del arbitraje y el calendario procesal consideren y definan la participación del regulador desde el inicio del procedimiento.

Y cuando no sea posible advertir que la controversia se relaciona con decisiones o materias de competencia del regulador en una etapa temprana del arbitraje, la solicitud de incorporación del coadyuvante tendría que presentarse tan pronto sea posible y en ese momento debería permitirse una revisión de las reglas del

⁸ Caso 067-2016-CCL. "Arbitraje entre Metro de Lima Línea 2 S.A. y el MTC", Laudo del 17 de octubre de 2017, pp. 3.

⁹ Caso 102-2017-CCL. "Arbitraje entre GyM Ferrovías S.A. y el MTC", Laudo del 20 de diciembre de 2019, pp. 7, 9.

procedimiento para que la intervención del coadyuvante sea ordenada y no se perjudique a la parte contraria.

Otra opción es que el Tribunal Arbitral consulte a la entidad -al inicio del procedimiento y antes de la definición de las reglas del arbitraje y el calendario procesal- si solicitará la incorporación del organismo regulador.

Un tercer problema, derivado precisamente de la falta de regulación, tiene que ver con el alcance de las atribuciones del organismo regulador una vez incorporado al arbitraje. Es decir, qué puede hacer y qué no puede hacer el organismo regulador cuando ingresa al arbitraje.

Por definición, un coadyuvante ingresa en la etapa en la que se encuentre el proceso. Su intervención no anula las actuaciones previas, no modifica el objeto del proceso ni retrotrae el estado del proceso¹⁰.

Sin embargo, en la práctica es posible encontrar decisiones sobre la incorporación de los organismos reguladores que en el fondo reabren etapas procesales, pues (i) suspenden actuaciones procesales programadas hasta que se produzca la incorporación del organismo regulador; (ii) otorgan una oportunidad para que el coadyuvante presente su escrito de posición, pese a haber concluido la etapa postulatoria; e (iii) incluso se admite el ofrecimiento de pruebas una vez superada la etapa prevista.

Por ejemplo, en el Caso Arbitral 0129-2017-CCL -un arbitraje entre Aeropuertos Andinos del Perú S.A. y el MTC- se verifica que el pedido de incorporación del OSITRAN como coadyuvante del MTC se presentó dos días antes de la fecha programada para la audiencia de ilustración de hechos. Esto ocasionó que la referida audiencia se reprogramara, a solicitud de las partes, hasta que se incorporara al OSITRAN¹¹.

En principio, no existe razón para suspender las actuaciones programadas con anterioridad a la incorporación del coadyuvante. El coadyuvante ingresa al proceso en la etapa en la que se encuentre y su incorporación no determina la suspensión del proceso ni la reapertura de etapas procesales que hubiesen concluido.

Otro ejemplo interesante es el Caso Arbitral 168-2018-CCL -arbitraje entre Aeropuertos Andinos del Perú S.A. y el MTC- en el cual el MTC solicitó la incorporación del OSITRAN como coadyuvante en su escrito de contestación de demanda. Luego de admitir la incorporación del OSITRAN, el Tribunal Arbitral concedió al OSITRAN un plazo para presentar su posición. Además, se dispuso la suspensión de la audiencia única. En el plazo concedido, OSITRAN presentó su posición y además ofreció medios probatorios. Esto motivó que el Tribunal

¹⁰ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Vol. II, 1977, pp. 444-445.

¹¹ Caso Arbitral 0129-2017-CCL. "Un arbitraje entre Aeropuertos Andinos del Perú S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones", Laudo del 17 de mayo de 2018, pp. 15-17.

Arbitral concediera un plazo adicional de absolución a favor de Aeropuertos Andinos del Perú S.A.¹²

Si bien la flexibilidad del arbitraje matiza la preclusión de etapas procesales, en los ejemplos descritos se produce una reapertura de etapas procesales que no resulta consistente con la naturaleza de la incorporación de un tercero coadyuvante. Esto, además, ocasiona perjuicios al privado, pues, en el fondo, se otorga a la entidad una segunda oportunidad -a través del coadyuvante- para presentar alegaciones u ofrecer medios probatorios. Además, como resulta evidente, esta situación dilata el trámite del arbitraje.

VI. Conclusiones

Conforme al artículo 97 del Código Procesal Civil, la intervención coadyuvante habilita a un sujeto (tercero) a intervenir en un proceso cuando acredite tener una relación jurídica con una de las partes, que pueda ser indirectamente afectada si dicha parte es vencida. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

La incorporación de la institución del tercero coadyuvante en arbitrajes derivados de Contratos APP ha sido objeto de amplio debate en doctrina. La intervención de los organismos reguladores como coadyuvantes, además de no encontrarse regulada en la Ley de Arbitraje, es difícilmente compatible con la institución procesal del tercero coadyuvante en la que se inspira, que la convierten, en mi opinión, en una forma especial de intervención coadyuvante.

Además, la ausencia de una regulación suficiente y específica para la naturaleza del rol que desempeñan los organismos reguladores en los Contratos APP ha derivado en algunas inconsistencias en su aplicación.

Todas estas circunstancias hacen necesario repensar la conveniencia de mantener la intervención coadyuvante de los reguladores en la Ley de APP o, en todo caso, definir con claridad el alcance y los límites de dicha intervención. Mientras tanto, corresponderá a las partes y al Tribunal Arbitral, a través de buenas prácticas, diseñar reglas que impidan que la intervención coadyuvante se convierta en una medida para entorpecer o dilatar el arbitraje o para inclinar la balanza a favor de una de las partes.

¹² Caso Arbitral 168-2018-CCL. "Arbitraje entre Aeropuertos Andinos del Perú S.A. y el MTC", Laudo del 11 de marzo de 2020, pp. 5-6.

La Anulación de Laudos Arbitrales en el Perú por Falta De Motivación: Una mirada comparada con el Ordenamiento Jurídico Español

Alejandro Cardoza Ayllón*

Resumen. - En el presente trabajo, realizaremos un análisis de la regulación y práctica judicial del -erróneamente- denominado “recurso” de anulación de laudo arbitral en el Perú, específicamente, por la causal de falta de motivación. Asimismo, desde un enfoque del derecho comparado, nos remitiremos a la legislación y jurisprudencia del ordenamiento jurídico español, identificando similitudes y diferencias con el nuestro.

Palabras claves. - recurso, anulación - laudo - arbitraje - motivación - Perú - España.

Abstract. - In this paperwork, we will carry out an analysis of the regulation and judicial practice of the -erroneously- called "remedy" for annulment of an arbitration award in Peru, specifically, for lack of motivation. Likewise, from a comparative law approach, we will refer to the legislation and jurisprudence of the Spanish legal system, identifying similarities and differences with ours.

Keywords. - remedy - annulment - award - arbitration - motivation - Peru - Spain.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de especialización en Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos por la Universidad de Salamanca (España). Adjunto de docencia en el curso de Tutela Ejecutiva y Protección Cautelar en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asociado del Área de Litigios y Arbitrajes del Estudio Benites, Vargas & Ugaz Abogados.

I. Introducción

En las últimas décadas, el arbitraje se ha posicionado como uno de los más eficaces mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Debido a las notables ventajas que trae consigo, cada vez es más frecuente que las partes contratantes, en pleno ejercicio de su autonomía de la voluntad, pacten un convenio arbitral que aleje, a toda costa, sus presentes y futuras controversias de la “jurisdicción ordinaria”, es decir, de los tribunales judiciales.

No obstante, también hemos podido apreciar cómo es que, en determinados supuestos, resulta inevitable la intervención judicial en el arbitraje. En algunos casos, la falta de *coertio* de los árbitros obliga a convocar a los jueces para proceder, por ejemplo, con la ejecución de ciertas medidas cautelares e incluso para la ejecución de los propios laudos. En esta ocasión, no nos ocuparemos sobre esta modalidad de intervención judicial.

En el presente trabajo, lo que sí abordaremos es aquella intervención judicial que se activa por aquella parte vencida -parcial o totalmente- en el arbitraje. Esta no tendrá otro camino viable más que acudir a la justicia ordinaria, aquella que quiso evitar de todas las formas posibles. En efecto, nos referimos al -mal- denominado “recurso” de anulación de laudo.

Para dicho fin, no solo abordaremos la legislación, doctrina y casuística de nuestro ordenamiento jurídico, sino que, además, mediante el derecho comparado, nos remitiremos a la regulación y jurisprudencia de España, a fin de intentar esbozar algunas mejoras para la anulación de laudos en el Perú.

II. ¿“Recurso” O “Acción” De Anulación De Laudo”? ¿Es Relevante La Distinción?

A. “Recurso” De Anulación De Laudo En El Perú:

El Decreto Legislativo N° 1071¹ (en adelante, ‘Ley de Arbitraje Peruana’) contempla la -única- posibilidad de impugnar un laudo a través del “recurso” de anulación, en los siguientes términos:

“Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por

¹ Este decreto legislativo, promulgado por el Poder Ejecutivo del Perú, tiene como antecedente la Ley N° 29157, por la cual el Congreso de la República peruano delegó a aquel la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado. De acuerdo con su parte expositiva, este decreto legislativo fue promulgado ante la necesidad de brindar las condiciones apropiadas para agilizar la solución de controversias que pudieran generarse en el marco de los tratados y acuerdos suscritos por el Perú.

objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.”

Ahora bien, resulta necesario desglosar el contenido de la norma citada, puesto que nos permite apreciar algunas consideraciones importantes:

- En primer lugar, la anulación de laudo es catalogada como un “recurso” en el ordenamiento jurídico peruano.
- En segundo lugar, se advierte que este medio impugnatorio procede bajo causales taxativas; es decir, la norma -en este caso, el artículo 63 de la Ley de Arbitraje Peruana- enumera los únicos supuestos que pueden ser invocados al momento de pretender la anulación de un laudo.
- En tercer lugar, se impone una prohibición bastante rígida, pero al mismo tiempo, coherente y primordial: en el trámite de la anulación de laudo no se permite a los jueces pronunciarse sobre el fondo de la controversia y tampoco se puede cuestionar siquiera la motivación desarrollada por los árbitros en el laudo. Dicha prohibición además viene acompañada de una clara advertencia: se incurrirá en responsabilidad en caso de inobservancia.

En cuanto a la identificación de la anulación de laudo como un “recurso”, debemos señalar que se trata de un **craso error**.

Prima facie, debemos dejar constancia que no existe consenso en cuanto a la naturaleza jurídica del “recurso” de anulación de laudo. Por un lado, hay quienes afirman que se trata de una pretensión impugnatoria plasmada en un proceso autónomo, mientras que otros sostienen que estamos ante un recurso que continúa el arbitraje.

Por su parte, Verger Grau señala que no se trata de un “recurso” sino de una acción autónoma de nulidad, fundada en los motivos previstos en la ley, que se resuelve por la jurisdicción ordinaria civil². En la misma línea, Roca Martínez descarta que se trate de un recurso propiamente dicho, puesto que la anulación no constituye una nueva fase dentro del mismo proceso, ni tampoco puede haber un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia³.

En contraposición, Ledesma defiende la naturaleza recursiva de la anulación, sosteniendo que la ley especial ha otorgado dicha condición a la nulidad del laudo

² VERGER GRAU, Joan. “¿Se puede impugnar el laudo arbitral español?”. En Revista Peruana de Derecho Procesal, núm. 2, 1998, pp. 269.

³ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, 156.

arbitral en el Perú⁴. Si bien esto último es así, debemos tener en cuenta una serie de consideraciones previas.

En primer lugar, en atención a la naturaleza impugnatoria de la anulación de laudo, resulta pertinente remitirnos a la clasificación de los medios impugnatorios. Siguiendo a la profesora Ariano Deho⁵, existen medios impugnatorios ordinarios y extraordinarios, siendo los primeros aquellos que son interpuestos en el transcurso del proceso (reposición, apelación, casación, queja) y los segundos aquellos planteados una vez que el proceso ha concluido con una decisión firme y con la calidad de cosa juzgada (demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, acción de revisión, entre otros).

A partir de ello, tenemos que existen medios impugnatorios que no se resolverán en el mismo proceso, como vienen a ser los recursos. Hemos visto que algunos pueden ser resueltos en un proceso independiente. *Ergo*, el hecho que la anulación de laudo esté vinculada con un arbitraje subyacente no la cataloga necesariamente como un recurso. Para ello, se debe tomar en cuenta otros aspectos.

Nos referimos, por ejemplo, a que los recursos formulados en el trámite de un proceso judicial siempre son resueltos por jueces. Es decir, la revisión de la decisión adoptada se efectúa dentro del mismo sistema de administración de justicia. Entonces, no encontramos sustento de cómo es que el llamado “recurso” de anulación deba quebrantar dicha regla y deba ser resuelto por un órgano judicial, es decir, fuera del sistema arbitral donde se emitió el laudo cuestionado.

Por otro lado, como hemos mencionado con anterioridad, los jueces se encuentran prohibidos de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia planteada en el arbitraje al conocer y resolver el “recurso” de anulación. Incluso, dicha proscripción se encuentra establecida bajo responsabilidad. Ello dista de lo que ocurre en los procedimientos administrativos o procesos judiciales, en los cuales, los órganos competentes sí pueden realizar un reexamen de los hechos y pruebas, como ocurre en el recurso de apelación.

Asimismo, debemos tener en cuenta que, si bien la Ley de Arbitraje Peruana define a la anulación de laudo como un “recurso”, lo cierto es que, al mismo tiempo, establece en su artículo 64 toda una regulación específica como si se tratara de un proceso autónomo. Nos referimos, por ejemplo, al hecho que se interpone a modo de demanda ante el órgano judicial competente, a diferencia de lo que ocurre con los recursos de apelación y casación, que se interponen – por regla general – ante el órgano que emitió la decisión impugnada como un incidente dentro del mismo expediente.

Además, la regulación de la ley arbitral mencionada faculta a la Corte Superior suspender las actuaciones judiciales a fin de que el tribunal arbitral pueda adoptar

⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014, 170.

⁵ ARIANO DEHO, Eugenia. *Impugnaciones Procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, 36-38.

alguna medida que elimine las causales alegadas para la anulación⁶. Ello resultaría inaudito en el trámite del recurso de apelación o casación, donde la jurisdicción -entendida como competencia- ya corresponde de forma exclusiva al órgano superior y no cabe la posibilidad que el inferior subsane el vicio denunciado una vez que concedió el recurso de apelación o admitió el recurso de casación.

En efecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha precisado que, pese a su denominación en la ley de la materia, la anulación no debería ser entendida como un recurso parte del proceso arbitral. Veamos:

Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula a posteriori, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de **una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.**⁷ (Énfasis agregado)

En ese sentido, podemos concluir que, si bien la anulación de laudo es catalogada como “recurso” en el ordenamiento jurídico peruano, se trata de un error, puesto que, en realidad, consiste en una pretensión impugnatoria postulada en un proceso autónomo en atención a las consideraciones expuestas anteriormente. Ello debido, principalmente, a que no se interpone, tramita ni resuelve en el propio sistema arbitral, sino que se promueve a través de una demanda independiente que deberá ser tramitada y resuelta por un órgano judicial superior.

Ahora bien, una vez que hemos establecido la correcta naturaleza jurídica de la anulación de laudo como un proceso independiente, resulta pertinente analizar el caso español, en el cual hace varias décadas han realizado la adecuación pertinente en su legislación.

B. “Acción” De Anulación De Laudo En España:

La primera aproximación a la anulación de laudo se encuentra plasmada en la Ley de 22 de diciembre de 1953, la que regulaba la posibilidad de interponer “recurso de casación” contra un laudo emitido en el marco de un arbitraje de derecho y “recurso de nulidad” cuando se trataba de un arbitraje de equidad, ambos ante el Tribunal Supremo.

Posteriormente, la legislación española evolucionó. La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, creó formalmente el denominado “recurso de anulación”. Como se explicaba en la Exposición de Motivos de la referida ley, “*el Título VII regula un*

⁶ Artículo 64.- Trámite del recurso.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de septiembre de 2011, recaída en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC (FJ. 17).

recurso de anulación de laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley”.

Luego de unos años, se promulgó la Ley 60/2003 de 23 de diciembre (en adelante, ‘Ley de Arbitraje Española’) -que rige actualmente, con algunas modificatorias posteriores-, en la cual **se eliminó toda referencia al término “recurso”**. En el apartado VIII de la Exposición de Motivos de dicha ley encontramos la explicación correspondiente:

“Respecto de la anulación, se evita la expresión "recurso", **por resultar técnicamente incorrecta**. Lo que se inicia con la acción de anulación es un **proceso de impugnación** de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”. (Énfasis agregado)

Sobre dicho cambio normativo, Lacruz Mantecón comenta que el legislador español optó por identificar a la anulación del laudo como una acción impugnativa autónoma, descartando así que se trate de un recurso dentro de un proceso, sino “una acción que a su vez acarrea la iniciación de un proceso judicial en primera y única instancia”⁸.

En ese orden de ideas y en atención a lo expuesto en el presente acápite, consideramos que sí resulta de relevancia distinguir entre “recurso” y “acción” de anulación de laudo. Por ello, estimamos conveniente que el legislador peruano analice la posibilidad de zanjar la discusión sobre la naturaleza jurídica de la anulación del laudo (superada en otros ordenamientos como el español) y, enmendando el error técnico incurrido, establezca que se trata realmente de una **acción autónoma**, teniendo en cuenta además que, en la práctica judicial, ese ha venido siendo su tratamiento.

III. Falta De Motivación Como “Causal” O “Motivo” De Anulación De Laudo

A partir del análisis comparado de la regulación arbitral de Perú y España, también destaca otro aspecto relevante: la tendencia de anular laudos por carecer -supuestamente- de una adecuada motivación.

En primer lugar, debemos tener presente que las respectivas leyes arbitrales del Perú y de España se han inspirado en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, estableciendo que los laudos podrán ser anulados únicamente en base a las “causales” (como se denomina en Perú)⁹ o “motivos” (como se conoce en España)¹⁰ taxativamente establecidos.

⁸ LACRUZ MANTECÓN, Miguel. *La impugnación del arbitraje*. Madrid: Reus, 2011, 73.

⁹ Artículo 62.- Recurso de anulación:

1. *Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63”.*

¹⁰ Artículo 41. Motivos:

A partir de ello, presentamos el siguiente esquema comparativo entre la regulación peruana y española:

CAUSALES O MOTIVOS DE ANULACIÓN DE LAUDO	
Ley de Arbitraje Peruana (artículo 63)	Ley de Arbitraje Española (artículo 41)
1. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.	1. Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
2. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.	2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
3. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.	3. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
4. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.	4. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
5. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.	5. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
6. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al	6. Que el laudo es contrario al orden público.

1. *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...)”*

orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.	
7. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.	-

Como se logra observar, existe una gran similitud entre las causales o motivos establecidos en ambas leyes. Sin perjuicio de ello, en cada una de ellas, existe un supuesto que suele ser utilizado a modo de “cajón de sastre” por aquellos justiciables que no están conformes con lo resuelto por los árbitros y pretenden equiparar al Poder Judicial como una segunda instancia arbitral.

En el caso peruano, nos referiremos a la causal por la cual **las partes no han podido hacer valer sus derechos**; y, en el caso español, aquel motivo asociado a la **contravención al orden público**. Podremos observar que, a pesar de tratarse de causales o motivos distintos entre sí, en la práctica de cada país, tienen mucho en común.

A. Causal De Anulación En El Perú: Cuando Las Partes No Han Podido Hacer Valer Sus Derechos

Como es ampliamente conocido, uno de los derechos que les asiste a los justiciables es el **derecho fundamental al debido proceso**, dentro del cual existen una serie de garantías procesales, siendo que algunas de ellas, resultan compatibles en el marco de un arbitraje.

Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido en numerosas sentencias, y con absoluta precisión en aquella recaída en el Expediente N° 06167-2005-PHC/TC (Caso Fernando Cantuarias Salaverry), que **el debido proceso no es ajeno al arbitraje**:

“El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31° in fine de la Carta Fundamental. Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes”.

Entonces, siguiendo la línea planteada por el máximo intérprete de nuestra Constitución, un laudo podría ser declarado nulo si vulnerara una de las garantías que conforman el derecho al debido proceso.

Ahora bien, se conoce también que una de las garantías procesales consiste en la **debida motivación**; empero, ¿resulta compatible con el arbitraje? En efecto, el inciso 1 del artículo 56 de la Ley de Arbitraje establece de manera expresa que “todo laudo deberá ser motivado”, salvo pacto en contrario.

Al respecto, Landa afirma que, si bien existen ciertos principios que no forman parte del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral (como la pluralidad de instancias), la motivación no puede encontrarse excluida de los principios que rigen al arbitraje debido a la afectación que se estaría generando a una de las partes que no ha dispuesto su ausencia¹¹.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia de la República ha acogido la tesis por la cual **el derecho a la debida motivación resulta exigible en la emisión de un laudo arbitral**:

“El laudo es la denominación de la resolución que dicta un árbitro y que sirve para dirimir (resolver) un conflicto sometido a arbitraje, entre dos o más partes. El equivalente al laudo en el orden jurisdiccional es la sentencia, que es la que dicta un Juez. El laudo es el equivalente de una sentencia en el proceso arbitral; la dicta un árbitro y pone fin a tal proceso. C) Al ser el laudo una resolución está afecta a todas las exigencias de orden constitucional al respecto, inclusive aquélla que obliga a motivar debidamente las resoluciones”.¹²

Sin perjuicio de lo anterior, luego de una minuciosa revisión de las causales de anulación de laudo reguladas en la ley peruana, podemos advertir que no se encuentra alguna referida al deber de motivación, al menos no de forma explícita.

No obstante, cabe destacar que el numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje identifica como segunda causal de anulación de laudo: “*que una de las partes (...) no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*”. Dado que la norma aparentemente resulta ser muy amplia y no delimita qué derechos pueden ser invocados, **en la práctica judicial peruana, se ha incluido a la inobservancia del derecho a la debida motivación como causal de anulación**, al formar parte del derecho al debido proceso.

Al respecto, Guzmán Galindo considera que el fuero judicial peruano ha ido implementando la falta de motivación del laudo dentro de la causal de anulación referida a que las partes no han podido hacer valer sus derechos, puesto que “de

¹¹ LANDA ARROYO, César. *El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia*. Lima: Revista de Derecho Themis, 2007, 40.

¹² Sentencia de fecha 26 de abril de 2013, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaída en la Casación N° 858-2012-Cajamarca.

uno u otro modo, el derecho de defensa se verá finalmente comprometido en cualquiera de estos casos”¹³.

En la misma línea, la Primera Sala Civil con Subespecialidad en Materia Comercial de Lima ha precisado lo siguiente:

“Las omisiones señaladas importan la vulneración al **principio de motivación**, ya que, siguiendo las palabras del Tribunal Constitucional, el laudo en cuestión: i) no expone “de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican”; ii) no expresa “el proceso mental que los has llevado a decidir una controversia”; y, iii) no expresa “una suficiente justificación de la decisión adoptada”, esto es, no satisface uno de los elementos del contenido esencial de la motivación. Por todo lo expuesto, **el laudo sub litis deviene nulo en relación a la causal del inciso b) del numeral 1 del artículo 63 del decreto Legislativo N.º 1071**, precisando este colegiado que el control de la motivación se ha hecho en base al texto del mismo laudo, como lo prevé el Tribunal Constitucional en el Expediente 4215-2010-PA/TC”¹⁴. (Énfasis agregado)

En ese orden de ideas, a partir de la Ley de Arbitraje Peruana, la doctrina especializada y jurisprudencia nacional, podemos afirmar que los árbitros se encuentran obligados a motivar adecuadamente los laudos que emiten; de lo contrario, estos podrían ser objeto de control judicial mediante la anulación de laudo.

Cabe reiterar que dicho control tiene un límite: **los jueces no pueden pronunciarse sobre el fondo de la controversia que fue resuelta en el arbitraje**. En el Perú, dicha prohibición está reconocida en el artículo 40 de la Ley de Arbitraje, que consagra la competencia arbitral sobre el fondo de la controversia y también el artículo 62 del mismo cuerpo legal, que señala que para los jueces “*está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia (...) o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral*”.

A partir de lo señalado, podemos llegar a la siguiente conclusión: **el derecho a la debida motivación constituye una garantía procesal que sí es compatible con el arbitraje**, por lo que los laudos deben encontrarse motivados, salvo acuerdo distinto de las partes. Por ello, los jueces están facultados para revisar si el laudo cumple con un **adecuado estándar de motivación**. No obstante, no pueden ingresar al fondo de la controversia, ni pueden calificar la motivación del laudo. Dicho de otro modo, el laudo no puede anularse por “defectos”, “problemas” o “insuficiencias” en su motivación¹⁵.

¹³ GUZMÁN GALINDO, Julio César. La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la Ley de Arbitraje peruana. Lima: Arbitraje PUCP, 2013, 38.

¹⁴ Resolución N° 7, de fecha 21 de abril de 2016, emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 00334-2015-0-1817-SP-CO-01 [Considerando Décimo].

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *La motivación del laudo arbitral*. Lima: Revista de Economía y Derecho, 2006, 70.

Ahora bien, una vez que hemos esbozado el marco teórico de la inobservancia a la debida motivación como causal de anulación de laudo, nos preguntamos **¿qué ocurre realmente en la práctica judicial en el Perú?** Lamentablemente, cada vez es más usual, que la parte vencida no conforme con el laudo emitido acuda al Poder Judicial alegando que este supuestamente carece de una adecuada motivación, encubriendo así su verdadera intención: cuestionar el pronunciamiento de fondo y procurar su anulación para tratar de conseguir un nuevo laudo o, en algunos casos, la nulidad de todo lo actuado en el arbitraje.

En efecto, nuestra doctrina nacional considera que el recurso de anulación suele ser utilizado en el Perú por aquel justiciable derrotado en el arbitraje, no solo como una manera de dejar sin efecto el laudo emitido y que le es desfavorable, sino para dilatar indebidamente la solución definitiva de la controversia que originó el proceso arbitral¹⁶.

En contraposición a ello, y conscientes de esta práctica indebida, **los jueces peruanos han ido limitando la aplicación de esta causal**, disminuyendo en gran medida los “recursos” de anulación que son estimados. Para ello, de forma acertada, han venido sosteniendo –aunque no de manera pacífica– que no se puede exigir a los árbitros el mismo estándar de motivación exigido a los jueces. A continuación, nos remitimos a algunos pronunciamientos en ese sentido:

"De lo expuesto se determina que, **la rigurosidad, respecto de la motivación al interior de un laudo, por el principio de autonomía de las partes que rige a los arbitrajes, no es exigida así de estricto, como lo es para una sentencia emitida por un Juez (...)** el control que realiza el Poder Judicial, no debe colisionar con el principio de irrevisabilidad del criterio arbitral consagrado en el artículo 62° inciso 2) del Decreto Legislativo N° 1071, pues su labor se encuentra limitada sólo a decidir sobre la validez o invalidez del laudo, en base a las causales estipuladas en la ley de la materia."¹⁷ (Énfasis agregado).

"Sobre la base que **la motivación del laudo no puede ser asumida en los mismos términos que la motivación de una resolución judicial**, el Colegiado considera que sus alcances deben ser acotados en el marco de dos elementos fundamentales: la propia caracterización del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y su modulación en tratándose de laudos arbitrales según los pronunciamientos de los órganos judiciales competentes en

¹⁶ REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. Derecho de defensa y defectos de motivación como causales de anulación de laudo. Lima: Advocatus, 2013, 206.

¹⁷ Resolución N° 23, de fecha 15 de febrero de 2022, emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 00583-2019-0-1817-SP-CO-02 [Considerando Décimo Noveno]. Si bien esta decisión fue emitida en el marco de un reconocimiento de laudo, se destaca el criterio adoptado por los mismos jueces que también resuelven las anulaciones de laudo.

materia de colaboración y control arbitral; y, de otro lado, el principio de irrevisabilidad del laudo.¹⁸ (Énfasis agregado).

Entonces, ¿cuál ha sido el impacto concreto de esta delimitación? ¿Existe una tendencia a anular laudos por no contar con una “debida” motivación? A partir de información oficial brindada por el Poder Judicial¹⁹, hemos obtenido los siguientes hallazgos:

- En el transcurso del año 2023, la Corte Superior de Justicia de Lima (que concentra en gran medida la carga procesal del país) resolvió **436** recursos de anulación.
- Por un lado, estimó **59** de ellos, declarando 50 fundados y 9 fundados en parte.
- Por otro lado, ha desestimado **377**, declarando 20 improcedentes y 357 improcedentes.

En el siguiente gráfico, podemos observar las cifras señaladas en porcentaje:



Elaboración propia. Fuente: Poder Judicial del Perú

Como se logra apreciar, **el Poder Judicial del Perú presenta una tendencia a desestimar los recursos de anulación (87%)**, por lo que aquellos casos en los cuales se opta por declarar la nulidad parcial o total del laudo representan un porcentaje menor (13%).

Dentro de este último grupo, tenemos que la principal causal de anulación está referida a la indebida motivación del laudo: 45 casos. Otros supuestos (tales como laudar fuera de plazo, materia no arbitrable, entre otros) representan en su conjunta una minoría: 14 casos.

¹⁸ Resolución N° 13, de fecha 27 de abril de 2021, emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 00583-2019-0-1817-SP-CO-02 [Considerando 3.59].

¹⁹ Disponible en: <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml>

En ese orden de ideas, se colige que, la normativa peruana permite a la parte vencida en el arbitraje alegar la supuesta falta de motivación de laudo como causal de anulación, lo cual ha generado, en la práctica, que se utilice cada vez más de forma indebida este mecanismo a modo de una segunda instancia arbitral. No obstante, los jueces han asumido una posición cada vez más restrictiva al respecto, sin perjuicio que dicha limitación debe acentuarse aún más de forma que solo se estime la anulación por esta causal ante manifiestos casos de motivación defectuosa (inexistente o sumamente incongruente).

B. “Motivo” De Anulación En España: Cuando El Laudo Es Contrario Al Orden Público

El artículo 41 numeral 1 inciso b) de la actual Ley de Arbitraje Española establece el mismo motivo descrito anteriormente, referido a que una de las partes no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. Sin embargo, a diferencia del caso peruano, **dicho motivo de anulación no suele ser invocado en el país ibérico para alegar que el laudo devendría en nulo por carecer de una debida motivación.**

No obstante, la legislación española contempla otro supuesto de anulación que, de manera implícita, podría estar referido a la motivación del laudo. Nos referimos al último supuesto listado en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje Española: **cuando el laudo es contrario al orden público.** La dificultad podría radicar en determinar si la debida motivación del laudo forma parte del orden público y, de ser así, cuál sería el alcance de su anulación.

En ese punto, la interrogante cae por sí sola, ¿qué significa orden público en el ordenamiento jurídico español? De acuerdo con el Tribunal Supremo, este *“está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada”*²⁰.

Ahora bien, la jurisprudencia española ha realizado una distinción entre orden público material y orden público procesal. En la Sentencia de fecha 26 de mayo de 2000, la Audiencia Provincial de Madrid señaló lo siguiente:

“Si por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 Feb., 116/1988, de 20 Jun. y 54/1989, de 23 Feb.) desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal”.

Entonces, podemos sostener que el orden público procesal abarca el conjunto de derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución

²⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979.

Española (con mayor énfasis en el derecho a la tutela judicial efectiva). Ahora bien, es cierto que el derecho a la motivación forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. *Ergo*, podemos afirmar que **la inobservancia del deber de motivación podría significar una afectación al orden público**.

Aunado a ello, se debe tener presente que, desde la reforma del año 2011 a la Ley de Arbitraje Española, las partes no podrían disponer de la motivación del laudo, es decir, no podrían pactar que el laudo sea emitido sin una motivación. Entonces, cabe preguntarnos: ¿cualquier falta de motivación generaría la afectación al orden público y, por ende, la anulación de un laudo?

Para abordar esta inquietud, debemos partir de una definición de motivación. Según el Tribunal Supremo, la motivación no implica una absolución completa y minuciosa de todos los argumentos vertidos en el proceso -muy similar a algunos pronunciamientos de jueces peruanos como citamos anteriormente-. Veamos:

“(…) no es necesario un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes, ni todos los aspectos y perspectivas que las mismas puedan tener de la cuestión que se decide, pues resulta suficiente que se exprese la razón causal del fallo, consistente en el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión, lo que no es obstáculo a la brevedad o parquedad de los razonamientos si permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión”²¹.

Entonces, podemos considerar que una decisión se encuentra motivada si de ella fluyen los argumentos mínimos, de forma coherente y lógica, que permitieron al juez o árbitro arribar a una determinada decisión. En caso de incumplirse esta regla, podríamos estar ante una contravención al orden público y, con ello, ante una eventual anulación de laudo.

A partir de ello, en los últimos años, los Tribunales Superiores de Justicia de España se habrían dedicado a realizar una fiscalización del “fondo” de los laudos arbitrales bajo la tesis de una inadecuada motivación.

A modo de ejemplo, tenemos la Sentencia 3/2017 de 25 de abril, por la cual el Tribunal Superior de Justicia de Asturias se pronunció de la siguiente manera:

“El artículo 120.3 de la Constitución (1978) manda que “las sentencias serán siempre motivadas”, con disposiciones expresas en las respectivas leyes de enjuiciamiento para los asuntos de los diversos órdenes jurisdiccionales, los civiles, penales y contencioso-administrativo. La Ley, para el llamado “equivalente jurisdiccional”, que es el arbitraje, incluye la motivación del laudo como una exigencia del Orden público para evitar su anulación”.

No obstante, también se puede apreciar un sector de jueces españoles proclives a exigir una menor rigurosidad en la motivación de los laudos. Así, tenemos la

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo español 14/1991, de 28 de enero.

Sentencia 314/2010, de 13 de octubre, en la cual la Audiencia Provincial de Barcelona precisó lo siguiente:

“(…) cabe exigir motivación al laudo, pues sigue siendo un derecho de las partes conocer las razones de la decisión, pero no cabe controlar la razonabilidad de sus fundamentos jurídicos ni la posible aplicación arbitraria del derecho. En consecuencia, en un supuesto como el presente en que la árbitro razona y argumenta su decisión (...) **hemos de entender mínimamente cumplida la exigencia de motivación, sin que podamos revisar la adecuación de dicha motivación al derecho aplicable**, ni entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas”. (Énfasis agregado)

En la misma línea, también tenemos la Sentencia 2150/2010, de 7 de julio, en la cual la Audiencia Provincial de Sevilla sostuvo lo siguiente:

“(…) si se hiciera una interpretación excesivamente amplia o rigurosa de la exigencia de motivación, equivaldría a permitir a los tribunales determinar si la motivación es correcta y ajustada a derecho, lo que abriría una vía que excedería de la competencia atribuida a los tribunales en orden a la anulación de los laudos, la cual se limita a examinar si concurre alguna de las causas de nulidad reguladas en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, y de este modo la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada (...)”.

Como se puede apreciar, algunos jueces españoles habrían mostrado una postura de equiparar el estándar de motivación de una decisión judicial con la de un laudo arbitral, lo cual podría derivar en la anulación de laudos que no siguieran con el estricto canon de motivación exigido a los jueces. En contraposición, otro grupo de jueces comprendían que, por la propia naturaleza del arbitraje, no cabía exigir dicha rigurosidad.

Ante dicha situación, **el Tribunal Constitucional español zanjó la discusión** cuando emitió la Sentencia 17/2021, de 15 de febrero, en la cual declaró la nulidad de una sentencia que había anulado un laudo arbitral por supuestamente ser contrario al orden público por falta de motivación. Dicho Tribunal adoptó una posición más restrictiva de la exigencia de la motivación en los laudos, en los siguientes términos:

“(…) Dicho de otro modo, el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que **si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público**”. (Énfasis agregado)

Cabe señalar que dicha posición fue reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo:

“En consecuencia, el tribunal reitera que excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior. Esto significa que **no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes** (art. 10 CE (LA LEY 2500/1978)) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE (LA LEY 2500/1978)) **por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes**, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes”. (Énfasis agregado)

Si bien las citadas sentencias deberían ser objeto de mayor análisis y comentario, teniendo en cuenta su implicancia y, además, que ha sido objeto de crítica por algunos, consideramos que **fortalecen la seguridad jurídica sobre la cual el arbitraje se basa**.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que, tanto en Perú como en España, existe una tendencia a invocar la falta de motivación de laudo como una “causal” o “motivo” de anulación. No obstante, la jurisprudencia española ha ido exigiendo una menor rigurosidad a los árbitros, en comparación a los jueces, al momento de motivar sus decisiones, lo cual ha generado que cada vez sean menos los laudos anulados por carecer de una “debida” motivación.

En nuestra opinión, estimamos que algunos jueces peruanos han ido asumiendo esta práctica judicial de forma acertada. No obstante, se requiere que se unifique aún más a nivel nacional en aras de la seguridad jurídica que dota al arbitraje, tal como ha ocurrido en España hace algunos años.

IV. CONCLUSIONES

- a. La anulación de laudo consiste en un mecanismo excepcional mediante el cual los jueces pueden ejercer un control sobre la legalidad del laudo, el cual no puede implicar de manera alguna un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia planteada en el arbitraje. Inclusive, los jueces incurrirán en responsabilidad si optan por calificar las motivaciones expuestas por los árbitros.
- b. La naturaleza jurídica de la anulación de laudo no debería ser recursiva como el ordenamiento jurídico peruano la identifica erróneamente. Por el contrario, se trata de una acción autónoma que debe tramitarse como un proceso independiente. Por ello, consideramos que el legislador peruano

debe realizar la modificación correspondiente, mejorando aún más nuestra ley arbitral.

- c. Las Leyes de Arbitraje de Perú y España establecen, de forma taxativa, causales o motivos de anulación casi idénticos, inspirados en la Ley Modelo de la UNCITRAL. No obstante, en la práctica judicial, se ha podido corroborar que una misma afectación (la falta de motivación del laudo) podría sustentar el pedido de anulación invocando causales o motivos distintos.
- d. Frente a ello, los jueces peruanos vienen exigiendo una menor rigurosidad en la motivación de laudo y, con ello, disminuyendo las anulaciones de laudo por dicha causal o motivo. Sin embargo, se trata de una práctica judicial aún naciente que debe fortalecerse aún más y unificarse como en el caso español.

Inmunidad de las misiones diplomáticas en la jurisdicción nacional

Francisco Távara Córdova*

Jean Paul Vicente Medina**

Resumen. - Las regulaciones en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y normas nacionales les confieren a las misiones diplomáticas inmunidades frente a la jurisdicción nacional; en razón a su importante y valioso rol en las relaciones internacionales. Sin embargo, de la manera en la que se encuentra positivizado, ampara también las lesiones en relaciones laborales.

Palabras clave. - Embajada - diplomáticos - tutela jurisdiccional efectiva - inmunidad absoluta - inmunidad relativa - Convención de Viena - relaciones diplomáticas.

Abstract. - The regulation in Vienna Convention on Diplomatic Relations and national law confers to diplomatic missions immunities from national jurisdiction because of their important and valuable role in external relationships. Nevertheless, at the same time, enables violation of rights in labour relations.

Keywords. - Embassy - diplomats - effective jurisdictional protection - absolute immunity - relative immunity - Vienna Convention - diplomatic relations.

* Abogado y Magíster por la Universidad Nacional de Trujillo. Egresado de la Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Pontificia Universidad Católica. Egresado del doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la maestría en Lengua y Literatura en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex presidente de la Corte Suprema de Justicia 2007-2008 y Jurado Nacional de Elecciones (Noviembre 2012 – Noviembre 2016)

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica. Se especializa en Derecho Procesal Civil, Constitucional y Administrativo. Actualmente, cursando la Maestría de Derecho Procesal en la PUCP.

Los autores agradecen a Ronald Abregu por su valioso aporte en la preparación de este artículo.

I. Introducción

La participación de las misiones diplomáticas en las relaciones jurídicas patrimoniales en el país receptor, que se puede reflejar en la compra de bienes muebles e inmuebles, la contratación de servicios y personal o, inclusive, en la promoción de actividades culturales, los constituyen ahora como participantes en relaciones jurídicas. Bajo esa premisa, la misión y sus integrantes tendrían responder ante un órgano jurisdiccional nacional en casos de conflictos. Naturalmente, siendo que la representación internacional se establezca en un país ajeno al suyo –Perú, para efectos de este artículo–, los intereses de la entidad internacional colisionarían contra los posibles ciudadanos afectados del país receptor. Nace el requerimiento por parte del connacional de una tutela jurisdiccional y por el lado de la embajada de defender su soberanía y someterse a un litigio en su país de origen.

En función a los instrumentos normativos internacionales suscritos por el Perú, la Convención de Viena de 1961 –sobre Relaciones Diplomáticas–, es el criterio de decisión que debería ser aplicado por los jueces peruanos ante conflictos contra las embajadas. Esta inmunidad, cuyos efectos serán explicados más adelante, otorga un derecho de alegar una excepción en procesos judiciales.

El tema abordado es, no sólo importante, sino novedoso; pues no ha sido desarrollado ampliamente en el ámbito académico, lo que justifica su tratamiento en este artículo. La significancia y valor debe de motivar a los juristas nacionales a analizar el problema descrito exponiendo diversos puntos de vista y objeciones. Así, buscaremos que se motive el debate hasta generar una postura en la jurisdicción nacional, un pronunciamiento uniforme; es decir, lograr la tan ansiada predictibilidad.

Este texto buscará abrir la perspectiva explicando la importancia de la jurisdicción nacional y competencia; continuando con la explicación y repaso histórico breve de la teoría de inmunidades de representaciones internacionales, con especial atención a las restringidas –aplicadas desde la Primera Guerra Mundial en varios países de Europa– prosélitas de una doctrina distinta; dar un acercamiento a cómo se regula esta inmunidad en el ordenamiento peruano actual, comentar algunas resoluciones en sede nacional cuyas **rationes decidendi** no encauzan en un mismo sentido y, finalmente, revisar sentencias en países vecinos de la región y Europa sobre la materia.

II. Jurisdicción y competencia

Para efectos de comprender la dimensión real de la inmunidad absoluta de las embajadas, ponderamos razonable realizar comentarios acerca de los conceptos fundamentales de la jurisdicción y competencia, con el fin de dimensionar lo que, en buena cuenta, supondría lo renunciado con la inmunidad. El primer concepto es el poder-deber del Estado –en los conceptos desarrollados por Locke–, como se adopta pacíficamente en la doctrina, el que lo designa a impartir justicia entre dos

o más causas. Poder, pues la nación emana la voluntad de someterse a él y renuncia a parte de su libertad para regirse bajo la organización planteada por el Estado con límites establecidos en el bloque de constitucionalidad; por tanto, debemos obediencia a las decisiones que tome en el cumplimiento de su función. Deber, porque – como parte de los mismos límites – se le impone a la organización estatal el cumplimiento de ciertos derechos y garantías en favor de los ciudadanos; uno de ellos, el derecho a la tutela jurisdiccional, que no es más que el derecho de exigir al Estado que resuelva un conflicto de intereses. Como lo plantea Reggiardo (2000), es la capacidad del Estado para resolver conflictos empleando el derecho objetivo. Para ello, requiere de las facultades de conocimiento de la disputa – *notio* –, de obligar a las partes a concurrir a su juicio – *vocatio* –, de emplear la fuerza para el cumplimiento de medidas durante el proceso – *coertio* –, de dar un cierre definitivo a la controversia – *iudicium* –, de ejecutar la decisión con fuerza legítima – *executio* – y de autenticar y preservar las resoluciones emitidas durante el proceso, incluyendo la sentencia¹.

Por el lado de la competencia, se consolida como un presupuesto del proceso que verifica el ejercicio válido de la jurisdicción. Analizará, entonces, si el órgano que se avocará al proceso es el que cumple los requisitos planteados por nuestro Código Procesal Civil en su segundo título. Estas reglas de competencia actúan como garantía de las partes, la que ejerció su derecho de acción y la emplazada, de que quién resolverá el conflicto de intereses no será un órgano jurisdiccional *ad hoc*, sino uno cuya personalidad – si bien desconocida – es determinable por reglas que preexistieron al proceso. Como lo plantea Monroy (2017), la competencia no es sino las aptitudes del juez para dirimir en una controversia.²

De esta manera quedan definidas las diferencias entre jurisdicción y competencia, como precisa Priori (2004), la jurisdicción define quienes tienen la potestad constitucional de resolver controversias con la fuerza legítima para imponer su resolución; mientras que la competencia define quiénes, de aquel grupo, pueden conocer sobre la litis en razón a la materia, territorio, cuantía, turno y grado³. O como lo expresa la Corte Suprema Mexicana (1928, como se citó en Gabuardi, 2008), mediante el uso de dos vocablos propios de la taxonomía: la jurisdicción es el género y la competencia, la especie.⁴

III. La inmunidad absoluta y su transición a una inmunidad restringida

Los conflictos originados en un determinado territorio con delegaciones o Estados extranjeros se trataron con el aforismo **par in parem non habet imperium**; esta expresión, traducida, menciona que un Estado no puede ser sometido a la

¹ REGGIARDO, M. (2000). Encuentros y desencuentros de la jurisdicción: sobre el diseño constitucional de la solución de conflictos. *Ius et Veritas*, 20(2), pp. 239-256.

² MONROY, J. (2017). Temas de Derecho Procesal, 2 (J. Monroy, J. J. Monroy, & M. Monroy, Eds.; Setiembre 2017). *Communitas*.

³ PRIORI, G. (2004). La competencia en el Proceso Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, 22, pp. 38-52.

⁴ GABUARDI, C. (2008). Entre la jurisdicción, la competencia y el *forum non conveniens*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (121), pp. 69-115.

jurisdicción de otro. Desde ya parece ser esta teoría de la inmunidad absoluta tuvo mayor desarrollo en países monárquicos, especialmente Reino Unido y Francia. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1981)⁵ menciona que la inmunidad de Estados extranjeros nace desde la concepción del Estado propio como inmune a persecución judicial. Se especifica que, en Reino Unido en el siglo XVI, el Rey, en tanto era la personificación del Estado, no podía comparecer ante juicios ejercidos por los órganos jurisdiccionales del mismo Estado. Se desarrolló otro aforismo: *The King can do no wrong*⁶; debido a que no se podía juzgar las acciones de quién tuviera origen divino, como el Rey en la cultura británica⁷.

Así, este criterio de inmunidad fue ampliándose a los representantes de otros países, pues se consideraba el poder coercitivo soberano que ejercían ellos sobre sus propios nacionales. Llama también la atención las menciones, en jurisprudencia del *Lords of appeal in Ordinary*, a la **dignidad real** que indica que la inmunidad respondía a una cortesía entre naciones; mientras que, por otro lado, se menciona que por esta inmunidad –aplicable también a los bienes de propiedad del país extranjero en el país receptor– el tribunal nacional no tiene el poder para someter al soberano extranjero por sus normas internas arraigadas y costumbres internacionales. Ambas precisiones se hacen en jurisprudencia de la máxima corte de apelación del Reino Unido, en la década de 1880, en los casos *Prins Frederick* y *The Cristina*, respectivamente⁸.

Según Podestá & Ruda (1984, como se citó en Barriá, 1993)⁹, las primeras resoluciones que empezaron a sentar una postura distinta fueron ciertas resoluciones en Bélgica, Italia, Alemania y Austria donde el órgano jurisdiccional nacional se arrogaba competencia para conocer sobre disputas respecto de actividades comerciales y derechos patrimoniales contra un Estado extranjero. Sin embargo, la mayor manifestación de cambio respecto a una teoría de inmunidad absoluta empieza en 1917, durante la Primera Guerra Mundial. Mencionan que tanto Estados Unidos como la Unión Soviética empezaron a capturar buques de comercio. Los americanos realizaron requisas a embarcaciones con bandera enemiga o neutral en sus puertos; por su lado, los soviéticos se apropiaron de buques rusos privados que destinaron al transporte de mercancías de sus empresas públicas. Sumado a ello, la Unión Soviética instaló sedes de sus negocios estatales en capitales europeas que, como usualmente ocurre en cualquier comercio, se generaron disputas en el país receptor.

Para el año 1918, la jurisprudencia se empezó a tornar firme en postular la personalidad del Estado en el Derecho Internacional Privado; por lo tanto, podían ser sometidos ante un tribunal nacional. Así es como se empieza a formar una corriente doctrinal que propone que los Estados y sus organizaciones en países

⁵ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1981). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980 (Vol. 2).

⁶ Traducción: "Rey no puede hacer nada malo".

⁷ BARRY, H. (1925). *The King Can Do No Wrong*. Virginia Law Review, 11(5), pp. 349-371.

⁸ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Ibid.

⁹ BARRIA GARCÍA, J. A. (1993). Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus bienes. Themis, 26(2), pp. 49-62.

extranjeros puedan también ser sujetos pasivos de un proceso en un país extranjero. Entonces, terminamos con el desarrollo de dos teorías, principalmente: i) la teoría de inmunidad absoluta y ii) la teoría de inmunidad relativa o restringida.

Para mayor detalle, la inmunidad restringida requiere de diferenciar las acciones del Estado: las que sirven para sus funciones esenciales, así como en su rol de soberano, como la administración pública, la actividad judicial y legislativa, llamadas también *jure imperii*; de las actividades comerciales –*jure gestionis*–, donde interactúa como cualquier otra empresa, dentro del circuito económico. Uno de los principales argumentos esgrimidos por los teóricos que apoyan la teoría es que, cuando la inmunidad absoluta fue propuesta, las actividades del Estado estaban circunscritas a su actividad política y soberana sobre sus propios nacionales. Éste último no tenía el carácter comercial que, como vimos desde la Unión Soviética, se empezó a promover con aparición de más empresas públicas con presencia internacional. Por ello, las actividades que no se realizan en el rol de soberano sobre su nación no tienen justificación para ostentar una inmunidad absoluta.

No obstante, se refiere que la distinción de actos *jure imperii* y *jure gestionis* puede ser subjetiva y las resoluciones que se tuvieron en países europeos carecían de uniformidad. Con el ejemplo que propone Llanos (1975) queda mucho más puesta la confusión que podría generar:

“Los tribunales italianos han sostenido que los contratos celebrados por un estado extranjero para la adquisición de calzado para el ejército son actos de derecho privado y por lo tanto se encuentran al margen del principio de la inmunidad. Un tribunal de los Estados Unidos resolvió que los mismos constituyen para el Estado “la suprema función soberana consistente en protegerse de sus enemigos”¹⁰.

Frente a ello, explica el mismo autor, que se crearon dos teorías para realizar la clasificación entre actos soberanos y de comercio de manera más precisa.

- a. Según el objetivo del acto: Si el fin perseguido con el acto a cuestionar vela por los intereses relacionados a la soberanía, será *jure imperii*. De otra manera, será *jure gestionis*.
- b. Según la naturaleza del acto: Si el acto que realizará el Estado es restringido para un ente gubernamental, será *jure imperii*. Si, por el contrario, el acto es accesible de realizar para cualquier otro ciudadano, será *jure gestionis*.¹¹

Hasta aquí, hemos tratado de explicar de manera sucinta la evolución de ambas teorías.

¹⁰ LLANOS, H. (1975). Inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado que realiza actividades comerciales. *Revista Chilena de Derecho*, 2, pp. 12-54.

¹¹ *Idem*.

IV. Derecho de Legación

Para efectos de comprender de manera integral la inmunidad de las misiones diplomáticas, reconocemos que es necesario un desarrollo del Derecho de Legación o, como en latín se expresa, *jus legationis*. Para Satow (1932)¹², es el derecho que tienen los estados independientes para enviar agentes diplomáticos con el fin de que ellos expresen los intereses nacionales en el extranjero y, a su vez, los Estados extranjeros se comprometen a recibirlos en su territorio de manera recíproca. Como es de apreciarse, implica de cierto modo, el reconocimiento de un Estado y, por lo tanto, está vinculado estrechamente con las posiciones geopolíticas establecidas por cada Estado; es debido a ello que el mismo autor refiere que termina siendo una cuestión estrictamente de decisión soberana y cedida en cortesía. Con ello, la presencia de representantes diplomáticos responde definitivamente a que se extienden vínculos de comunicación entre países que avalan la representación de los intereses de un Estado extranjero, en virtud del Derecho de Legación concertado.

El Derecho de Legación implica dos aspectos: el derecho de recibir a representantes de un Estado extranjero (legación pasiva) y el derecho a que un Estado sea representado en otro (legación activa). Al respecto, Fachille (como se citó en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1958)¹³ indica que tanto el hecho de acreditar representantes en otro país como recibirlo son derechos de un Estado soberano pues no existe obligación legal internacional para ello, es una cuestión de **buenas relaciones y no de ley** y las delegaciones diplomáticas pueden, perfectamente, ser rechazadas. Por ello es por lo que Calvo (1896, como se citó en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1958)¹⁴ menciona que es un **derecho imperfecto** en la práctica.

No obstante, se discute en la doctrina si es que es, propiamente, un derecho como tal. Como es de apreciarse en el estudio de la Convención de Viena sobre la Relaciones Diplomáticas de 1961, ella no está mencionada. Es más, en el artículo 2 de la mencionada Convención tenemos que: “*el establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo*”. Constantinou & McConnell (2023) mencionan que ello fue objeto de discusión en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, encargada de la redacción de la Convención. Hubo una posición dentro de la propia comisión que proponía que la Convención abarque también a las relaciones diplomáticas alternativas, distintas la del establecimiento de una embajada permanente, como las Comisiones Diplomáticas *ad hoc* que se regían por sus propias reglas. Sin embargo, terminaron por limitar el texto a las Misiones Diplomáticas convencionales. Asimismo, se esgrimieron posiciones contrarias a la declaración de este derecho por considerarla redundante, inútil o -incluso-

¹² SATOW, E. (1932). *A Guide to Diplomatic Practice* (A. McNair, C.B.E., & LL.D., Eds.; 3rd ed.). Longmans, Green, And Co.

¹³ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1958). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (Vol. 2).

¹⁴ *Idem*.

controversial, toda vez que el derecho de legación implica reconocer a otro Estado como independiente, siendo ello oficio de la soberanía propia del país. Así, se terminó por rechazar la inclusión de este **derecho** dentro de la Convención.

Cabe mencionar que fue reconocida en la Sexta Conferencia Internacional Americana de 1928, realizada en Cuba, en la que Perú fue parte. En dicha conferencia, cuya organización fue posteriormente relegada para dar paso a las Asambleas Generales de la OEA, se realizó una convención respecto a los derechos y deberes de los funcionarios diplomáticos. En ella, en el artículo 1, se encuentra que “*los Estados tienen el derecho de hacerse representar unos ante otros por medio de funcionarios diplomáticos*”.

V. Legislación nacional

Los tratados internacionales suscritos por el Perú, como la Convención de Viena de 1961, son parte de nuestro ordenamiento jurídico, según lo declarado por el artículo 55¹⁵ de la Constitución. Aquella Convención fue aprobada por el Perú en 1968¹⁶ por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas—como se hace llamar en el mismo documento— de Juan Velasco Alvarado. En su artículo 31 menciona que los agentes diplomáticos tienen una inmunidad de la jurisdicción penal completa; mientras que, por el lado de la jurisdicción civil y administrativa, tienen inmunidad siempre que no se trate de: I) una acción real de bienes inmuebles particulares del agente diplomático que no sirvan a la misión diplomática, II) de acciones sucesorias donde aparezca el agente diplomático como particular, y no el Estado Acreditante (ya sea como administrador, ejecutor, heredero o legatario) o III) se refiera a una actividad profesional o comercial del agente, fuera de sus labores diplomáticas.

Se menciona que puede ser objeto de medidas de ejecución sólo en las excepciones mencionadas, con la condición de que no se menoscabe su persona ni su residencia. Se indica, igualmente, que el diplomático no tiene la obligación de testificar.

Por otro lado, a pesar de la inmunidad del agente en el país receptor, no se le exime de la jurisdicción acreditante; es decir, puede ser sujeto pasivo de un proceso en su país de origen. El artículo 32 proclama que la inmunidad puede ser renunciada mediante comunicación expresa; sin embargo, en caso de que el agente u otros con inmunidad diplomática —según el artículo 37 de la misma Convención— emprendan un proceso, no podrán reclamar la inmunidad jurisdiccional de recibir una reconvención. La renuncia a la inmunidad jurisdiccional en la acción civil o administrativa —sigue el artículo— no supone una renuncia a la inmunidad de

¹⁵ Constitución Política del Perú. (1993).
Artículo 55:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

¹⁶ Decreto-ley 17243. (1968). Lima: 29 de noviembre de 1968.

ejecución; por lo tanto, de querer que se ejecute un fallo, el agente diplomático deberá de renunciar expresamente a su inmunidad de ejecución¹⁷.

De igual modo, el Reglamento de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos de 1982¹⁸ da desarrollo, en sede nacional, a lo comprometido en la Convención de Viena. En su artículo 8, se detalla que es de competencia exclusiva del Ministerio de Relaciones Exteriores el interpretar, aplicar y modificar el reglamento de las inmunidades. Reafirma lo planteado por la Convención en su artículo 24, al reconocer la inmunidad al agente diplomático y sus familiares, sin eximir la jurisdiccionalidad en el Estado acreditante. Reconoce, igualmente, que la finalidad de la inmunidad es asegurar que el agente cumpla con su función con la más amplia libertad. Además, el diplomático puede renunciar a ella. La formalidad del emplazamiento y notificación de cualquier demanda es que se comunique a su domicilio legal, por medio de la embajada, y requiere de la autorización expresa del Estado acreditante o del jefe de la misión.

Respecto de las excepciones de la inmunidad de jurisdicción civil, tiene las mismas reglas que propone la Convención de Viena. Con ello, podemos afirmar que no se pueden rechazar de manera liminar las demandas contra los agentes diplomáticos; en su lugar, se requiere de un debido emplazamiento e, igualmente, comunicar a la misión con el fin de que el jefe autorice una posible renuncia a la inmunidad. De otra manera, no es posible que la renuncia sólo la suscriba el agente y no el jefe de la misión o el Estado acreditante —entendemos que desde su oficina de Relaciones Exteriores.

Sin perjuicio de lo mencionado párrafos arriba, ponemos en relieve el artículo 5 del reglamento donde menciona que las relaciones diplomáticas del Perú se rigen por el principio de reciprocidad. Entonces, concede las mismas inmunidades y beneficios que reciben las sedes diplomáticas peruanas, salvo convenios internacionales que dispongan regímenes distintos. Asimismo, cualquier emplazamiento u otro trámite relacionado a la inmunidad y beneficios que tienen los diplomáticos, así como sus familiares deben de ser vía el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En una mención aparte, el artículo 100 del mismo reglamento refiere que el Estado peruano, en caso de accidentes graves con responsabilidad de algún diplomático o familiar con inmunidad, según el reglamento, se reserva el derecho de ejercer las acciones correspondientes en el caso que éste no hubiera estado asegurado o hubiera vencido su seguro o hubiera estado redactado de manera que la aseguradora no asuma el pago de la reparación civil, en favor de un tercero agraviado. Entendemos que las consecuencias prácticas de este interesante artículo es que, efectivamente, se impone al diplomático el deber de contratar con un seguro que pueda responder frente a accidentes bajo su responsabilidad; de no

¹⁷ Para mayor detalle, revisar: CORNEJO, C. (1999). Vigencia de las normas laborales en el espacio. Una propuesta metodológica para la solución de los conflictos de leyes en el ordenamiento laboral peruano. *Ius et Veritas*, 19(2), 202-220.

¹⁸ Decreto Supremo 007-82-RE. (1982). Lima: 7 de julio de 1982.

hacerlo, se somete a la jurisdicción nacional –sea civil o penal– bajo el procedimiento del artículo 101 del mismo reglamento. Este menciona que el jefe de la misión diplomática puede revocar la inmunidad jurisdiccional y la inviolabilidad a cualquier agente, bajo su criterio y con el deber de manifestarlo de manera expresa.

Y, como última mención al reglamento, los que ejerzan servicios exclusivamente al Estado acreditante, que no sean ni peruanos ni residentes y sean empleados administrativos y técnicos de las misiones diplomáticas, también tienen inmunidad jurisdiccional civil, penal y administrativa.

El Código Civil peruano, por su parte, en el artículo 2067¹⁹ declara que se regula bajo los criterios de los tratados internacionales suscritos. En un sentido amplio, desde otro lado, podemos afirmar que el artículo 2063²⁰ del mismo cuerpo normativo puede afectar a los agentes y misiones diplomáticas al arrojar al tribunal peruano a dictar medidas provisionales de protección a personas naturales en territorio peruano aun cuando carezca de jurisdicción para que conozca del fondo de la controversia.

No deja de llamarnos la atención que nuestro Código Procesal Civil, vigente desde julio 1993, no regule nada respecto al tema que estamos tratando, que bien pudo hacerlo remitiéndonos a tratados internacionales sobre la materia, ratificados por el Perú. Y respecto a la pregunta si se pueden afectar o embargar propiedades o bienes muebles o inmuebles que pertenezcan a sedes Diplomáticas, este código tampoco hace mención alguna; inclusive dando una mirada al artículo 648 y 649, que regulan los bienes inembargables, bien pudo agregarse al final un inciso o numeral incluyendo a **los bienes indicados en leyes especiales** o algún símil. Lo mismo sucede con los distintos proyectos y anteproyectos de Códigos Procesales Civiles, publicados por el Ministerio de Justicia en el diario oficial, de cuya lectura no se observa un interés en regular la materia. Un modesto aporte nuestro sería llamar la atención a nuestros juristas legiferantes a regular de manera precisa esta materia, y así podamos dar predictibilidad a los actores involucrados unificando los criterios jurisdiccionales. Consideramos que el artículo 47²¹ del cuerpo normativo mencionado, que remite a las reglas de competencia explicados en el Código Civil, es insuficiente para regular el tema en comento.

¹⁹ Código Civil. Artículo 2067:

La competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer de las acciones intentadas contra estados extranjeros o sus jefes, representantes diplomáticos, organismos internacionales y sus representantes, se regula por lo dispuesto en los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por el Perú.
(...)

²⁰ Código Civil. Artículo 2063:

Los tribunales peruanos son competentes para dictar medidas provisionales de protección de las personas naturales que se encuentren en el territorio de la República, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del asunto.

²¹ Código Procesal Civil. Artículo 47:

Es competente el Juez peruano para conocer los procesos en los casos señalados en el Título II del Libro X del Código Civil.

VI. La Convención de Viena de 1961 en la Comisión de Derecho Internacional

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU fue encargada de la redacción del proyecto que, posteriormente, fue la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Tras el décimo periodo de sesiones en 1958, esta comisión presentó el llamado “Proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas”²², que, de la versión final de la Convención de 1961, no difiere en demasía. En realidad, el artículo del proyecto relativo a la inmunidad diplomática (ubicado en el artículo 29 del proyecto) es casi idéntico al texto que se encuentra en la Convención (ubicado en el artículo 31), y es acompañado con un comentario de la comisión²³.

En dicho comentario se desarrolla que el agente diplomático no está sujeto a ningún tipo de tribunal, más allá de que sólo se hubiera mencionado a los tribunales civiles, penales y administrativos. Por ello, el agente diplomático sí es inmune a la jurisdicción, por poner un ejemplo, laboral o de familia. No obstante, se menciona que, el mismo agente tiene la obligación de respetar el ordenamiento del país receptor. A mayor profundidad del tema respecto al literal c del segundo párrafo del artículo citado del proyecto, al referirse a comercios o actividad profesional emprendidos por el agente diplomático, mencionamos que las actividades comerciales o profesionales del agente están prohibidas por la Convención de Viena de 1961²⁴.

En el comentario a dicho apartado, la comisión hace mención de que tanto la acción comercial como la profesional de un agente diplomático es **incompatible** a la situación en la que se encuentra y, por consiguiente, es posible que se le nombre persona *non grata*. Sin desmedro de ello, se permite que ellos sean sometidos a la jurisdicción nacional sólo en las causales de excepción de inmunidad. De la misma manera, sólo será posible ejecutar medidas de embargo respecto a sus bienes personales siempre que no se afecte su integridad personal ni su residencia.

²² Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1958). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1958 (Vol. 2).

²³ Texto del artículo:

“1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado recipiente. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, salvo si se trata:

a) De una acción real sobre un bien inmueble particular radicado en el territorio del Estado recipiente, a menos que el agente diplomático lo posea por cuenta de su gobierno para los fines de la misión;

b) De una acción referente a una sucesión en la que el agente diplomático figure como executor testamentario, administrador, heredero o legatario;

c) De una acción referente a una profesión liberal o a una actividad comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado recipiente, fuera de sus funciones oficiales.

2. El agente diplomático no estará obligado a testificar.

3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del apartado 1 y siempre que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado recipiente no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.”

²⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Artículo 42.

“El agente diplomático no ejercerá en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio”.

Por otro lado, respecto a las acciones reales contra el agente diplomático, menciona la comisión que los bienes inmuebles ubicados dentro del territorio nacional son de jurisdicción exclusiva de los Estados receptores; siempre que dicho inmueble sea de propiedad del agente diplomático a título personal, y no como propiedad para fines de la misión diplomática. Podemos dilucidar que tiene, en gran medida, relación con la *lex rei sitae* que –de modo alguno– se encuentra en el artículo 2058 del Código Civil²⁵. Esta regla se encuentra en la gran mayoría de ordenamientos, básicamente postula que los derechos reales de predios situados en determinado país son de competencia exclusiva de él. Según Delgado et al. (2015), este aforismo responde a que la propiedad, en sí misma, es parte esencial de la constitución económica de cada país, por lo que prefieren reservarse la competencia respecto a esta materia, para asegurar cierto nivel de protección²⁶.

VII. Casuística nacional

Se reconoce, en los tribunales nacionales, la vigencia del Reglamento de Inmunidades y Beneficios Diplomáticos, así como la Convención de Viena de 1961. En una sentencia de la Corte Superior²⁷, la parte demandada era la Embajada de Canadá. La parte accionante reclamó la reposición en su lugar de trabajo y el pago de las remuneraciones devengadas. En la contestación, la Embajada presenta una excepción de incompetencia por la inmunidad de jurisdicción otorgada por la Convención y el Reglamento antes mencionados.

El Tribunal de Vista observa dentro del ordenamiento canadiense una figura llamada *Immunity Act*, que regula la inmunidad de jurisdicción. Aquí se precisa de la misma manera, la existencia de la inmunidad de un Estado extranjero frente a un tribunal nacional. Sin embargo, llama la atención el artículo 5²⁸ de la disposición que regula esta figura, donde se pone de relieve una inmunidad relativa al mencionar que el Estado extranjero no es inmune a la jurisdicción extranjera siempre que **se relacione a cualquier actividad comercial del Estado extranjero**. Según la Corte Superior, una relación laboral no está dentro del amplio canon propuesto por el *Immunity Act*, debido a que las relaciones laborales no son **transacciones o intercambio [sic] de algunos materiales que sean libres en el mercado de compra y venta de bienes y servicios, para su venta o transformación**.

²⁵ Código Civil. Artículo 2058:

Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

1. Cuando se ventilen acciones relativas a derechos reales sobre bienes situados en la República. Tratándose de predios dicha competencia es exclusiva.
(...)

²⁶ DELGADO, C., DELGADO, M. A., CANDELA, C., & PEJNOVIC, M. (2015). Introducción al Derecho Internacional Privado (Ira ed., Vol. 2). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

²⁷ Corte Superior. (2023). Expediente 14713-2019 -0-1801-JR-LA-06. Lima: 10 de marzo de 2023.

²⁸ Traducción oficial usada por la Corte Superior. State Immunity Act. R.S.C., 1985, c. S-18: Un Estado extranjero no es inmune a la jurisdicción de un tribunal en cualquier procedimiento que se relacione a cualquier actividad comercial del Estado extranjero.

Además, invoca al artículo 2058²⁹ del Código Civil y argumenta que, al no existir un sometimiento expreso a la jurisdicción y –de manera diametralmente opuesta– haberse formulado una excepción de incompetencia; no se ve la voluntad de someterse a un litigio frente a tribunales peruanos.

Lo interesante del caso pudo haber sido analizar si la Corte interpretaba la regulación unilateral de *Immunity Act* como una renuncia *ex-ante* de la inmunidad absoluta que protegía a la Embajada, en el caso que este instrumento sí hubiera permitido el sometimiento a la jurisdicción peruana, a pesar de que la renuncia a la inmunidad de las misiones diplomáticas, según el Reglamento, debe de ser expresa e –incluso– debe de ser autorizada por el jefe de la misión y en dos ocasiones (al momento de someterse a la jurisdicción y de someterse al cumplimiento de la sentencia, en el caso que se reclame una ejecución). Finalmente, la Corte Superior resuelve que la Embajada no puede ser sujeto pasivo del proceso al no configurarse la situación de hecho exigida por el instrumento legal específico ni se sometió expresamente a la jurisdicción nacional.

En otra sentencia de la Corte Superior³⁰, también sobre materia laboral, en un proceso contra la Embajada de Corea, abordan el problema con la misma óptica, considerando la inmunidad del agente diplomático. Sin embargo, llama la atención que las razones jurídicas y razonamiento son distintas a la anterior. Considera que los agentes diplomáticos sí están obligados a respetar el ordenamiento del Estado receptor en materia de previsional, de contratar a nacionales, según el artículo 33 del Convenio de Viena. Además, invoca al artículo 2067 del Código Civil, cuyo texto establece que la jurisdicción de las acciones contra organizaciones internacionales se regula según los tratados internacionales suscritos por el Perú. De esa norma, el tribunal de Vista extrae que la inmunidad de jurisdicción no se delimita por las acciones (*jure imperii* o *jure gestionis*), sino por la capacidad misma de los jueces nacionales.

Como parte de su análisis, trae a colación una definición del Tribunal Constitucional³¹ sobre la tutela jurisdiccional efectiva. Se puede extraer que I) toda persona o justiciable tiene derecho a acceder, sin importar la pretensión ni la legitimidad que pueda tener; y que II) eso no significa que las pretensiones por ser recibidas por el juez deban ser estimadas favorables. Este principio propone el acceso a un análisis basado en derecho; de ningún modo un rechazo liminar que neutralice el derecho al acceso a la jurisdicción **desdibuja el rol que el ordenamiento le designa**. Así, la sentencia de Vista pone en relieve que la

²⁹ Código Civil. Artículo 2058:

Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

(...)

3. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción. Salvo convención en contrario, contemporáneo o anterior a la sumisión, la elección del tribunal es exclusiva.

(...)

³⁰ Corte Superior. (2017). Expediente 20204-2014-0-1801-JR-LA-15. Lima: 2 de octubre 2017.

³¹ Tribunal Constitucional. (2005). Expediente 763-2005-PA/TC. Lima: 13 de abril de 2005. Fundamento 10.

inmunidad de jurisdicción no se comporta como una lesión a la tutela jurisdiccional efectiva en tanto no se rechaza de manera liminar la demanda; sino, es —de una manera— una **respuesta de acceso a la tutela judicial de la jurisdicción nacional**.

Como consecuencia de ello, confirma el *ad quem*, que la jurisdicción adecuada es la coreana; es decir, que el recurrente —aquel que vio vulnerado sus derechos— debe recurrir a un tribunal extranjero y asumir los costos de llevar un proceso en una jurisdicción tan distante y con un ordenamiento jurídico que desconoce. En ese sentido, para los juzgadores, este aumento de costos para el recurrente no significa un detrimento de sus derechos; en su lugar, es un cambio desde una perspectiva subjetiva obligada por el Ordenamiento. Razonamiento que no compartimos debido a que atenta el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Como último punto resaltante, esta Corte, como parte de su interpretación del artículo 31 del Convenio de Viena de 1961, afirma que se aplica una inmunidad absoluta. En ese sentido, no cabe el análisis de la teoría relativa de la inmunidad porque las excepciones que plantea el mismo artículo son específicas; por lo tanto, no puede ser sujeta a ejercicios interpretativos que no se hubieran configurado expresamente.

Desde una perspectiva distinta, una reciente sentencia de la Corte Superior³² sobre pagos de seguridad social (AFP) en favor de un empleado de la Embajada de la República Checa no es sino un hito en lo que respecta a inmunidad de las representaciones diplomáticas. Marca una posición firme al adoptar un criterio del Comité Jurídico Interamericano, órgano adscrito a la OEA. Este órgano redactó la Guía Práctica de Aplicación de la Inmunidad Jurisdiccional (2018)³³. En el lineamiento 4 de dicho documento menciona que las Organizaciones Internacionales, incluyendo a las embajadas, “*carecen de inmunidad jurisdiccional para actos donde participa como actor en el mercado, incluyendo disputas en materia laboral que no comprometan la autonomía de la organización*”. No obstante, debemos recordar que el documento antes citado no es un reglamento ni mucho menos tiene carácter vinculante de por sí. No es más que una propuesta a los Estados para que adopten las medidas que ponderen necesarias dentro de su contexto social y normativo.

Dentro del mismo se menciona que son recomendaciones para atender aspectos específicos de las inmunidades jurisdiccionales de los organismos internacionales. Por ello, nos queda la inquietud de si ésta fue la vía idónea para emprender dicho criterio que, a la vez de proteger a los trabajadores que puedan servir a una misión diplomática, reduce a la inmunidad que otorgó en un primer momento la Convención de Viena de 1961. Lo que puede variar en favor de esta sentencia y su criterio novedoso es que el documento recopila costumbres y prácticas

³² 17 Juzgado Especializado Laboral. Corte Superior. (2023). Expediente 06787-2023-1801-JR-LA-01. Lima: 7 de julio de 2023.

³³ Comité Jurídico Interamericano. (2018). CJI/RES. 241 (XCIII-O/18) Inmunidades de las Organizaciones Internacionales. Rio de Janeiro: 10 de agosto de 2018.

normalizadas en el Derecho Internacional³⁴, fuente de Derecho Internacional aplicable, a ese nivel es reconocida en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁵, haciendo la precisión que esta cita obedece al reconocimiento de la Costumbre como fuente de derecho

De esta manera, con base en esa sugerencia del Comité Jurídico Interamericano, afirma, el órgano jurisdiccional, que sí pueden ser sujetos pasivos en un proceso jurisdiccional cuando actúe como actor de mercado o empleador. Por otro lado, sustenta que las misiones diplomáticas, al estar obligados al régimen de previsual del Perú, en el caso de contratar a ciudadanos peruanos, están sujetos al órgano jurisdiccional para las disputas respecto de los beneficios sociales que nazcan de esta relación laboral³⁶.

En un sentido similar, mas no bajo el mismo argumento, resolvió en una consulta la Corte Suprema³⁷ de un proceso laboral seguido contra la Embajada de Qatar donde se discutía los derechos laborales de un ciudadano egipcio. Se aplicó control difuso del artículo 2 de la sección II de la Convención de Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas³⁸, sobre la inmunidad de este ente frente a la jurisdicción nacional, en salvaguarda del derecho fundamental a la seguridad social y tutela jurisdiccional efectiva.

VIII. Pequeños apuntes sobre el control difuso y la Consulta

Con la oportunidad que se nos presenta, aprovechamos para recordar sobre el control difuso y la Consulta de la Corte Suprema. El control difuso (o también llamado *Judicial Review*) es un método de control constitucional el cual en “*caso de conflicto entre una norma constitucional y una norma legal, el juez preferirá la primera*”³⁹. No esta de más hacer referencia que la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos aplicó por primera vez este método en el *leading case* Marbury vs

³⁴ *Idem.*

³⁵ Artículo 38:

La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

(...)

b. La costumbre internacional como prueba práctica generalmente aceptada como derecho.

(...)

³⁶ Convención de Viena de las Relaciones Diplomáticas. Artículo 33:

1. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el agente diplomático estará, en cuanto a los servicios prestados al Estado acreditante, exento de las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado receptor.

2. La exención prevista en el párrafo 1 de este artículo se aplicará también a los criados particulares que se hallen al servicio exclusivo del agente diplomático, a condición de que:

a. No sean nacionales del país receptor o no tengan en él la residencia permanente.

(...)

3. El agente diplomático que emplee a personas a quienes no se aplique la exención prevista en el párrafo 2 de este artículo, habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores.

³⁷ Corte Suprema (2019). Expediente 825-2019. Lima: 4 de julio de 2019.

³⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1946). Convención de Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas. Nueva York: 13 de febrero de 1946.

³⁹ LANDA, C. (1995). El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la juez a Saquicuray. *Ius et Veritas*, 6(11), 171-179.

Madison. Sobre este caso, Bianchi (1991) comenta que se puede desprender lo siguiente: “1) son los jueces los encargados de ejercer control constitucional, y 2) no existe un tribunal específicamente encargado de realizar esa tarea, sino que la misma está a cargo de todos los jueces, sin perjuicio de su ejercicio final por parte de la Corte Suprema”⁴⁰. El primer punto determina la exclusividad de los jueces para aplicar el control difuso en un caso específico. Y el segundo punto, su aplicación se puede dar por todos los jueces (poder jurisdiccional).

Según el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución peruana, los Jueces peruanos tienen el poder-deber de inaplicar, para cualquier tipo de proceso o diligencia, disposiciones con rango de ley que contravengan la norma constitucional. Como explica de manera clara y precisa García (2013), “la pluralidad de los Jueces ordinarios tiene la potestad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables y exclusivamente a las partes intervinientes en dicho proceso judicial”⁴¹. Este mecanismo, como se puede apreciar, concuerda con el principio de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra disposición⁴². Este instrumento, como lo interpreta Marinoni (2008), es un poder-deber del Juez con origen en su labor interpretativa de la norma. De esa manera, se prevé que él, al momento de analizar si la norma invocada por alguna de las partes es relevante para el proceso, tiene el deber de verificar que la aplicación de esta sea acorde al orden que establece la Constitución⁴³.

Tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, han establecido pautas vinculantes para la aplicación de este instrumento, tal como podemos ver en el Expediente 2132-2008-AA/TC o Expediente 1618-2016 Lima Norte. De manera sucinta, el juez que inaplique una norma con rango de ley por considerar que su aplicación al caso deviene en inconstitucional debe de:

- a. Verificar que la norma a analizar es aplicable a la situación de hecho.
- b. Verificar que la norma a analizar es determinante para la solución del conflicto.
- c. Identificar las lesiones a derechos fundamentales provocadas por la aplicación de la norma a analizar.
- d. Verificar que la constitucionalidad de la norma no hubiera sido confirmada por el Tribunal Constitucional en una denegatoria de pedido de inconstitucionalidad o acción popular.

⁴⁰ BIANCHI, A. (1992). Control Constitucional (2da ed., Vol. 1). Ábaco.

⁴¹ GARCÍA, V. (2013). La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el examen de Constitucionalidad y el Modelo de Control Derivado y Sinérgico. *Derecho & Sociedad*, 40, 13-37.

⁴² Constitución Política del Perú. Artículo 51:

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

⁴³ MARINONI, L. (2008). Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada (Primera edición, Vol. 1). *Communitas*.

- e. Búsqueda de otro sentido interpretativo que armonice la aplicación de la norma con la Constitución.
- f. Verificar la manifiesta incompatibilidad de la norma con la Constitución (aplicación del control de proporcionalidad)⁴⁴.

Ahora bien, la Consulta es un instituto jurídico procesal a través del cual *“determinados casos establecidos por la ley, las resoluciones judiciales son revisadas por el superior jerárquico, siempre que contra aquella resolución no se haya interpuesto apelación, constituyendo su finalidad que el superior examine la resolución emitida con el propósito de aprobar o desaprobar el contenido de ellas”*⁴⁵.

Según Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁶, las resoluciones que apliquen un control difuso deberán de ser revisadas por la Sala Constitucional (Permanente) de la Corte Suprema. Esta revisión constará de verificar si la inaplicación de la norma corresponde a una incompatibilidad con la Constitución. Se hace la precisión que las únicas normas cuya inaplicación conllevará a Consulta son las que tengan rango de ley.

Este procedimiento también fue regulado en el Código Procesal Civil⁴⁷. En este texto normativo se establece que los siguientes procesos realizados en primera instancia que no fueran impugnados serán elevados de oficio a Consulta: I) las declaraciones e interdicciones de un tutor, curador o apoyo, II) la que declara la interdicción y el nombramiento de tutor, curador o designación de apoyo, III) los procesos de aplicación de control difuso y IV) otras que la ley señale. Además de esos casos, toda aplicación de control difuso en segunda instancia que no sean objeto de Casación también será revisados por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. La Consulta se ordena de oficio. Asimismo, los efectos de la resolución materia de Consulta están suspendidos durante el trámite. Finalmente, la resolución definitiva se emite a los 5 días siguientes a la vista de la causa, según la norma.

Una precisión de importancia procesal que no es mencionada, ni en el Código Procesal Civil, ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial consiste en que la consecuencia de que la Consulta desapruere el control constitucional es que el órgano jurisdiccional que emitió la sentencia revisada emita un nuevo pronunciamiento bajo las correcciones que realice la Suprema⁴⁸. Un sector de la doctrina⁴⁹ defiende que la figura de la Consulta es fuente de problemas de independencia judicial; así, bajo ningún modo la Sala consultada puede incidir en

⁴⁴ Tribunal Constitucional del Perú. (2011). Expediente 2132-2008-AA/TC. Lima: 9 de mayo del 2011. Fundamento 5.

⁴⁵ Juzgado Mixto Transitorio. Corte Superior. (2011). Expediente 184-2007-0-2701-JR-FC-01. Tambopata: 14 de enero de 2011.

⁴⁶ Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 14.

⁴⁷ Código Procesal Civil. Artículo 408.

⁴⁸ Corte Suprema. (2017). Expediente 480-2019. Del Santa: 24 de setiembre del 2020.

⁴⁹ GRÁNDEZ, P. (2022). El control constitucional difuso y el control convencional: Algunos problemas de articulación (Edición electrónica). Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

cómo resolverá la *a quo*. Su revisión sólo constará sobre el sustento que se presente para la inaplicación. Según la opinión de algunos magistrados, ello significaría una lesión al derecho a la invariabilidad de la cosa juzgada; debido a que la Consulta no puede interferir bajo ningún motivo el sentido de una sentencia expedida por otro órgano jurisdiccional al no ser un instrumento de apelación, sino uno de mera calificación de validez del control difuso⁵⁰. Por ello; el órgano jurisdiccional que hubiera emitido un control difuso desaprobado por la Sala consultada no puede variar su sentido respecto de su control primigenio, sino debe de variar el sustento que acompañó a dicha decisión.

Regresando a la Consulta 825-2019, a nuestro parecer, esta norma recurrida no es aplicable a la situación de hecho; debido a que las Embajadas no son parte del sistema estructural de las Naciones Unidas. Ello debido a que el artículo citado se refiere al personal de las Naciones Unidas, como los funcionarios de las Asambleas Generales, el Consejo de Seguridad, la Corte de Justicia, entre otros. Que las Naciones Unidas reconozca y fomente las relaciones intergubernamentales no significa que les otorgue las mismas prerrogativas de inmunidades y beneficios a los agentes diplomáticos. Lo mencionado se sustenta en que, igualmente, éste mismo órgano regula en el Convenio de Viena las inmunidades que se otorgan a las misiones diplomáticas. No tiene sentido alguno que los órganos jurisdiccionales, incluyendo la Corte Suprema, no hubiera utilizado la norma específica y correspondiente, siendo eso un error evidente.

Obviando ese aspecto fundamental, resulta interesante debido a que el análisis realizado propone que, al igual que el derecho a la inmunidad de jurisdicción de las misiones diplomáticas, el derecho al trabajo y a los beneficios sociales está reconocido por tratados internacionales suscritos por el país. Es más, su función esencial en el Estado Social y Democrático de Derecho lo hace "*indisponible para el legislador, debido a que afectaría y supondría que el derecho pierda su naturaleza e identidad*" –menciona la Consulta. A su vez, trae a colación al Código de Bustamante, sobre Derecho Internacional Privado, pero que su aplicación es defectuosa debido a que es un Tratado firmado con países americanos y caribeños mas no con Qatar; por ende, resultaría inaplicable para el caso en cuestión. Dejando de lado dicha aseveración, se sustenta que este cuerpo normativo designa competencia al juez que las partes decidan someterse o en el que el contratante tenga su domicilio⁵¹. Asimismo, este tratado, que data del año 1928, asume abiertamente la teoría de la inmunidad restringida en su artículo 335⁵². Y que, además, las disposiciones son aplicables a los funcionarios diplomáticos⁵³.

Con ello, interpreta la Suprema que, al haber contratado, la Embajada renuncia a su inmunidad y se somete a las normas peruanas. De acuerdo con lo revisado ¿es

⁵⁰ *Ibid.*, Fundamento 2.5.

⁵¹ Código de Bustamante. Artículo 318.

⁵² *Ibid.*, Artículo 335:

Si el Estado extranjero contratante o su Jefe han actuado como particulares o personas privadas, serán competentes los jueces o tribunales para conocer de los asuntos en que se ejerciten acciones reales o mixtas, si esta competencia les corresponde conforme a este Código.

⁵³ *Ibid.*, Artículo 337.

acaso necesario que la Suprema analice I) lo regulado por el Código de Bustamante y II) distinción de actos *jure imperii* o *jure gestionis* si la labor encomendada en la Consulta es la mera revisión de los argumentos exployados por la *a quo* para la inaplicación? Si la inaplicación debe de valorarse en torno a la lesión a derechos fundamentales que supone la norma de rango legal, como lo es un tratado internacional. Creemos que la Corte Suprema debió sustentar su decisión limitándose a lo argüido por el juez de la causa para la aplicación del control difuso.

Finalmente, en una Casación laboral⁵⁴ contra la Embajada de Chile respecto a los beneficios sociales no reconocidos a un trabajador consular, se pronunció de manera distinta a las anteriores. Las misiones consulares, que están adscritas a una misión diplomática, tienen un reconocimiento especial en otra Convención de Viena de 1963 sobre las Relaciones Consulares. En esta, se declara que no están sometidos a la jurisdicción nacional por actos relacionados al ejercicio sus funciones⁵⁵. La Corte Suprema reconoce que la inmunidad de las misiones consulares no se extiende a los contratos laborales; ya que, bajo su interpretación, esto constituye una actividad *jure gestionis*. Además, en el contrato del agente consular se pactó que la legislación peruana es la vigente para efectos de ese contrato y ello, bajo su interpretación, es someterse a la jurisdicción nacional.

En esta Casación, si bien las prerrogativas para las instituciones consulares son más flexibles que las diplomáticas, es una sentencia que reconoce a los contratos laborales como actividades comerciales en tanto conllevan derechos y obligaciones. A su vez, afirma que en el caso que ambas partes del contrato (embajada y particular) declaren que se someterán a la legislación nacional, manifiestan su voluntad de someterse, igualmente, a la jurisdicción peruana. Ello en virtud de la libertad contractual consagrada en el artículo 1354⁵⁶ del Código Civil que da libertad a las partes de regular el contenido de sus contratos, en tanto no lo proscriban las normas imperativas. En el caso de las inmunidades de los agentes diplomáticos, ¿una cláusula de sometimiento al ordenamiento peruano en un contrato laboral es suficiente para afirmar un rechazo a la inmunidad consagrada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1961 considerando que, según el Reglamento de Inmunidades y Beneficios Diplomáticos, se requiere de una manifestación expresa y doble, en el caso de ejecución de la sentencia? Frente a todos los cuestionamientos y dudas que se generan respecto esta gran problemática, un informe solicitado por el Ministerio de Trabajo propone una solución que merece ser mencionada.

⁵⁴ Corte Suprema. (2023). Casación 13096-2022. Lima: 25 de setiembre de 2023.

⁵⁵ Convención de Viena de las Relaciones Consulares. Artículo 43:

Los funcionarios y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado Receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

(...)

⁵⁶ Código Civil. Artículo 1354: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

IX. Situación comparada

i. Latinoamérica

A diferencia de Perú, la Corte Constitucional de Colombia sí se ha referido a la inmunidad de las misiones diplomáticas en numerosas ocasiones. En la Sentencia C-137 de 1996⁵⁷ (fundamento 33), se postula que ninguna inmunidad otorgada por el Estado a extranjeros puede ser absoluta, ya que sería abandonar la labor de defensa de los derechos de los sometidos en su jurisdicción. Decreta, también, que es necesario, en virtud del artículo 13 de su Constitución – sobre la igualdad ante la ley –, que concurren los principios de independencia, soberanía y reciprocidad en la concesión de las inmunidades. Desde la Corte Suprema de Justicia⁵⁸ demuestran que, de manera progresiva, la legislación colombiana se va acercando a la inmunidad restringida, en tanto es reconocida jurisprudencialmente en materia laboral en atención a la creciente globalización e incremento de las relaciones laborales internacionales. No obstante, siguen reconociendo la inmunidad en materia civil común y administrativa en lo planteado por la Convención de Viena en el artículo 31. Sin desmedro de lo comentado en este párrafo, antes del pronunciamiento comentado, los órganos jurisdiccionales no habían sostenido una línea jurisprudencial firme al respecto.

En el Derecho chileno, parece que la postura de una inmunidad restringida es más definida. Según Cobo (2018)⁵⁹, la postura del ordenamiento ha mutado a una inmunidad restringida, en función a la acción que realice el Estado extranjero. Se realiza la distinción entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*, para las acciones de gestión⁶⁰. Al igual que el derecho peruano (expresado en el artículo 5 del Reglamento de Inmunidades y Beneficios diplomáticos) y colombiano, se basa en el principio de reciprocidad; pero también en el de representatividad, extraterritorialidad, acuerdo tácito y funcional. El límite planteado para la inmunidad, según el Paz y Puente (1985, como se citó en Cobo, 2018)⁶¹, son las necesarias e indispensables para la labor diplomática en libertad, independencia y seguridad.

ii. Caso británico

Entre los diversos ordenamientos europeos, desarrollaremos el del Reino Unido; pues ellos, a diferencia de Perú, no tienen un reglamento especial para la materia de origen nacional como el Decreto Supremo 007-82-RE. Para resolver los conflictos en los que el demandado o denunciado es un agente diplomático,

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. (1996), Sentencia C-137/96. Bogotá: 9 de abril de 1996.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2016). Sentencia STC 004-2016. Bogotá: 13 de enero de 2016.

⁵⁹ COBO, N. (2018). La protección de la inmunidad en el Derecho chileno. Anuario de Derecho Diplomático y Consular, 3.

⁶⁰ Corte Suprema de Chile. (2018). Recurso de Queja Rol 8.750-2018. Santiago: 19 de junio de 2018.

⁶¹ *Idem*.

aplican únicamente la Convención de Viena de 1961, además de pequeñas precisiones que se hacen en el *Diplomatic Privileges Act 1964*.

La Corte Suprema del Reino Unido recibió el caso *Reyes v. Al-Malki*, 2017⁶². El caso analizado trata de una ciudadana filipina que realizaba servicios domésticos en la residencia de un agente diplomático de Arabia Saudita en Londres. Ella acusa a sus empleadores que se le exigía trabajar más de las horas legales, no se le proveía de un apropiado lugar de estancia dentro de la casa, comenta que le sustrayeron el pasaporte, que le pagaban menos que el salario mínimo legal e incluso — al dejar de trabajar — el empleador se rehusó a pagarle un monto adeudado de su sueldo. La Corte empezó por determinar que la inmunidad otorgada a los diplomáticos, en virtud de la Convención de Viena, es la más severa hasta el nivel que alcanza, inclusive, a los actos privados y oficiales de los agentes, con excepciones específicas que ya hemos explicado.

La Corte, interpretando sistemáticamente los artículos 31.1⁶³ y el 39.2⁶⁴, sostuvo que las **funciones oficiales** de la misión se debe de entender como “*funciones como miembros de la misión*”; ya que coligieron que, de la manera en la que está redactada la Convención, los efectos de las inmunidades y privilegios empiezan y culminan a la vez que el servicio. Por ello, como se explica en el artículo 39.2, el cese de las funciones del diplomático y, por ende, también de sus inmunidades ocurren al momento de su salida del país o en un tiempo razonable después de su salida o incluso si ya terminó el tiempo de su designación, pero sigue realizando actividades como miembro de la misión.

No obstante que el asunto de la inmunidad fue resuelto, la Corte ponderó necesario definir cómo interpretar “*actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático*”, del artículo 31.1. La mayoría de los jueces determinaron que ello se interpretaría refiriéndose a contratos de bienes y servicios con el fin de obtener un beneficio económico, de generar ganancias; por lo tanto, el servicio

⁶² REYES V. AL-MALKI y otro (2017), [2017] UKSC 61.

⁶³ Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas. Artículo 31.

“1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

(...)” (Énfasis añadido).

⁶⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Artículo 39.2.

“(…)”

2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aún en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión. (...)”

ofrecido por Reyes no se definiría como una actividad comercial pues el servicio doméstico no representaría un lucro directo en beneficio del agente diplomático⁶⁵.

Cabe mencionar que la Corte discutió si el hecho, de las condiciones en las que narró Reyes, podría determinarse como un caso de tráfico de personas y, por ende, vinculado a una práctica **comercial** y pueda ser interpretado dentro de las excepciones a la inmunidad civil de los diplomáticos; sin embargo, ello fue descartado firmemente por el colegiado. Los argumentos esbozados fueron los siguientes: I) Mencionan que el texto “*actividad profesional o comercial*” no es un concepto abierto, sino de interpretación estrecha, menciona la Corte tras analizar el diario de debates de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Asimismo, alegan que II) las normas interpretativas de los tratados acordados en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (artículo 31⁶⁶, principalmente) establecen que la interpretación de los tratados debe de considerar otros instrumentos que estén directamente relacionados al mismo tratado a interpretar o que se haya dado con motivo de dar mayor alcance al primero. Por ello es por lo que –en este caso– el Protocolo de Palermo, que vela por la prevención, represión y sanción de la trata de personas a nivel mundial, no puede ser objeto de interpretación conjunta para determinar el alcance de una norma en la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas; pues no había relación directa entre ambos instrumentos. Refuerza su línea argumentativa al determinar que, III) del Protocolo de Palermo, no se puede extraer que el Tráfico de Personas pueda ser considerado como un delito comercial. Igualmente, IV) de las circunstancias precisas, no es una actividad comercial pues no se evidencia la búsqueda de generar una ganancia, como podría ser el caso de la prostitución (ejemplo dado por la misma Corte); por ello, el concepto legal de “*actividad comercial*” no puede ser aplicado al caso sólo porque se le pagaba menos del salario mínimo. V) Existía jurisprudencia norteamericana y europea, con casos similares, que restringían la aplicación del delito de tráfico de personas como excepción de la inmunidad diplomática.

⁶⁵ HU, X. (2022). Interpreting Diplomatic Immunity in the Context of Employment Maltreatment and Human Trafficking: Reyes v. Al-Malki. In Chinese Journal of International Law (Vol. 21, Issue 3, pp. 625–630). Oxford University Press.

⁶⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 31. 23 de mayo de 1969.
“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Con lo expresado, esperamos que los alcances, aun un poco borrosos, de la excepción a la inmunidad diplomática civil y administrativa relativa a las “*actividades profesionales o comerciales*” haya quedado mejor definida a la luz de lo decidido por la Corte Suprema del Reino Unido.

X. Proyecto de Código Procesal del Trabajo

En el decurso de la preparación de este artículo, con fecha de 1 de mayo del presente año, se publicó la Resolución Ministerial 0103-2024-MINJUS fechada 30 de abril del 2024 que dispuso la publicación del llamado proyecto de Código Procesal del Trabajo y su correspondiente proyecto de exposición de motivos que lo sustenta; verificando que, en el Título Preliminar, artículo V, que lleva como epígrafe “*Competencia Internacional*” en su segundo párrafo:

“Las relaciones laborales internacionales realizadas en las sedes diplomáticas de Estados extranjeros o de organismos internacionales acreditados en el Perú se rigen por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y los acuerdos de Sede, respectivamente. Sin embargo, los reclamos derivados de la celebración de contratos de trabajo o la ejecución de relaciones laborales no disfrutan de exención jurisdiccional, porque se trata de actos de gestión y no de imperio”.

En primer lugar, nos complace que este proyecto de Código aborde directamente el tema en comento; pues significa un avance en esclarecer la discusión largamente planteada en este artículo sobre la inmunidad de jurisdicción absoluta y la restringida. No obstante, creemos que la fórmula legal citada, aun siendo única en el ordenamiento, podría ser más amplia y reconocer a los beneficios sociales como bien jurídico reclamable en un proceso a las misiones diplomáticas. Sugerimos que haga referencia al Reglamento de Inmunidades y Privilegios de las Misiones Diplomáticas.

En la exposición de motivos, los autores de la propuesta reconocen que, debido a la globalización, aumentaron las relaciones laborales internacionales, siendo parte de la realidad generalizada que requiere de una regulación específica. Es una reproducción literal al artículo XX del Título Preliminar del Proyecto de Ley General del Trabajo –presentado por la Comisión Nacional del Trabajo– que sugería un sometimiento de las misiones diplomáticas a la jurisdicción nacional en las controversias por celebración o ejecución de relaciones laborales (Comisión Nacional del Trabajo, 2001, como se citó en Neves, 2002)⁶⁷. Este proyecto, que fue discutido a lo largo de la primera década del presente siglo, suponía que había un interés detrás del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo por velar por las relaciones laborales de los trabajadores de las embajadas; sin embargo, este fue dejado de lado en las posteriores normas como la Ley Procesal del Trabajo y la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

⁶⁷ NEVES, J. (2002). El Título Preliminar de la Ley General del Trabajo. *Ius et Veritas*, 13(25), 242-249.

La regulación específica de la Inmunidad de las misiones diplomáticas en el Reglamento y demás normas requieren de una actualización. Si bien los intereses obedecen a privilegiar el desempeño libre y eficaz de la función diplomática para el desarrollo de relaciones cordiales entre naciones y, en ello, no podrían someter a un Estado u órganos dependientes a un orden extranjero. Como pudimos observar en el desarrollo, el procedimiento que propone el ordenamiento actual es que en el caso específico de un trabajador en búsqueda de tutela debe de promover un proceso en un país extranjero; en ese contexto, el acceso a ella está condicionado gravemente a las posibilidades económica y de disponibilidad que tenga para accionar un proceso judicial en otro país. Según el Tribunal Constitucional, las restricciones al acceso a la justicia deben de ser razonables y proporcionales⁶⁸. *Contrario sensu*, la tutela jurisdiccional efectiva, como garantía constitucional, debería de primar siempre que las restricciones (las inmunidades en este caso) – vistas como lesiones a la tutela– no sean razonables ni proporcionales con el detrimento que podría implicar al derecho al trabajo, largamente protegido por el ordenamiento peruano.

Efectivamente, el trabajo es reconocido por la Constitución como una de las bases de la sociedad y expresión real de la personalidad de los ciudadanos⁶⁹. Asimismo, se le da protección prioritaria⁷⁰ y los demás derechos conexos y contenidos en el mismo son de carácter irrenunciable⁷¹. Estas garantías tan extensas que promueve el ordenamiento son en virtud de la relación asimétrica que existe entre el empleado y el empleador, que el ordenamiento busca apalea mediante el **principio protector** del derecho laboral –como lo llama Pasco (1994)⁷². A ello se suma la larga tutela que tiene este derecho en los instrumentos normativos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 23 y 24), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 6, 7, 8, 9 y 10), Declaración Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6, 7, 8 y 9).

Las inmunidades y privilegios concedidos por la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas no son en beneficio de las personas, sino en la calidad de representantes de una nación; así, sus inmunidades y privilegios se sustentan en

⁶⁸ Tribunal Constitucional. (2020). Expediente 02709-2017-PA/TC. Lima: 10 de noviembre de 2020. Fundamento 13.

⁶⁹ Constitución Política del Perú. Artículo 22.

“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

⁷⁰ Constitución Política del Perú. Artículo 21.

“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)”.

⁷¹ Constitución Política del Perú. Artículo 26.

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

⁷² PASCO, M. (1994). El principio protector en el Derecho Procesal del Trabajo. Derecho PUCP, 49, 149-169.

sus funciones que son principalmente: I) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor, II) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional, III) negociar con el gobierno del Estado receptor, IV) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante, V) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor (artículo 3)⁷³.

Ninguna reformulación de sus privilegios e inmunidades no debe de soslayar las funciones y fines de las relaciones diplomáticas debido a que las convenciones y tratados, además de promover una fructífera relación con los países extranjeros, son reconocidos como parte del Derecho nacional⁷⁴ y, por ende, no pueden ser inobservados. Asimismo, desde esta posición reconocemos la importancia de las labores diplomáticas; no obstante, creemos que la legislación deja abierta una ventana a una vulneración grave a los derechos laborales de nacionales que pueden estar trabajando en beneficio de una misión diplomática, situación que – como hemos podido apreciar– son más comunes de lo que *a priori* podríamos imaginar.

XI. Conclusiones

- a. De lo expuesto sobre la Convención de Viena de 1961 y el Reglamento de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos (Decreto Supremo 007-82-RE), podemos concluir que existe, hasta cierto punto, una inmunidad relativa en beneficio de los agentes diplomáticos. Consideramos que debería de existir un replanteo respecto a esta cuestión pues, desde nuestro punto de vista, no garantizaría la tutela al Derecho al Trabajo que impone la Constitución. No es realista que el ordenamiento jurídico obligue al trabajador litigar en el exterior o que espere a que la inmunidad del agente diplomático termine, al concluir sus labores en país receptor.
- b. Dado que la Convención de Viena que regula el tema en discusión data del año 1961, habiendo transcurrido más de 60 años, nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores debería promover una actualización adecuada al escenario internacional actual. Es necesario recoger las experiencias concretas en los diversos países signatarios. La reformulación o nueva delimitación de las inmunidades otorgadas a los diplomáticos debe de ser progresiva, a la par que el desarrollo de las embajadas como agentes económicos.
- c. En tanto no se actualice la llamada Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, aprobada por el Perú mediante el Decreto Ley 17243 del 1968, debería de modificarse el Decreto Supremo 007-82-RE, que es el Reglamento

⁷³ ONU. (1961). Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Viena: 18 de abril de 1961.

⁷⁴ Constitución Política del Perú. Artículo 55:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos del año 1982, considerando el grave estado de indefensión de los trabajadores de un agente diplomático. De esta manera, se generaría una mayor seguridad jurídica – tanto para las Embajadas como para los ciudadanos – respecto a los supuestos aplicables a esta exención y/o límites en la posible ejecución de una sentencia estimatoria que pudiera afectar al cotidiano desempeño de las actividades encomendadas de las misiones diplomáticas.

- d. En nuestro país, el Poder Judicial no ha respondido de manera uniforme ante los casos concretos en que ciudadanos peruanos y extranjeros han solicitado Tutela Jurisdiccional Efectiva reclamando la satisfacción de sus derechos fundamentales, especialmente laborales y previsionales. No existe la ansiada predictibilidad. Como se pudo observar en las sentencias y normas comentadas, si bien existe una predilección – por parte del ordenamiento y de los órganos jurisdiccionales – por no reconocer mayores límites a las inmunidades diplomáticas que las reconocidas en el Reglamento, existe ya una sentencia que difiere de dichos criterios⁷⁵. Los argumentos esbozados en esta sentencia, si bien no tienen un sustento en una norma interna, puede dar pie a una tendencia a mayor regulación que proteja al trabajador de una misión diplomática que, como vimos, parece estar en una situación de difícil acceso a tutela.
- e. Es necesario incorporar normas expresas en nuestros ordenamientos procesales (Código Procesal Civil, Nueva Ley Procesal Laboral, y demás) que regulan la jurisdicción y competencia en casos relacionados a la inmunidad de jurisdicción.

⁷⁵ 17 Juzgado Especializado Laboral. Corte Superior. (2023). Expediente 06787-2023-1801-JR-LA-01. Lima: 7 de julio de 2023.

Nuevos Fenómenos Digitales: El *Like* en la formación de los contratos

Débora Graciano Chávez*

Diego Valencia Guevara**

Resumen. - En el marco del presente artículo, los autores investigan diversos fenómenos digitales emergentes en el ámbito del proceso de formación contractual, centrándose principalmente en una cuestión relevante: ¿puede la acción de dar un 'like' ser interpretada como una manifestación válida de la voluntad y, más específicamente, como una aceptación inequívoca de los términos de un contrato?

Abstract. - Within the framework of this article, the authors investigate various emerging digital phenomena in the context of the contract formation process, focusing fundamentally on a relevant question: can the act of reacting with a like be interpreted as a valid manifestation of will and, more specifically, as an unequivocal acceptance of the terms of a contract?

Palabras clave. - 'Like' - aceptación - oferta - formación del contrato - negocios digitales - manifestación de voluntad.

Key words. - Emojis - like - acceptance - offer - contract formation - digital business - manifestation of will.

* Estudiante de Derecho en la Universidad del Pacífico. Practicante en el estudio Rodrigo, Elías & Medrano. Asociada de la Revista de Derecho Forseti. Asistente de docencia del curso de Contratos y de Derecho Internacional Público de la Universidad del Pacífico.

** Estudiante de Derecho en la Universidad del Pacífico. Practicante en el estudio Miranda & Amado. Miembro del Consejo Directivo de la Revista de Derecho Forseti. Asistente de docencia del curso Contratos Especiales de la Universidad del Pacífico.

I. Introducción

Es indudable que el progreso de la tecnología ha transformado para bien la vida de la sociedad. Cada vez, son más frecuentes los ámbitos en los que esta acapara espacios para digitalizarlos, modernizarlos y hacer de todo tipo de procesos más sencillos, efectivos y accesibles. En tiempos como hoy, sería muy difícil para los usuarios imaginar una vida sin acceso a ella.

Sin vencer a la naturalidad y genuinidad que caracteriza a los seres humanos, inclusive ha logrado capturar las emociones o gestos de en pequeños pictogramas amarillos: los amigables emojis, los cuales están presentes en la mayoría de las redes sociales e incluso en plataformas web ordinarias, como el caso del *like*¹. Este último, como gran aliado de las nuevas generaciones, nos permite valorar de manera positiva o afirmativa el contenido que se visualiza día a día.

Al haber experimentado avances como la creación de contratos sobre convergencia tecnológica, marcas, auspicios, derechos y datos digitales y hasta la generación de contenido audiovisual por usuarios, el mundo jurídico ha demostrado que es capaz de adaptarse a estos cambios. De la misma forma esto puede identificarse en el caso de la contratación digital. Este proceso, si bien no cuenta con formalidades burocráticas ni firmas físicas, también genera contratos válidos. Sin embargo, como emergente desventaja, no evita que las disparidades estructurales entre las partes puedan crear escenarios de inseguridad jurídica².

Esta cotidianidad, es estudiada en el presente análisis, para examinar la posibilidad de que determinados emojis y, especialmente el like, pueden adherirse a las relaciones jurídicas y ser determinantes- en ciertos casos- para establecer si existe un acuerdo o contrato entre partes. Sobre todo, en el apogeo de los negocios digitales que se realizan mediante redes sociales, en donde se discute desde el tránsito de todo tipo de bienes y servicios hasta grandes transacciones de alto valor económico. Todo ello con la mayor de las normalidades.

Como se ha podido comprobar, no es un secreto para nadie que el boom de los contratos digitales es inevitable y seguirá redefiniendo nuestros mercados. Prueba de ello es el resultado de la tercera edición del estudio Future Shopper Latam 2023 elaborado por la división de Commerce de Wunderman Thompson Latam aplicado a 4 países de la región: Argentina, Brasil, México y Colombia, que analizó los cambios de comportamientos de los compradores en la región, los factores que inciden en sus decisiones y las plataformas de su preferencia³.

¹ Traducido al español: gustar

² Díaz, Celina & Llamas Jersain, *Contratos y blockchain: Contratos legales inteligentes. ¿Es necesario un marco legislativo?*, RITI Journal, Vol. 11, 23 (2023). pp. 2-6.

³ Artículo de noticia: *Wunderman Thompson presentó el Future Shopper LATAM 2023*, Argencon, (2023), <https://www.argencon.org/wunderman-thompson-presento-el-future-shopper-latam-2023/>

Puntualmente, se les consultó a los participantes sobre su práctica común de compras en línea y se reveló que al menos de 8 de cada 10 personas en la región han realizado compras mediante redes sociales. Esta cifra supera en un 30% a la cantidad de compras producidas en las plataformas digitales y se condice con una reducción incremental del 5% a la preferencia de ingresar al sitio web de alguna marca o tiendas reconocida⁴. Frente a este panorama, las redes sociales son uno de los portales de transacciones preferidos y, al mismo tiempo, de los menos regulados, que aun pasando desapercibidos, exigen un análisis de la formación de contratos a través de sus canales.

De resultar posible entonces que las partes- sirviéndose de la tecnología, manifiesten su consentimiento a través de un simple *like* es claro que surgirán ciertos riesgos. Estos deben ser mitigados por las partes, las normas y el análisis meticuloso de los jueces al resolver cada caso, para que así la tecnología y los emojis (como una de sus innovaciones) no sean impedimentos para obtener resguardo en la seguridad jurídica al momento de contratar.

II. Procedimiento de formación del contrato

El contrato, entendido como acuerdo entre dos o más partes respecto a un conjunto de intereses, tiene por objetivo establecer relaciones jurídicas con efectos legales. Comprender el proceso de formación del contrato, los actos jurídicos involucrados y el momento en que el contrato alcanza su perfección y adquiere fuerza vinculante es crucial no solo para determinar cuándo comenzarán a surtir efecto las obligaciones contractuales, sino también para abordar nuevas modalidades de formación del contrato que surgen a raíz de los fenómenos digitales emergentes.

El acuerdo constituye, probablemente, el factor más crucial para determinar la existencia de un contrato, entendido como la convergencia de voluntades expresadas por las partes. Según Alonso Pérez, la voluntad de establecer una relación contractual puede manifestarse de diversas maneras, ya sea de forma explícita o a través de la realización de actos concluyentes que la revelen de manera inequívoca⁵. Se abordará este elemento y sus implicancias más adelante en otra sección.

El proceso de formación del contrato se puede dividir en tres etapas: *i)* el inicio de las tratativas o negociaciones precontractuales, *ii)* la celebración del contrato, que implica la coincidencia entre la oferta y la aceptación, y *iii)* el perfeccionamiento del contrato.

La etapa más esencial es la coincidencia entre la oferta y la aceptación, toda vez que, es la forma habitualmente común de formación del contrato en la práctica

⁴ Wunderman Thompson LATAM, *Future Shopper LATAM 2023*, (2023).

⁵ Alonso Pérez, María Teresa. "La aceptación como fase del proceso de formación del contrato (Análisis de los problemas que suscita con apoyo en textos internacionales y europeos de Derecho contractual)." *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 91, No. 749 (2015): 1383-1425.

diaria. Asimismo, para los propósitos de este artículo, excluimos otros tipos de negocios jurídicos como la invitación a ofrecer, la contraoferta, etc.

La fase precontractual, durante la que se llevan a cabo las negociaciones, implica la presentación de una oferta final. La **oferta** es un negocio jurídico unilateral, mediante el cual el oferente propone la celebración de un contrato. Esta conlleva efectos jurídicos distintos al contrato, tales como la legitimación del destinatario y la irrevocabilidad. Además, esta debe cumplir con ciertos requisitos, como la completitud o autosuficiencia, la firmeza, la remisión voluntaria, el carácter recepticio y, en algunos casos, la formalidad obligatoria.

Aspecto fundamental de esta figura es que la declaración del oferente debe incorporar la intención de éste de quedar vinculado y obligado en el caso de aceptación y debe, además, ser suficientemente precisa. Asimismo, según Díez-Picazo & Ponce de León, para que exista genuina oferta, en la declaración mencionada debe manifestarse la voluntad del oferente de que el contrato se forme únicamente mediante la aceptación. Así, con la sola aceptación, el contrato quedará constituido. No sería necesario emitir nuevas o distintas declaraciones de voluntad⁶.

Por otro lado, la **aceptación** es un negocio jurídico unilateral mediante el cual el destinatario de la oferta declara su conformidad con la misma, formando así el contrato. Tiene que ser conforme, enviada de manera voluntaria, recepticia, oportuna, firme y, en algunos casos, debe cumplir con formalidades obligatorias. La aceptación ha de suponer una adhesión pura y simple a los términos y condiciones contenidas en la oferta. Se requiere una conformidad total, no solo a los términos generales, sino también a los secundarios. De lo contrario, es decir, si hay una pequeña discrepancia, no hay contrato.

Otra cuestión relevante es la formalidad de la aceptación. Esta puede variar según el tipo de contrato. En contratos con formalidad solemne, como el contrato de fianza, tanto la oferta como la aceptación deben cumplir con la formalidad establecida por ley. Por ejemplo, si la ley exige que el contrato de fianza sea escrito y firmado por ambas partes, así, la aceptación debe cumplir con este requisito. En casos donde la ley no establece una formalidad específica bajo sanción de nulidad, solo el oferente puede requerir una formalidad. Según el artículo 1378⁷ del Código Civil peruano, la aceptación que no cumple con la forma requerida por el oferente no tiene efectos jurídicos. Por lo tanto, cualquier otro tipo de aceptación que no cumpla con la formalidad establecida por el oferente no formará el contrato y será ineficaz.

De acuerdo con Alonso Pérez⁸, puede haber manifestaciones favorables a la oferta emitidas por su receptor que, vinculadas causalmente a la misma, no impliquen

⁶ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. "La formación del contrato." *Anuario de Derecho Civil* 1 (1995) 5-32.

⁷ "**Artículo 1378.- Observancia de la forma requerida:** No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente".

⁸ *Idem*.

aceptación. Por ejemplo, los meros acuses de recibo, la expresión del interés que dicha aceptación ha despertado en el receptor de la oferta o una comunicación que indique que está abierto el periodo de negociación⁹. En ninguno de estos casos hay asentimiento a la oferta, pese a que son manifestaciones provocadas por ella y favorables a la misma. La aceptación como fase del proceso de formación del contrato es, por tanto, una respuesta positiva a una oferta que, además, manifiesta la voluntad de quedar vinculado contractualmente.

En suma, la aceptación es una declaración de voluntad mediante la cual un sujeto manifiesta su deseo de vincularse contractualmente con quien le ha enviado una oferta. Su eficacia se materializa en la perfección del contrato y requiere el cumplimiento de ciertas reglas de forma, contenido y tiempo. Así, se configura como una respuesta positiva a una oferta y puede ser expresa o manifestarse a través de actos concluyentes. La aceptación produce sus efectos en el momento en que llega al conocimiento del destinatario, ya que se presume legalmente que es conocida. Solo en ese caso se habrá formado un contrato.

Hasta aquí, hemos visto la forma más habitual de formar un contrato. Sin embargo, es importante destacar que existen otros negocios jurídicos relevantes que pueden intervenir en este proceso. No obstante, debido a la naturaleza del tráfico jurídico digital, esta forma de contratación es la más esencial.

III. El acuerdo contractual y las diversas formas de manifestar la voluntad

Para formar un acuerdo contractual vinculante *inter-partes* es requisito previo que se produzca la aceptación. Este momento es clave, pues no solo permite a las partes poder exigirse obligaciones y derechos, en palabras de Larroumet¹⁰, sino que corresponde al resultado que los contratantes realmente quisieron obtener. El medio para que se produzca debe ser claro e idóneo, pero no está restrictivamente limitados por Ley, al no dejar de ser una mera declaración, en aplicación del artículo 141 del Código Civil, esta puede darse de manera expresa o tácita:

Por un lado, la manifestación de voluntad **expresa** es aquella que se realiza de manera oral o escrita a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo, en virtud de la reciente modificación introducida con la Ley N° 2729. Así también, por otro lado, es **tácita** en aquellos casos en los que se infiera indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

En la mayoría de los casos, y los de menor rigor de análisis respecto a este elemento, resaltan que es evidente la predilección de los agentes a los medios expresos o la firma manuscrita, debido a la seguridad que otorga a los actos dentro del tráfico jurídico. La fácil individualización y sencilla comprobación de la

⁹ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, editorial Aranzadi, Madrid, (2007): pp. 353.

¹⁰ Larroumet, Christian, *Teoría General del Contrato*, 2a ed., Vol. 1, Temis (1990).

identidad del firmante, además de su notoria conformidad con el contenido del contrato, vuelven a la manifestación expresa el mecanismo ideal¹¹.

Sin embargo, si algo nos ha demostrado el paso del tiempo, es que no será siempre la forma hegemónica la única manera de dar a conocer la voluntad. Después de todo, una declaración podrá ser todas las maneras por las cuales un sujeto comunique su voluntad indubitable a otros interesados, considerando que la comunicación no deja de actualizarse.

La historia del Derecho anticipaba estos riesgos cuando se decidió que la voluntad podía transmitirse por medios indirectos. Como ejemplos, se recuerda la aparición del telegrama y eventualmente su sustitución por los mensajes de texto. Estos medios evidenciaron la ocurrencia de infidelidades o errores de transmisión¹², cuyas consecuencias fueron anticipándose por nuestro ordenamiento hasta dejar de ser consideradas como amenazas. Sin reparo alguno entonces, replantearse las mismas preguntas y emplear las mismas soluciones para el caso de los emojis no parece tan ajeno.

Además, sobre dichas declaraciones, aún restan muchas cosas por decir. Muestra de ello es la referencia a medios electrónicos u análogos dentro de la manifestación de voluntad expresa, que puede considerarse genérica ante nuevos supuestos. También ocurre esto respecto a las manifestaciones tácitas, porque al no existir una definición precisa en la norma, se tendrá que recurrir a la jurisprudencia y a parámetros como los heredados por la tradición civilista del derecho: **los actos concluyentes**, para entenderlas. Ambas son cuestiones que solo tendrán cabida en tanto la formalidad de la **aceptación** no esté delimitada por la oferta¹³, escenario en que las partes deberán aplicar la definición que más se asemeje al caso concreto.

Sin embargo, debe destacarse que existen también casos en los que es complicado distinguir entre ambos tipos de declaración de voluntad. Tal sería el supuesto en que concurre un medio electrónico (categorizado como expreso), que a la vez soporta en sí la representación de emociones e incluso acciones humanas, como los **emojis**. Ello podría resultar ampliamente interpretable por las partes. Entonces, ¿sería posible estar en un acuerdo contractual sin haber definido la categoría de la aceptación que lo forma? Sin duda es un punto por desarrollar.

La ausencia de literalidad en la norma que durante décadas permitió a los agentes económicos manifestar su consentimiento para encauzarse en diversos negocios de todo tipo –concretizando así sus metas comerciales– resulta hoy una inquietud al considerar los alcances de la ley frente a la vanguardia de los procesos comunicativos. Sobre todo, para efectos de determinar los nuevos supuestos que podrían acogerse en las definiciones citadas.

¹¹ Ventura Zurita, José & Núñez Custodio, Nicole, *Emoji de "pulgar hacia arriba" como confirmación de un contrato*, CHORNANCAP (2023), pp. 3-5.

¹² Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial: Tomo II. Doctrinas generales*, Ediciones Jurídicas Europa-América (1954), pp. 3-7.

¹³ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *La formación del contrato*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (1995), pp. 2-9.

En el presente artículo no serán resueltas las incógnitas detrás de la manifestación tácita de voluntad regulada por nuestro ordenamiento. Sin embargo, es necesario hacer hincapié en este concepto por su estrecha vinculación con los actos concluyentes, para analizar su tratamiento respecto a los emojis, conforme se expondrá a continuación.

IV. Los emojis: ¿un medio de manifestación de voluntad expreso o tácito?

Como se mencionaba anteriormente, las disposiciones que regulan las manifestaciones expresas y tácitas de voluntad no son inalterables y sostener ello sería incorrecto. La sociedad ha sido testigo de su perfeccionamiento y mejora constante. Tal es el caso de una de las incorporaciones más modernas: **las firmas electrónicas y digitales**, lo cual es fácilmente corroborable con el artículo 6 de la Ley de Título Valores, pues permite la utilización de este tipo de firmas en la emisión, aceptación, garantía o transferencia de títulos valores.

La propia definición de firmas electrónicas es, de por sí, novedosa. Pueden entenderse estas como cualquier símbolo basado en medios electrónicos que una parte utiliza para expresar su intención de vincularse o autenticar un documento¹⁴, cumpliendo el mismo rigor y formalidad que las firmas manuscritas al manifestar la voluntad¹⁵.

El desarrollo de los medios electrónicos para los documentos legales es –desde hace varios años– una tendencia notable. Inclusive países como Estados Unidos, ejemplo de innovación legal, han realizado codificaciones específicas para los contratos formados en plataformas digitales, entre los cuales se encuentran disposiciones como los *restatements* y cuerpos legales como el *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA).

Los *restatements* son las disposiciones por las cuales las partes establecen formas de aceptar un contrato. Pueden considerarse los silencios, el desempeño de una determinada actividad o las comunicaciones verbales. En estos escenarios, las aceptaciones serán todas aquellas enviadas bajo los términos previstos¹⁶. Este es un clásico remedio contractual que anticipa los riesgos de aceptar un contrato a través de medios inciertos y fácilmente podría integrar la aceptación a través de emojis, si las partes lo ven por conveniente, aunque esto es poco común.

Por otro lado, el cambio en los negocios y el auge de las contrataciones digitales han desembocado en UETA, reglas que gobiernan las transacciones comerciales en dicho país. Estas disponen aspectos relevantes sobre las firmas, considerándolas como cualquier símbolo, sonido, proceso o encriptación, que es adoptada por una persona con la intención de aceptar un contrato¹⁷. Una definición tan amplia que

¹⁴ Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287 promulgada el 17 de junio del 2000.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Menscher, Keith. *Thank you, I Emoji Your Offer: Emojis Translating Acceptance in Contracts*, Seton Hall University (2021) pp. 2-31.

¹⁷ *Idem*.

resulta capaz de flexibilizarse para las transacciones digitales, ser receptiva a los emojis y a cualquier invención tecnológica que les suceda.

Con la descripción de este marco internacional, puede desprenderse sin problema alguno lo siguiente: en tanto los emojis tienen características y dimensiones que los analogan a las firmas electrónicas o digitales resultan- sin lugar a duda- un medio electrónico que, aunque invisible en la ley, también podría manifestar la voluntad para contratar.

Sin embargo, terminar el análisis en esta etapa deviene en una conclusión precipitada y errónea: siempre que estemos frente a un emoji, al ser un símbolo electrónico, bastaría entonces el uso de cualquiera de estos para expresar la intención de vincularse a un acuerdo, ya que su uso sería equivalente a una firma.

De ser esto cierto, se estaría ignorando por completo el análisis de la voluntad que los emojis recogen por sí mismos, pues las firmas no representan emoción alguna ni pueden demostrar distintas intenciones. Todavía más preocupante, se generalizaría a los emojis a pesar de ser tan distintos cada uno de ellos entre sí. Detrás de esta observación, se esconde el siguiente planteamiento: ¿acaso los emojis, por sí mismos, no son capaces de comunicar una voluntad?

Para llegar a una respuesta, debe recordarse la definición de los **actos concluyentes**, los cuales son una conducta que social e inequívocamente se reconoce como dirigida a producir una consecuencia jurídica. Deben inferirse de manera indubitable de una *facta concludentia*, lo que deviene de una actitud o circunstancias de comportamiento que exhiban la existencia de una voluntad interna¹⁸. Esto no sucede como tal respecto a todos los emojis, pues se anticipaba que pueden tener múltiples significados e interpretaciones.

Los actos concluyentes, fundamento básico del derecho laboral, permite a los tribunales optar por la aplicación de las reglas de contratos de trabajo a relaciones laborales tras verificarse cierta naturaleza y labor permanente. Da preferencia a lo que ocurre en el terreno de los hechos y la práctica, y no solo lo que puedan decir los sujetos¹⁹. ¿Podrían trasladarse estos hechos o conductas indubitables a la era digital y desprenderse de los emojis? Es algo que los jueces, pese a los significativos avances en el reconocimiento de los nuevos medios por los cuales se manifiesta la voluntad²⁰, no han explorado.

La Corte Suprema en la Casación N°5761-2018-UCAYALI, respecto a un caso en concreto, determinó que la presentación de facturas -como ejemplo de un comportamiento silencioso y evasivo- puede corroborar la existencia de un acuerdo entre partes. ¿Podría decidirse en el mismo sentido si los medios probatorios fueran capturas de pantalla en las que resalten reiteradamente *likes*?

¹⁸ Vidal Ramírez, Fernando, *Manifestación de voluntad*, Gaceta Jurídica (2003), pp. 625-628.

¹⁹ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, Depalma, Segunda edición (1978), pp. 9.

²⁰ *Idem*.

No queda claro si es posible realizar este símil, pues podría considerarse que las facturas tienen un nivel de seriedad mayor a los emojis.

En otro pronunciamiento, la Casación N°1638-2018/LIMA, los jueces de la Sala Suprema decidieron que es posible a través de una conducta reiterada –como las actuaciones ejecutadas *inter-partes* que han sellado relaciones contractuales previas– perfeccionar un contrato. Para esta conclusión, se analizó la conducta reiterada de las partes respecto a la entrega de vehículos en arrendamiento de manera anticipada al pago. Recién al término del uso de los vehículos, se calculaba el monto de la contraprestación conforme a la cantidad de kilómetros recorridos y se procedía con el cobro. Fueron las acciones respecto a la aceptación de los vehículos las que se designaron como conductas reiteradas y, por ende, formaban contratos.

Las sentencias identificadas abarcan pactos usuales de contratos comerciales que, sin escapar de la cotidianidad, no terminan de esclarecer si puede comprenderse el envío de emojis de manera reiterada en el tiempo como una conducta concluyente; y, si esa es una manera de formar contratos digitales.

Siendo así, si bien el envío de emojis resulta una práctica social que se realiza todos los días, dependerá únicamente de si estos pueden ser entendidos como una manifestación de voluntad que demuestre asentimiento de manera inequívoca y, por lo tanto, se entiendan como una aceptación.

V. La evolución de los emojis en el plano internacional y sus implicancias en la comunicación

Como paso previo a la respuesta de si los emojis constituyen o no una forma de manifestación de voluntad, se debe dilucidar primero los significados y sentidos que preceden a este término. Según la Real Academia Española se entiende como **emoji** a una “*pequeña imagen o icono digital que se usa en las comunicaciones electrónicas para representar una emoción, un objeto, una idea, etc*”²¹.

De la definición brindada se puede comprender que los emojis son íconos gráficos que permiten representar hasta emociones e ideas, lo que brinda un soporte claro de su entendimiento en el proceso comunicativo. Siendo así, los emojis –lejos de representar simplemente un retorno a los pictogramas– resultan un avance en la comunicación²².

Pensar en las imágenes como parte de nuestras conversaciones resulta poco ajeno cuando revisamos la evolución de la comunicación universal. En la época egipcia, por tomar un antecedente significativo, los jeroglíficos tenían un valor fonético propio y su uso permitía colorear el significado de cualquier enunciado, a pesar de

²¹ Real Academia Española. "emoji." Diccionario de la lengua española (DLE). <https://dle.rae.es/emoji>

²² Seargeant, Philip, *The Emoji Revolution*. Cambridge & New York, Cambridge University Press (2019).

ser considerados simples signos²³. Entonces, no es descabellado sostener que un emoji puede cambiar el significado de las expresiones al escribir, si al igual que los jeroglíficos comparten el efecto determinativo en los mensajes: cambian y matizan el sentido de la frase o palabra que los acompaña. Tanto es así, que se encuentran en la mayoría de sitios web y pueden usarse a través de un *clic*.

Un recuento histórico de las modificaciones en la comunicación denota que todo cambio ha sido positivo: el paso de la iconografía en piedra, por parte de las civilizaciones antiguas, a la implementación del papiro, por los egipcios y fenicios, para plasmar sus historias; y, del desplazamiento de esta tras la llegada de la imprenta, que trajo la escritura, que concreta la expresión visual y abstracta de los mensajes²⁴. De estos antecedentes podría esperarse en un futuro próximo que se reemplace dicha comunicación verbal o las palabras por símbolos o emojis, algo que de hecho ya está ocurriendo²⁵. No se puede negar así que los emojis forman parte de la comunicación y han llegado para quedarse.

Gracias a esta información contextual y referencial, es posible entender que procesos como la globalización han permitido que nuestra sociedad, y especialmente las personas jóvenes- siendo las nuevas generaciones quienes muestran una dependencia social al uso de emojis y un sentido de identidad en las redes sociales- **se expresen de manera más inmediata y positiva a través de los emojis**.²⁶ Además, aun cuando el desarrollo de estas tecnologías y tendencias es en su mayoría extranjero, los ciudadanos hispanohablantes son parte de esta realidad, en tanto comparten antecedentes que demuestran un estrecho vínculo cultural. También por patrones sociales como la imitación, las tendencias y el progresismo²⁷.

Igualmente, debe considerarse que la vinculación entre los emojis y la comunicación no se limita a un ámbito informal, pues estos no son dejados de lado en los diálogos empresariales. Un ejemplo de ello es que "el 76% de los trabajadores estadounidenses han utilizado emojis en comunicaciones profesionales"²⁸. Entonces, es una realidad aceptar que las conversaciones digitales dejaron de ser solo texto, pues se requiere un análisis integral de los mensajes, incluyendo puntuación, mayúsculas y, por supuesto, los emojis²⁹.

Asimismo, a pesar de que los emojis son parte de las conversaciones y suelen desempeñar un papel fundamental en la creación de mayor socialidad, agregando

²³ Segrest, Caleb, *Legal Implications of Emoji Use*, Norton Rose Fulbright, Social Media Law Bulletin (2017). <https://www.socialmedialawbulletin.com/2017/08/legal-implications-emoji-use/>

²⁴ González Ercoreca, Teresa, *El derecho se vuelve visual: el creciente uso de imágenes en un entorno hiperregulado*, Revista CEFLegal, Centro de Estudios Financieros (2022).

²⁵ Rodríguez Álvarez, Ana, *¿Sobran las palabras? Los emojis como prueba en el proceso judicial*

²⁶ Martín Critikián, Davinia & Medina Núñez, Marta. *Redes Sociales y La Adicción Al Like De La Generación Z*. Revista De Comunicación y Salud 11, no. 1 (2021): 55-76.

²⁷ Candia Baeza, Cristian. "Filosofía, Identidad y Pensamiento Político En Latinoamérica". Polis, no. 18 (2008): 11-17.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

un tono amistoso y evitando la frialdad (función fáctica)³⁰, estos también pueden ocupar espacios para evitar silencios incómodos entre los destinatarios. Es más, pareciera que existe tanta multiplicidad de interpretaciones de los emojis como cantidad de estos. Pueden tener hasta 8 usos distintos que van desde el señalar verdaderamente la actitud de lo que se dice, comunicar con una mayor fuerza una idea, contradecir el sentido original de una frase con humor, acompañarla de afecto, entre otras.³¹ Esto, sin reparar en que por sí solos, inclusive, los emojis son unidades de conocimiento conceptual, por lo que –solos y en conjunto– expresan una infinidad de ideas muy distintas la una de la otra.

Es cierto que es posible expresar una voluntad a través del envío de emojis, pero cada uno de ellos representa una emoción o idea única y poseen distintos sentidos de interpretación no siempre fáciles de conocer. Asimismo, tanto por sí mismos como en fórmula, pueden significar una expresión lingüística totalmente distinta. Por ello, resulta evidente que no cualquiera al azar se entenderá directamente como una afirmación positiva o consentimiento.

Ante este panorama de infinitas posibilidades, por un criterio de cotidianidad, uso común y familiaridad que será justificada en las siguientes líneas, se analizará el caso específico del emoji positivo más evidente de todos: el *like*.

VI. El *like* como aceptación para los contratos

Los *likes* tienen su origen en el término anglosajón “*thumbs up*” cuyo significado es “*an instance or gesture of approval or encouragement*”³². Traducido al español, se entiende al pulgar arriba como una “*instancia o gesto de aprobación o estímulo*”. Por ello, previo al análisis sobre el uso incesante de los *likes* en casi todas las redes sociales que conocemos, se analizará la práctica humana precedente que le da vida.

Varios autores describen en textos históricos o novelas respecto a cómo los romanos usaban este gesto para determinar el destino de un soldado. Así, Peter Quennell en *The Colosseum* cuenta que cuando los gladiadores dejaban todo en el campo de batalla, recibían un pulgar arriba por su esfuerzo. Caso contrario, un pulgar abajo podía depararles la muerte³³. Lo anterior corrobora que ya desde hace siglos estos gestos han significado algo realmente similar para la visión occidentalista, aunque con matices.

Desde entonces, tras varios siglos de progreso y evolución, los *thumbs up* han avanzado junto al hombre en distintos acontecimientos hasta llegar a un uso recurrente en los espacios de ocio y escenas familiares. Sin embargo, con la llegada de los medios de comunicación fueron trasladados a los grandes espectáculos,

³⁰ Benatti, Francesca, Emoticones y emoji: reflexiones desde la experiencia de common law, *Lawgic Tec - Revista de Derecho y Tecnología* (2022).

³¹ Yus, Francisco, Not all emoticons are created equal, *Linguagem em (Dis) curso* (special issue on relevance theory) Vol. 14, No. 3, 2014, (2014) pp. 511–529.

³² Merriam-Webster Dictionary. “thumbs-up,”. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/thumbs-up>.

³³ Quennell, Peter. *The Colosseum* (1971).

shows televisivos y se reprodujeron por celebridades y políticos que los hicieron conocidos internacionalmente gracias al auge del internet.

Esa implementación masiva los introdujo finalmente al mercado de plataformas sociales como *Vimeo* y la reconocida *Facebook*, en la que el *like* es una de las reacciones más comunes que los usuarios realizan desde el 2009³⁴. Consecuentemente, no tardó mucho tiempo en ser considerado por Unicode, estándar que codificó a los emojis en 2010, y en formar parte de los emojis programados en los teclados de los iPhones desde 2014³⁵. La prueba de la evolución del *like* en la actualidad se puede verificar en su intercambio realizable en una multiplicidad de páginas y aplicaciones, además de su integración en los teclados de los dispositivos inteligentes.

Así, el inigualable *like* se define ahora en su idioma nativo bajo lo siguiente “*to enjoy or approve of something or someone*”³⁶, lo que en español sería “*para disfrutar o aprobar algo o a alguien*”. Ha evolucionado a considerarse un OK o aprobación, mientras que los pulgares abajo o *dislikes* se traducen en un “*no está bien*”, falla o fracaso³⁷, líneas de interpretación compartidas con una gran parte de Europa y el mundo occidental³⁸.

Ante esto, se pueden reparar algunas conclusiones importantes sobre la revisión integral a los emojis y, especialmente, los *likes*:

- a) La trascendencia social y corporativa del uso de los emojis permite reconocerlos como una representación verosímil de las intenciones de las personas, pues pueden demostrar y acompañar lo que piensan e incluso facilitar el conocimiento de lo realmente desean expresar.
- b) Asimismo, específicamente sobre los *likes*, la historia, los parámetros que rigen nuestro lenguaje y las prácticas sociales mayoritarias mundiales sugieren en que sí existe un entendimiento socialmente aceptado de transmitir una intención positiva y de aprobación cada vez que una persona envía un *like*.
- c) Sin perjuicio de lo que es capaz de demostrar el *like*, la conclusión anterior no aplicará cuando se use para una función distinta a la de mantener el sentido original de la frase que lo acompaña. Por ello, para evitar errores en su interpretación, debe analizarse siempre en relación con el contexto en el que las partes se están comunicando y los mensajes o intenciones previas que se puedan recopilar.

³⁴ TechCrunch. "Facebook Activates Like Button, FriendFeed Tires of Sincere Flattery". (2009). <https://techcrunch.com/2009/02/09/facebook-activates-like-button-friendfeed-tires-of-sincere-flattery/>

³⁵ *Idem*.

³⁶ Cambridge Dictionary. "like". <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/like>

³⁷ *Idem*.

³⁸ "Desmond, Morris, Collet, Peter, Marsh, Peter & O'Shaughnessy, Mary. *Gestures: Their Origin and Meanings, The Thumb Up*. Bernd Wechner, (1979). <https://bernd.wechner.info/Hitchhiking/Thumb/>

En consecuencia, solo bajo estos términos, podría entenderse al *like* como un acto concluyente capaz de expresar una manifestación de voluntad de aprobación expresada por los agentes. Por lo tanto, en caso se evalúe la formación de un contrato que incluya este elemento, dependiendo de la precisión de la oferta, el contexto y las circunstancias relevantes, **un *like* enviado podrá considerarse como una aceptación que puede formar contratos**³⁹.

Debe tenerse en cuenta que las diferencias interculturales y diversas cosmovisiones podrían impedir que una parte comprenda el envío de un pulgar hacia arriba de la otra como una aceptación, lo cual resultaría un impedimento sustancial para el consentimiento mutuo. Esto debido a que, para ciertas poblaciones, el *like* no siempre manifiesta un asentimiento incondicional e inequívoco.

Algunos países lo interpretan como una representación gestual de números como el uno, y otros, inclusive, pueden estimarlos como un gesto obsceno. De este reparo son conscientes los ciudadanos italianos, griegos, iraníes y afganos, pues en sus países el pulgar hacia arriba es visto como una señal irrespetuosa⁴⁰. Por otro lado, los grupos etarios a los que pertenecen los particulares también pueden resultar determinantes para la comprensión de los *likes*. Para la Generación Z, por ejemplo, suelen verse como gestos pasivo-agresivos y hasta confrontativos, quienes se sienten atacados con su uso⁴¹.

A pesar de lo desconocido de la figura en los textos legales nacionales, es evidente que debe primarse una interpretación que interiorice el significado de la voluntad que contienen los emojis y el *like*, siendo minuciosos en el análisis de cada contexto. Solamente así, se podrá estar seguro de encontrarse ante una aceptación pura y simple. Esto resulta presente hasta en principios internacionales de los contratos como los UNIDROIT, bajo los cuales estos se perfeccionan mediante la aceptación de una oferta o **cuando la conducta de las partes sea suficiente para manifestar un acuerdo**⁴², entendiéndose como conducta el envío de un *like*.

VII. Panorama jurisprudencial internacional y alcances

A pesar del veloz desarrollo e implementación de estos fenómenos en la praxis, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de estas nuevas formas de transacciones económicas aún se encuentra en proceso, dándose cada vez más paso en países desarrollados. A continuación, se revisarán precedentes judiciales relevantes de Estados Unidos, Canadá e Israel para evidenciar cuál ha sido el tratamiento de los jueces a las comunicaciones de las partes que incluyen emojis.

³⁹ Murray, Timothy. *Contracting by Emoji*, Lexis Nexis (2023).

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Cleary, Belinda. *Why NOBODY should be using the 'thumbs up' emoji in 2022 - and the 10 symbols only 'old people' use that have Gen Z rolling their eyes*, Daily Mail, (2022).

⁴² UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, artículo 2.1.1, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, (2016).

i) Lightstone RE LLC v. Zinntex LLC (Estados Unidos, 2022)

Una primera jurisprudencia revisada que aproxima la noción de los emojis, en específico el *like*, a ser entendidos o no como una aceptación se encuentra en el caso norteamericano *Lightstone RE LLC v. Zinntex LLC*. Esta sentencia del 25 de agosto de 2022 de la Corte Suprema de Kings County en California analiza la formación de un contrato tras comunicaciones digitales en las que no pudieron faltar los emojis.

Las partes acordaron la compra de equipos de protección personal; sin embargo, al momento de la entrega pactada no se proporcionó el equipo conforme se había descrito en los acuerdos. Tras ello, ambas intentaron concertar un monto por el cual *Zinntex* se haría cargo de un reembolso. Mientras *Lightstone* proponía a *Zinntex* que le pague aproximadamente un millón y medio de dólares, *Zinntex* comentaba expresamente que no firmaría ningún tipo de acuerdo, pero igualmente pagaría⁴³.

Siendo así, luego del mensaje de *Lightstone* que contenía una propuesta final de fechas en la que esperaba el pago en cuotas, solo unos minutos después del rechazo expresado para firmar un acuerdo, *Zinntex* respondió con un *like*. Por ello, según alega *Lightstone*, grande fue su sorpresa cuando se pagó únicamente US\$ 475.000 dólares y no US\$ 1,475,000 dólares, razón por la que demandó el millón restante.

La parte demandante intentó argumentar que el envío del *like* fue suficiente para demostrar el consentimiento de *Zinntex* al cronograma de fechas y el monto propuesto, por lo que había un acuerdo *inter-partes*. Lo anterior no consideraba que minutos previos se había mencionado expresamente que no se estaba dispuesto a aceptar nada, lo cual fue identificado por el juez. Este último deparó en su análisis que, aunque se podía considerar a los emojis como una firma electrónica, ello no podía estar en desacuerdo con las intenciones de las partes en estar obligadas a un contrato y tenía que considerarse el contexto de tal expresión, pues de manera categórica se había mencionado que no se firmaría ningún documento. Al existir duda sobre la formación del contrato, queda claro que no hubo una aceptación.

Más allá de que el tribunal decidió que el juicio sumario planteado no podía resolverse adecuadamente por esa vía y fueron las partes quienes terminaron acordando que *Zinntex* definitivamente debía un reembolso, resulta interesante revisar la decisión del tribunal por sus consideraciones relacionadas al *like*.

A primera vista parecía desalentador que se haya estimado la existencia de considerables dudas respecto a la formación de acuerdo entre las partes, aunque es cierto que no todo *like* (solo por el hecho de ser enviado) resultará un consentimiento manifiesto e inequívoco. Además, como se respalda en el análisis anterior, existen múltiples circunstancias por las cuales podría comprenderse lo contrario. Por ello, tal y como sucedió en este caso, resulta positivo que los jueces se remitan a analizar en íntegro las conversaciones recibidas, para reconocer

⁴³ Supreme Court of New York, Index No. 516443/21, “*Lightstone RE LLC v. Zinntex LLC*” (2022).

aquellas circunstancias que demuestren la verdadera intención de las partes, lo cual no puede obviarse.

Sin embargo, pueden presentarse casos en los que, aunque realmente se haya querido formar un acuerdo con el envío de un *like*, una parte que pretenda desprenderse del contrato formado podría alegar que tuvo otra intención y restarle la validación de positivismo que se ha analizado respecto de este. También, este análisis integral no siempre puede ser analizado por los jueces de manera sencilla, por lo que sería positivo que los tribunales desarrollen un estándar de revisión de las comunicaciones para intentar descifrar la verdadera intención de las partes tras el envío de un emoji.

Ante ello, la opinión de algunos autores sobre la decisión de este caso, como Murray, conviene en que no se debe dar por sentado que la respuesta a una oferta con un emoji será siempre la intención de enviar una aceptación. La mejor forma de evitar dichas consecuencias o discusiones será informando a los contratantes de que puede existir cierta voluntad al enviar un *like*. Así, posteriormente, los mismos evaluarán si están dispuestos a asumir dicha informalidad que, podría o no, convertirse en un contrato⁴⁴.

ii) South West Terminal Ltd. v Achter Land (Canadá, 2023)

El precedente judicial reconocido a nivel internacional sobre la materia, bajo el cual se reconoció al emoji de pulgar hacia arriba (*like*) como expresión de consentimiento para la celebración de un contrato entre dos partes⁴⁵, gira respecto a un caso judicial en Saskatchewan, Canadá. Se trata de la sentencia de *South West Terminal Ltd. v Achter Land* del 08 de junio de 2023, dictada por el juez canadiense Timothy Keene, la cual está contenida en el expediente QBG-SC-00046-2022.

El contrato en disputa era un contrato de compra a plazo diferido, es decir, un acuerdo en el cual el comprador se compromete a adquirir una cantidad específica de grano a un precio acordado con el vendedor en un momento determinado⁴⁶. Las partes, según los hechos del caso, ya tenían una relación comercial previa, y en marzo de 2021, el demandante redactó un contrato en el que el demandado se comprometía a vender 86 toneladas métricas de lino a South West Terminal Ltd. por US\$ 17 dólares por bushel (equivalente a \$669.29 dólares por tonelada), con fecha de entrega en noviembre⁴⁷. Después de la firma del contrato, el Sr. Mickleborough, en representación del demandante, tomó una fotografía con su teléfono móvil y la envió junto con el mensaje "*Please confirm flax contract*" [En español: por favor, confirme el contrato de lino] al teléfono de Achter, quien

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Saskatchewan Court of Kings Bench, Expediente No. QBG-SC-00046-2022, "South West Terminal Ltd. v. Achter Land" (2023).

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

respondió con un *like* desde su teléfono⁴⁸. Sin embargo, Achter no entregó las 87 toneladas métricas de lino a South West Terminal Ltd en noviembre de 2021⁴⁹.

Esta situación fue interpretada de manera diferente por ambas partes: para una como recepción de la oferta y, para la otra, como el cierre de la negociación y confirmación de la celebración de un contrato. La justicia canadiense, considerando el contexto de la relación existente entre las partes, falló a favor de la celebración del contrato entre los particulares.

El fundamento de la decisión del juez se basó en el caso *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral v Aga, 2021*, en el que el Tribunal optó por examinar la intención de contratar mediante la teoría objetiva de la formación del contrato y estableció los siguientes criterios⁵⁰:

- a) La conducta razonable de ambas partes en sus respectivas posiciones.
- b) La prueba de la existencia de un contrato con efectos legales se produce cuando las partes han manifestado al mundo exterior su intención de contratar y los términos del contrato.
- c) No es suficiente que las partes tengan en mente o subjetivamente la voluntad de contratar; es necesario evaluar si la conducta de las partes fue tal que llevaría a la conclusión de que tenían la intención de obligarse.
- d) Al examinar el encuentro de voluntades, los tribunales no solo se limitan a analizar el acuerdo en sí, sino que también pueden considerar las circunstancias que lo rodean.
- e) La naturaleza y la relación de las partes, así como los intereses en juego, ayudan a determinar la intención de crear una relación contractual legal.

Así, considerando las pruebas presentadas, el tribunal favoreció la argumentación de la parte demandante. Esto se debió a que las circunstancias previas a la conversación, que incluyeron varias negociaciones contractuales que culminaron en contratos anteriores, respaldaban la posición. En consecuencia, el tribunal interpretó el emoji de *like* como una aceptación del contrato⁵¹.

Además de la línea jurisprudencial, la doctrina ha abordado esta discusión. Por ejemplo, Benedetti plantea que, en nuestro contexto, si bien se puede argumentar que el emoji constituye aceptación en contratos informales, no se puede afirmar que constituya una firma en contratos formales⁵². Faltan los requisitos de certeza necesarios para evaluar la equivalencia del emoji con una firma real, como

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² Benedetti, A. (2023). L'emoji ('like') vale accettazione? En *Pactum. Rivista di diritto dei contratti* (Vol. 3)

tampoco se puede aceptar una propuesta de contrato por hechos concluyentes cuando la ley exige una forma escrita como requisito de validez.

Asimismo, dicho autor considera que el contexto es crucial para determinar si un emoji puede considerarse como una aceptación completa de una oferta contractual. Si la respuesta con el emoji sigue a la recepción de una propuesta o texto de contrato ya completo, puede interpretarse como una aceptación completa, a menos que el remitente demuestre lo contrario⁵³. El autor destaca además la importancia de la buena fe en la interpretación de los símbolos utilizados en la comunicación contractual, ya que el riesgo de malentendidos recae en quien usa el símbolo, no en quien confía en su significado claro⁵⁴.

iii) Dahan v. Shacharoff (Israel, 2017)

Un último análisis jurisprudencial por revisar es el caso *Dahan v. Haim*, que versa sobre Yaniv Dahan, hombre que publicó en el sitio *Yad2*- portal israelí de anuncios en línea- el anuncio de la renta de su apartamento. Tiempo después de estar al alcance del público, una pareja respondió a lo publicado comentando expresamente una serie de emojis: una sonrisa, una botella de champagne, una ardilla, bailarinas y una jeringa, acompañados de la frase: “*Buenos días, tengo interés en el apartamento. Solo necesitamos discutir los detalles, ¿cuándo estaría bien para ti*” [traducido al español].

Ante la positiva comunicación, Yaniv bajó el anuncio de internet y las partes persistieron negociando y ultimando los términos del arrendamiento. Sin embargo, de un día a otro, Yaniv dejó de tener respuesta por parte de los interesados y el día del arrendamiento acordado no tenía inquilino alguno.

Es así que, iniciado el proceso, este llegó al Tribunal de Reclamos Menores de Herzliya en Israel en donde se debatió la cuestión de si los emojis podían demostrar la formación de una relación entre arrendador e inquilino. Si bien en esta oportunidad los emojis no sirvieron para determinar que nos encontráramos ante un *binding contract* o un acuerdo vinculante, sí formaron una razón suficiente para que Yaniv retire la oferta del mercado.

El juez consideró que los símbolos enviados respaldaban el hecho de que los demandados actuaron de mala fe. En su análisis, consideró que los emojis soportan ideas y, en la mayoría de casos, también la buena fe de las partes. En este en cuestión, la combinación de emojis y la festividad que manifestaban crearon dependencia y engañaron al demandante. Lo hicieron pensar que estaban interesados en contratar y lo adormecieron hasta una fecha cercana al comienzo del período de arrendamiento, el cual nunca comenzó pues no tenía inquilino⁵⁵.

⁵³ *Ibid*, pp. 3.

⁵⁴ *Ibid*, pp. 4.

⁵⁵ Carly Ben-Yishay. Judge in Israel has Ruled that Emoji can Prove Intent in a Landlord/Tenant Case, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2019).

Se puede concluir del caso que –el inicio de tratativas con efusivos emojis que en su conjunto pueden demostrar un gran optimismo– podrían llegar a significar una actuación de mala fe y costarles a las partes pagar un aproximado de US\$ 2,200, tras realizar la conversión.

Según menciona Rodríguez Álvarez, ha quedado evidenciado que los emojis son configurados como prueba en procesos judiciales desde hace varios años. Sin embargo, y si bien pueden existir dificultades al momento de su interpretación, cualquiera que se opte no puede ignorar la presencia de los emojis. Los tribunales deben analizarlos y valorarlos como cualquier otro elemento probatorio⁵⁶. Si su presencia en un texto se considera igual que otro signo o palabra, se logrará una interpretación más adecuada del mensaje teniendo en cuenta el conjunto de todos sus elementos, junto a la importancia del contexto⁵⁷.

A partir de los casos expuestos, se evidencia que tanto la jurisprudencia como la doctrina tienden a reconocer a los emojis como manifestaciones de voluntad que pueden tener una incidencia fundamental en algunos juicios civiles y, en ciertos casos, configurarse válidamente como aceptaciones. Sin embargo, este reconocimiento viene acompañado de matices y delimitaciones particulares que deben considerarse. Así, ante la presencia de emojis, es necesario evaluar también las comunicaciones, las conductas previas de las partes, el contexto, la buena fe y demás aspectos específicos de cada relación contractual.

VIII. La formación del contrato y las aceptaciones en la era digital

Se está en una era de globalización y transformaciones, donde la mayoría de los emprendimientos y transacciones comerciales se llevan a cabo a través de plataformas digitales, en las cuales se ofrecen bienes y servicios al por menor. Ante esta evolución en el ámbito comercial, es imperativo que el Derecho se mantenga a la vanguardia y analice estos fenómenos digitales que cada vez son más comunes en nuestro entorno. En los negocios digitales, especialmente en las grandes plataformas de ventas con procesos automatizados, la formación del contrato sigue un proceso similar al de los negocios tradicionales, aunque presenta algunas particularidades inherentes al entorno digital. Véase las formas más comunes de transacciones digitales y sus características principales:

1. **Oferta y Aceptación Online:** en primer lugar, una parte (el oferente) realiza una oferta a través de un medio digital, como un sitio web o una aplicación. Esta oferta puede incluir los términos y condiciones del contrato.
2. **Aceptación Electrónica:** el destinatario (aceptante) puede aceptar la oferta también de manera electrónica, haciendo clic en un botón de "Aceptar", marcando una casilla, o llevando a cabo cualquier otra acción específica indicada en el sitio web o la plataforma digital.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

3. **Automatización del Proceso:** en muchos casos, el proceso de formación del contrato en línea puede estar automatizado, lo que significa que una vez que el destinatario realiza la acción requerida para aceptar la oferta, el contrato se considera formado automáticamente.
4. **Registro y Confirmación:** por lo general, el sistema registra la aceptación y envía una confirmación automática al destinatario, indicando que el contrato ha sido formado con éxito.
5. **Cumplimiento de Requisitos Legales:** los contratos en línea deben cumplir con los mismos requisitos legales que los contratos tradicionales, como la capacidad legal de las partes, la claridad en los términos y condiciones, y el consentimiento libre y voluntario.
6. **Almacenamiento y Acceso a la Información:** es importante que la plataforma digital garantice el almacenamiento seguro de la información relacionada con el contrato, y que las partes tengan acceso a los términos y condiciones en todo momento.

Como se ha observado hasta el momento, la formación del contrato en el ámbito de los negocios digitales se fundamenta en la oferta y aceptación electrónica, empleando procesos automatizados y registros electrónicos para asegurar la validez y seguridad del contrato. Sin embargo, estas transacciones digitales tienden a ser más frecuentes en plataformas y páginas de venta masiva, las cuales se encuentran en constante actualización.

Un aspecto de particular interés se presenta en las transacciones realizadas en plataformas donde el oferente es comúnmente una persona natural en lugar de una entidad jurídica, y la negociación no se realiza mediante procesos automatizados, sino a través de mensajes directos. En este contexto de negociaciones directas, la formación del contrato puede incluir la aceptación mediante emojis o *likes*, práctica que se ha vuelto ampliamente aceptada en la actualidad. Esto añade un nivel adicional de complejidad y significado a la comunicación en línea:

- a) **Aceptación con Emojis o Likes:** en algunos casos, especialmente en plataformas de redes sociales o aplicaciones de mensajería, las partes pueden expresar su aceptación utilizando emojis o *likes* en lugar de texto escrito. Por ejemplo, un destinatario puede responder a una oferta con un emoji de pulgar hacia arriba para indicar su aceptación.



- b) **Interpretación de la Aceptación:** la interpretación de la aceptación mediante emojis o *likes* puede variar según el contexto y la intención de las partes. Algunos emojis, como el pulgar hacia arriba o la cara sonriente, pueden interpretarse fácilmente como una aceptación positiva, mientras que otros pueden ser menos claros.



- c) **Ejecución:** muchas veces, la ejecución del acuerdo se inicia con la sola recepción del emoji o *like*. Sin embargo, surge el riesgo de que ambas partes interpreten de manera diferente el acuerdo y la formación del contrato.



Ciertamente, el uso de emojis o *likes* en el ámbito de los negocios digitales puede parecer informal, pero su relevancia legal es considerable. Es fundamental que las partes comprendan que la aceptación mediante estos medios puede ser considerada válida y vinculante en un contrato, siempre y cuando refleje de manera clara e inequívoca la intención de las partes. Sin embargo, la delimitación de este aspecto no es tarea fácil, sobre todo en el contexto de transacciones y negocios internacionales. ¿Podríamos considerar la existencia de una *cultura digital* en este sentido?

Es evidente hasta este punto que los negocios digitales son una realidad innegable que continuará expandiéndose con el tiempo. En este sentido, el derecho debe adaptarse, evaluar y, si es necesario, regular la actuación de los agentes económicos en el mercado, incluso en los entornos digitales. Además, es importante considerar que, en el marco de los negocios digitales, surgen nuevas cuestiones legales, como la protección de datos personales, la seguridad cibernética y la responsabilidad por el contenido generado por los usuarios. Estos aspectos pueden complicar aún más la regulación de los contratos electrónicos y la formación del acuerdo a través de plataformas electrónicas.

IX. Hacia una propuesta jurídica

Actualmente- pese al avance de la legislación, la doctrina y cosmovisión occidental- **no todos los emojis pueden considerarse como una aceptación**, porque resultan íconos diversos susceptibles de innumerables sentidos interpretativos y puede desprenderse una voluntad distinta de cada uno de ellos. Contrariamente, una aceptación debe ser firme y perfectamente conforme a los términos de la oferta, por lo que es razonable que se prefieran las declaraciones escritas, las firmas y otras practicadas con mayor frecuencia por los usuarios.

Conforme a los casos analizados, un emoji solo podrá entenderse como aceptación, cuando- además de los atributos que exige la ley- se evalúe el progreso socio-tecnológico de dicha población y cada contexto comercial específico, en conformidad con el marco legal aplicable.

Así pues, el uso de los emojis, si bien ingresa dentro de la categoría de manifestación de voluntad expresa, tanto a nivel comparado como en el ordenamiento peruano, puede generar más de una interrogante. Sin una delimitación clara y específica, ¿debemos entender que un *like* es una aceptación? ¿y una cara feliz? ¿y un *check*? Los límites parecen ser oscuros y ambiguos. Por lo tanto, consideramos que, para hablar de los emojis como forma de aceptación, debe construirse una codificación y sistematización.

Una propuesta acertada debe apuntar a que se trabaje en estándares y prácticas comerciales internacionalmente aceptadas que reconozcan y precisen el significado de cada emoji, especialmente los utilizados en negociaciones donde se pretenden celebrar contratos. Así se establecerán sus límites y regularán posibles efectos contraproducentes o inesperados para las partes. La codificación no tiene que ser específica, aunque sí apuntar al desarrollo de reglas generales para ordenar su uso.

Esta propuesta resultaría económicamente asumible por las partes, porque puede hacer eficiente el proceso de elaboración de los contratos. Desde la elaboración de acuerdos en las tratativas sobre el tipo de comunicación admitida por la cual se enviará la aceptación hasta el desarrollo de tendencias comerciales de negociación que impliquen emojis. Esto repercutirá en que las partes contraten con el uso de los emojis de manera más frecuente, apropiada y certera.

Sin embargo, pese a este vacío por regular y a diferencia del resto de los emojis, el *like* podría ser considerado como una aceptación cuando se evalúa por completo el proceso de formación del contrato, la no exigencia de una aceptación expresa, las características de las partes, su contexto y el significado social aceptable. Esto nos llevaría a concluir que, para dichas partes, el *like* sí es una aceptación completa y firme de la oferta. Empero, esta aceptación no se trata necesariamente de una expresa, sino más bien de una manifestación tácita de la voluntad, la cual surge específicamente de la evaluación del contexto, el entendimiento de la figura y las conductas concluyentes de cada una de las partes.

Este ejercicio se trata de un caso por caso, los cuales solo irán en aumento. El uso de los emojis ha permeado las comunicaciones y revolucionado el mundo de los negocios. Por lo tanto, esto también requerirá la apertura e internalización de los jueces, quienes deberán asumir sus implicancias y que estos pueden ser una nueva forma de manifestar la voluntad. Definitivamente, no se puede obviar su relevancia ni pertinencia en cada caso.

Todas estas cuestiones permitirán mitigar los riesgos y confusiones existentes tras los envíos de emojis y sobre todo *likes*, pues las partes suelen argumentar- en un intento de desligarse de los efectos que su aceptación ha producido- que “*los likes*

no emanan ningún tipo de manifestación de voluntad”; “las declaraciones por emojis fueron hechas en broma o jactancia”; “no existe un significado social de afirmación por medio de los likes”, o peor aún, concretar la eliminación del mensaje que contiene el like como un retiro de la aceptación una vez formado el contrato (lo cual no está permitido por ley).

Por supuesto, esta interpretación debe tener en cuenta la buena fe de las partes en todas las etapas previas a la formación del contrato. Además, es crucial considerar el negocio en cuestión. Por ejemplo, en transacciones altamente complejas que involucran un largo proceso de negociación en donde los colaboradores de las partes trabajan al mismo tiempo, considerar que un *like* (enviado por solo uno de ellos) es una aceptación, podría ser confuso y aumentaría el riesgo para las partes involucradas.

Por lo tanto, es indispensable analizar la calidad de las partes, los agentes económicos involucrados, así como la naturaleza y características específicas de la transacción comercial en cuestión. Es fundamental comprender cómo se llega comúnmente a la formación de contratos entre agentes que ya han contratado antes o cómo prefieren que sea este proceso si aún no han colaborado. En este sentido, el juez enfrentará la ardua tarea de examinar individualmente cada caso, evaluando las conductas de las partes y sin negarse a reconocer estos nuevos fenómenos digitales presentes en la práctica diaria.

X. Conclusiones

A través de este artículo, se desarrolló el procedimiento de formación de los contratos afectado por el fenómeno viral de los emojis o likes, el cual incide sobre todo en la etapa final del procedimiento de formación del contrato y, específicamente, en la aceptación de la oferta, pues se cuestiona si con el envío de los últimos podría entenderse la aceptación. Esto en el panorama de las variantes, pero excesivos mercados digitales que exigen mayor seguridad para las partes.

El método de aceptación de la oferta variará en cada caso, pues para las plataformas de venta online con procesos automatizados esto no representa mayores inconvenientes. Será en las aplicaciones emergentes o aquellas realizadas a través de redes sociales en donde, si no se expresa la aceptación por escrito y en su lugar se utiliza emojis o *likes*, se abre paso ante un sinfín de posibilidades no previstas por las partes ni el ordenamiento.

Frente a esta situación, la ausencia de expresiones explícitas no necesariamente desacredita la existencia del contrato, dado que el contexto y el comportamiento deben ser considerados para determinar la manifestación de voluntad de las partes implicadas. Finalmente, se debe resaltar que este fenómeno aún no ha sido objeto de debate legislativo en el Perú y apenas está comenzando a ganar atención en el ámbito doctrinario.

No obstante, se considera esencial este primer esfuerzo analítico para comprender las implicancias jurídicas de estos fenómenos digitales. El Derecho debe estar

preparado para responder a las grandes preguntas que surgen con el avance tecnológico, y estas cuestiones inevitablemente deberán ser abordadas en un futuro no tan lejano.

Se espera que este artículo no solo abra el debate sobre la aceptación contractual en el entorno digital, sino que también sienta las bases para futuras investigaciones y discusiones legislativas sobre cómo las nuevas tecnologías están transformando los conceptos tradicionales del Derecho contractual.

