

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO - MAESTRÍA EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, LEY DEL CONTRATO y
NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS**

**La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional
privado contemporáneo**

Tesis para optar por el Grado de Magister en Investigación Jurídica

Autora

María Antonieta Delgado Menéndez

Asesor

Dr. César Delgado Barreto

Miembros del Jurado

Profesor César Delgado Barreto

Profesor Mario Castillo Freyre

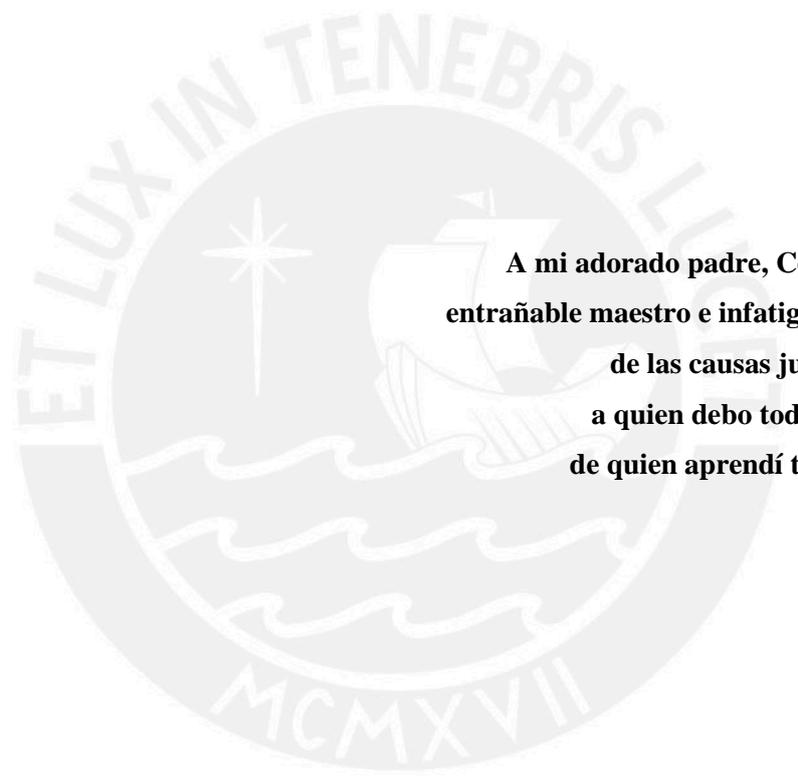
Profesor Víctor Saco Chung

Lima – Perú

2016



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ



**A mi adorado padre, César Augusto,
entrañable maestro e infatigable defensor
de las causas justas y nobles,
a quien debo todo lo que soy y
de quien aprendí todo lo que sé.**

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, LEY DEL CONTRATO y NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo

SUMILLA

El presente trabajo elabora un análisis respecto al rol, posicionamiento y alcances de la autonomía de la voluntad de las partes en el mundo contemporáneo -especialmente en el Perú- en la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, y sobre el papel de los factores de conexión subsidiarios en el marco de un proceso judicial. También analiza las limitaciones que usualmente consagran los Estados a esta facultad de las partes, y que impactan de manera importante en el marco regulador de las relaciones contractuales, en tanto protegen derechos fundamentales, considerados pilares del ordenamiento jurídico de los Estados vinculados al contrato. Además elabora un análisis de la legislación comparada para conocer y acceder a las distintas fórmulas modernas consagradas por importantes cuerpos legales, de fuente nacional e internacional, respecto a la autonomía de la voluntad, la *lex contractus* y las normas internacionalmente imperativas; y también para comparar las opciones legislativas empleadas por las leyes extranjeras y convenciones internacionales contemporáneas con la legislación peruana de Derecho internacional privado (DIPr) sobre *lex contractus*, con miras a identificar las modificaciones que convendría incorporar para optimizar la legislación peruana sobre el tema. Finalmente, a la luz de las tendencias y fórmulas doctrinarias y legislativas prevalecientes, se formula recomendaciones y propuestas puntuales de reforma legal orientadas a armonizar y mejorar la legislación peruana respecto a la autonomía de la voluntad, *lex contractus* y limitaciones vinculadas con la defensa de principios fundamentales del foro, y por ende, a dotar al Perú de un marco jurídico más coherente, moderno y previsible que ofrezca mayor seguridad jurídica a la contratación internacional.

Palabras claves: autonomía de la voluntad conflictual, contratos internacionales, derecho aplicable al contrato, factores de conexión subsidiarios, ley del contrato o *lex contractus*, limitaciones a la autonomía de la voluntad, método autolimitativo o exclusivista, método del conflicto de leyes, normas de conflicto, normas internacionalmente imperativas, normas de policía, normas de aplicación necesaria o inmediata, ordenamiento jurídico del foro, orden público en derecho internacional privado y orden público internacional, parte débil del contrato, principio de autonomía, principio de proximidad, principios fundamentales, seguridad jurídica, voluntad expresa o voluntad tácita.

ABSTRACT

This paper makes an analysis on the role, position and scope of the autonomy of the parties in the contemporary world – especially in Peru - in the choice of the law applicable to international

contracts and the role of subsidiary connecting factors within the framework of a judicial process. Also it discusses the limitations usually set States to enshrine this right of the parties, which impact significantly on the regulatory framework of contractual relations, since they are designed to protect fundamental rights, considered pillars of the legal system of the States linked somehow to the contract. Besides, it develops a comparative analysis of international legislation to understand and access the various modern formulas used in important legal bodies, national and international, regarding the autonomy of the parties, the *lex contractus* and internationally mandatory rules; and also to compare the legislative options used by contemporary foreign laws and international conventions with Peruvian law on Private international law and *lex contractus*, in order to identify the changes that should be incorporated to optimize the Peruvian legislation on the subject. Finally, in light of the trends and doctrinal and legislative formulas prevailing, we propose recommendations and offer specific proposals for legal reform aimed at harmonizing and improving Peruvian law regarding autonomy of the parties, contract law and limitations relating to the defense of fundamental principles of the forum, and therefore, provide Peru with a more coherent, modern and predictable legal framework which offers greater legal security for international contracts.

Key words: autonomy of the parties in the choice of the law applicable to their contract, international contracts, law applicable to the contract, subsidiary connection factors, contract law or *lex contractus*, limitations on autonomy, self-limiting or exclusive method, conflict of laws method, conflict rules, internationally mandatory rules, police rules, rules of necessary and immediate implementation, law of the forum, public order in private international law and international public order, weak part of the contract, the principle of autonomy, proximity principle, fundamental principles, legal security, express will or implied will.

Principales Abreviaturas:

Art.	: Artículo
CIDIP II	: Convención Interamericana sobre Normas generales de DIPrde 1979
CIDIP V	: Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de 1994
C.C.	: Código Civil
Const.	: Constitución Política del Perú de 1993
DIPr	: Derecho internacional privado
D.Leg.	: Decreto Legislativo
Inc.	: Inciso
P.e.	: Por ejemplo
Reglamento Roma I	: Reglamento de la Comisión Europa (CE) N° 593/2008
TC	: Tribunal Constitucional del Perú

INDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	7
<u>ESTADO DE LA CUESTIÓN</u>	9
1. <u>CAPÍTULO 1: LA VOLUNTAD DE LAS PARTES CONTRATANTES Y LOS OBJETIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</u>	13
1.1. La garantía de seguridad jurídica de las partes.....	15
1.2. La conciliación de intereses.....	16
1.2.1. Intereses de las partes.....	16
1.2.2. Intereses que el Estado debe resguardar.....	19
a. Interés general	
b. Interés específico	
1.3. La salvaguarda de la armonía jurídica internacional de las soluciones.....	21
2. <u>CAPÍTULO 2: LEX CONTRACTUS, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LEX APLICABLE EN AUSENCIA DE ELECCIÓN DE LAS PARTES EN EL MARCO DE UN PROCESO JUDICIAL</u>	22
2.1. Internacionalidad del contrato y <i>lex contractus</i>	24
2.2. Determinación de la <i>lex contractus</i>	25
2.2.1. Derechos elegibles.....	32
2.2.2. Voluntad expresa o tácita.....	38
2.2.3. Mutabilidad de la <i>lex contractus</i>	40
2.2.4. Pluralidad de leyes aplicables a diferentes partes del contrato.....	41
2.2.5. Factores subsidiarios o supletorios.....	43
2.2.6. Limitaciones a la voluntad.....	56
2.3. Dominio de la <i>lex contractus</i> . Materias que generalmente escapan a su regulación.....	56
2.3.1. La capacidad de los contratantes.....	56
2.3.2. La creación, modificación, extinción de derechos reales mediante un contrato.....	57
2.3.3. La forma y validez formal del contrato.....	57
2.4. Nuevos desafíos planteados por algunos contratos especiales.....	58
3. <u>LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN RAZÓN DEL INTERVENCIONISMO ESTATAL</u>	59
3.1. Método del conflicto de leyes y cuestionamiento intrínseco de la función de conexión de la voluntad para la protección de la parte débil de la relación.....	61
3.1.1. La Protección de la parte débil y los alcances de la voluntad en derecho internacional privado convencional de los contratos.....	64
3.1.2. La atipicidad de la norma de conflicto especialmente protectora de la parte débil... 71	
a. Caracteres atípicos de la norma de conflicto: la conexión subsidiaria de la voluntad frente a las normas de conflicto protectoras de la parte débil	

b. La norma de conflicto especial y el quiebre de la neutralidad de la norma conflictual	
c. Complicaciones en la determinación de la ley aplicable en presencia de una elección del derecho competente	
3.2. Método autolimitativo o exclusivista de las normas de policía de aplicación necesaria o inmediata, excepción de orden público internacional y cuestionamiento extrínseco de la función de conexión de la voluntad para proteger los principios fundamentales del foro...75	
3.2.1. Rasgos que distinguen a las normas de policía del foro.....76	
3.2.2. Normas de policía del foro y normas de policía de otros ordenamientos vinculados al contrato79	
3.2.3. Normas de policía y la excepción de orden público.....81	
4. <u>CAPÍTULO 4: PROPUESTA DE ADECUACIÓN NORMATIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES</u> 88	
4.1. Propuesta de ajustes al Libro X del Código Civil peruano (en lo relativo a las normas que regulan y tienen incidencia respecto a la ley aplicable a los contratos)..... 89	
4.2. Propuesta de incorporación al derecho peruano de Convenios Internacionales sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales..... 98	
<u>CONCLUSIONES</u>113	
<u>BIBLIOGRAFÍA</u> 121	
Libros, revistas y artículos	
Convenios y Convenciones Internacionales	
Constituciones Políticas, Códigos Civiles, Proyectos de Códigos, Leyes internas de DIPr y Arbitraje. Reglamentos de Arbitraje y Leyes Modelo	
Jurisprudencia nacional e internacional	
<u>ANEXOS</u>134	
Anexo I: Propuesta normativa de modificación y ajustes al Código Civil peruano, Libro X: Normas vinculadas con el derecho aplicable a los contratos internacionales, la autonomía de la voluntad, sus alcances y limitaciones	

INTRODUCCIÓN

En una economía globalizada, como es la actual, signada por la acentuación del cosmopolitismo humano, la proliferación del libre comercio de mercancías, servicios y capitales, y de un sinnúmero de relaciones jurídicas que traspasan las fronteras de los Estados y que han determinado un vertiginoso crecimiento del tráfico jurídico internacional, el contrato se ha consagrado como la principal herramienta jurídica para la circulación de la riqueza en el ámbito internacional. Los contratos internacionales al vincularse con una multiplicidad de países y ordenamientos jurídicos estatales, suscitan una suerte de incertidumbre jurídica respecto de la ley aplicable a los mismos, que debe ser aclarada para que los contratantes sepan con exactitud cuáles son las normas que enmarcan el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (Carrascosa González 2000: 7-40). Corresponde entonces al Derecho internacional privado (DIPr) de los Estados vinculados al contrato, intervenir para determinar cuál es el régimen jurídico que regula el contrato internacional, es decir, para estipular cuál es la ley que regula el fondo de las relaciones contractuales *-lex contractus-* y así brindar seguridad jurídica a las relaciones de tráfico externo.

Para realizar esta tarea, el DIPr analiza los contactos -o puntos de conexión- que guarda dicha relación contractual con los diferentes ordenamientos jurídicos, procurando localizar la relación jurídica en cuestión con la sociedad y sistema jurídico con el que guarde una relación más estrecha. Así, el ordenamiento jurídico que tenga más peso respecto a los demás derechos vinculados a la relación será quien la regule (González de Cossío 1997:118).

Hoy la autonomía de la voluntad de las partes -autonomía conflictual- se erige como el factor de conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos; no obstante, cada Estado, a través de sus normas de DIPr, le da un alcance distinto a esta facultad de las partes; es más, los Estados han consagrado diferentes factores de conexión para determinar la ley aplicable ante la falta de elección de las partes contratantes y han previsto además normas de conflicto distintas, según sea un tribunal estatal o arbitral el que conozca del caso. Ello implica que las soluciones respecto del régimen jurídico aplicable a un contrato y, por tanto, la decisión de los tribunales respecto a un mismo caso, pueden variar de país a país, dependiendo del tribunal al que se someta el caso, que en el campo contractual, puede ser también un tribunal arbitral. Ello afecta la previsibilidad de las soluciones y la seguridad jurídica requerida por la contratación internacional e incrementa los costos de las transacciones.

La norma de DIPr peruana de fuente interna -art. 2095 del C.C.- que consagra la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable a su contrato data de 1984, en su momento fue una norma de avanzada que consagró una autonomía de la voluntad de alcance amplio, al no

exigir que la ley elegida por las partes tenga una vinculación con el contrato, no obstante, tiene algunas omisiones, que consideramos importante revisar, analizar y subsanar, a partir del trabajo de investigación de la presente tesis y a la luz de los cuerpos jurídicos más modernos. Entre ellas, por ejemplo, la posibilidad de que la elección sea tácita y no necesariamente expresa, aunque sí indubitable; la posibilidad de variar la ley pactada, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros; la posibilidad de pactar más de una ley aplicable pero a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*); la posibilidad de contemplar nuevos factores de conexión a falta de elección de las partes y, eventualmente, de diferenciarlos por tipo o categoría de contrato; y la necesidad de dar mayor precisión al alcance del orden público en DIPr – también llamado “orden público internacional”–, limitante por excelencia de la autonomía de la voluntad, al ser la expresión del conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento social, político, económico y cultural, que fundamentan una sociedad en un momento histórico determinado.

Actualmente, el Libro de DIPr (Libro X) del C.C. peruano solo contiene una norma de conflicto (art. 2095) que, de manera general, trata sobre la determinación de la ley aplicable a los contratos y otra adicional (art. 2096) que refiere de manera poco clara y adecuada a los alcances de la *lex contractus*, no habiendo incorporado normas de conflicto particulares para ciertos contratos especiales donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger - p.e. contratos de trabajo y de consumo-, como sí lo hacen otros cuerpos legales más modernos. Por ello, en la presente tesis se hace un análisis y se evalúa la pertinencia de la inclusión de normas de conflicto similares en el Título III del Libro X del C.C., en tanto éstas cumplen además la función de alertar a las partes respecto de la naturaleza particular de algunos tipos de contratos, donde la interferencia de las normas internacionalmente imperativas en la ejecución de las obligaciones contractuales suele ser bastante mayor que en la generalidad de los contratos. También analiza la importancia para el Perú de adherirse a importantes convenciones sobre derecho aplicable a los contratos internacionales que buscan uniformizar y armonizar las soluciones sobre este tema, como la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales aprobada en México en 1994 -CIDIP V-.

Ahora bien, el concepto de *lex contractus* también es aplicable al arbitraje internacional, donde las partes además eligen el Reglamento aplicable al arbitraje. Hoy los cuerpos normativos que regulan el arbitraje internacional –de fuente internacional e interna-, ponen en primer lugar a la voluntad de las partes, y si ésta no es ejercida, dejan a los árbitros decidir la ley aplicable al fondo de la controversia. En el Perú se ha consagrado normas de conflicto distintas y fórmulas diferentes para la determinación de la ley aplicable al contrato, dependiendo si es el juez peruano o un árbitro quien está conociendo del caso. Por ejemplo, las normas de la Ley de Arbitraje (D.Leg.1071, art. 57) no exigen que la elección de la ley aplicable sea hecha de manera expresa,

como sí lo hace el C.C. (art. 2095). Asimismo, en defecto de elección de las partes, el C.C. y la Ley de Arbitraje han previsto factores de conexión subsidiarios distintos. Por ello, en la presente tesis se analiza y se evalúa la posibilidad de realizar ajustes normativos a la legislación peruana, y se formulan recomendaciones y propuestas concretas de ajuste normativo al derecho peruano sobre ley aplicable a los contratos, para un tratamiento más moderno y uniforme de la regulación de la *lex contractus*.

Hoy existen importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes y a su poder autorregulador, fundadas en la protección de principios fundamentales o directrices básicas del ordenamiento del foro -orden público en DIPr- o en modelos de conducta que los particulares deben observar en sus actos y relaciones jurídicas. El C.C. peruano no ha incorporado aún un artículo específico que consagre la prevalencia de la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro – normas de policía u orden público -- sobre la norma elegida por las partes para regir su contrato (función positiva del orden público). Lo que sí ha previsto de manera expresa -art. 2049 y 2050-, pero con un texto poco feliz, es el recurso a la excepción de orden público (función negativa del orden público) como instrumento para rechazar la aplicación de la ley extranjera de contenido intolerable para la ley del foro. Por tanto, en la presente tesis se realiza una revisión de las normas del Libro X que limitan la autonomía de la voluntad de las partes, se analiza su contenido, imprecisiones y vacíos y se proponen los ajustes normativos pertinentes. Asimismo, se analiza la conveniencia para el Perú de adherirse a importantes convenciones sobre ley aplicable a los contratos internacionales que buscan uniformizar y armonizar las soluciones sobre este tema, como la CIDIP V de 1994.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales y rol de la autonomía de la voluntad

En el ámbito del derecho doméstico, descifrar cuál es la ley aplicable a un contrato es sencillo, pues éste solo se ve relacionado con un ordenamiento jurídico. Sin embargo, en los contratos internacionales la situación es distinta; su vinculación con dos o más derechos hace necesario determinar cuál de ellos debe regirlos, y para ello se recurre al DIPr. Existen varias posiciones sobre la manera de determinar la ley aplicable a un contrato, que pueden sintetizarse en dos corrientes. La primera, que es la preponderante (Tovar Gil: 627), propugna que la *lex contractus* sea elegida libremente por las partes, en base al principio de autonomía de la voluntad, consagrado por las normas de conflicto del foro. La voluntad de las partes es el factor de conexión principal, entrando el legislador a normar en forma subsidiaria sólo para el supuesto de falta de elección. Ello permite que las partes identifiquen desde el inicio la ley que regirá

cualquier problema o incumplimiento contractual, brindando así mayor seguridad jurídica a los derechos y obligaciones derivados de su relación contractual. La segunda, descarta la autonomía de la voluntad y señala que la *lex contractus* debe ser determinada mediante las reglas de conflicto del foro, que llevarán al juez a aplicar leyes cuyo contenido las partes probablemente no conozcan y no protejan adecuadamente sus intereses.

Elección de las partes de la ley aplicable a su contrato y sus diferentes variantes

Entre las diferentes variantes respecto a la forma que las partes eligen la ley aplicable, figuran (Delgado y Pejnovic: Inédita):

1. Voluntad expresa o tácita: Hay cuerpos legislativos como el Convenio de Roma de 1980 (art. 3) y el Reglamento (CE) No 593/2008 (Roma I), que lo sustituye desde su entrada en vigencia el 17 de diciembre de 2009 (art. 3), que permiten que la elección de las partes de la ley aplicable sea hecha de forma expresa o resulte inequívocamente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso; mientras que otras legislaciones como el C.C. peruano (art. 2095), exigen que la elección sea expresa.
2. Mutabilidad de la *lex contractus*: Algunos cuerpos normativos, como el Reglamento Roma I (art. 3.2), la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos de 1994 - CIDIP V (art. 8) y la Ley Japonesa de DIPr 78/2006 (art. 9), reconocen de manera explícita la facultad de las partes de variar la ley aplicable al contrato, siempre y cuando el cambio no afecte la validez formal del contrato, ni perjudique los derechos de terceros adquiridos al amparo de la ley anterior.
3. Pluralidad de leyes: Normas como el Reglamento Roma I (art.3.1) y la CIDIP V (art.7), permiten escoger más de una ley aplicable a distintas partes del contrato que sean separables del resto (*dépeçage*), pero sin perjudicar el correcto funcionamiento del entero contrato, que queda sujeto a una Ley diferente.
4. Factores subsidiarios: Las normas también difieren al respecto. Hay legislaciones, como el C.C. peruano (art. 2095) y el C.C. argentino (art. 2652) -salvo el caso excepcional del art. 2653-, que imponen determinados factores de conexión ante el silencio de las partes, a ser usados por los jueces en todo tipo de contratos (p.e. lugar de cumplimiento o lugar de celebración del contrato). También están los convenios, como el Reglamento Roma I (art.4), que ofrecen pautas o criterios de conexión diferenciados por tipo o categoría de contrato, que finalmente pueden ser descartados si se determina que el contrato tiene vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. Además existen cuerpos normativos como la CIDIP V (art.9) y la Ley Japonesa 78/2006 (art.8.1), que dejan abiertamente a los jueces la determinación de la *lex contractus* en base a la ley que estimen tiene vínculos más estrechos.
5. Limitaciones a la voluntad: Existen restricciones vinculadas al alcance de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable, siendo las más importantes las que defienden el

respeto de las normas de policía de aplicación necesaria o inmediata (función positiva del orden público) de la *lex fori*; y la no contravención de los principios fundamentales del foro (excepción de orden público o función negativa del orden público), pudiendo el juez rechazar la aplicación de la ley elegida y aplicar en su lugar la *lex fori* (p.e. art. 2049 y 2050 del C.C. peruano).

Los nuevos desafíos planteados al DIPr por algunos contratos especiales

Uno de los retos a los que hoy se enfrenta el DIPr, es determinar la *lex contractus* y los límites de la ley elegida por las partes, cuando se presume que no están en situación de igualdad y hay una parte débil que proteger -p.e. en los contratos de trabajo y de consumo-. Ello ha llevado a cuestionar y hasta suprimir la voluntad como factor de conexión principal y a condicionar su intervención a no privar a la parte débil de la protección que le aseguran las conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, como el lugar de realización habitual del trabajo para los contratos laborales y el de la residencia habitual del consumidor para los de consumo. La voluntad queda destronada como conexión principal, salvo que la ley elegida fuera más favorable a la parte débil. Así lo han plasmado importantes leyes modernas, como el Convenio de Roma 1980 (art. 5 y 6), el Reglamento Roma I de 2008 (art. 6 y 8) y la Ley Japonesa 78/2006 (art. 11 y 12), que tienen normas de conflicto especiales para ciertos contratos a efectos de contrarrestar el riesgo de que la parte “fuerte” imponga la ley aplicable. En contraposición, el C.C. peruano solo contiene una norma de conflicto (art. 2095) de aplicación general a todo tipo de contratos.

Lex contractus y arbitraje internacional

En el campo de los contratos internacionales, se ha previsto cláusulas o convenios de arbitraje para la solución de controversias que pueden separarse en dos grupos: aquéllos en los que las partes han elegido (expresa o tácitamente) la *lex contractus*; y aquéllos en los que las partes no la han elegido. Para este último supuesto las Leyes de arbitraje (p.e. la peruana, D.Leg. 1071, art. 57) y los Reglamentos de arbitraje (p.e. el de la Cámara de Comercio Internacional, art. 21) han incorporado nuevas normas de conflicto con fórmulas distintas a las de los Códigos Civiles o Códigos de DIPr, optando usualmente, ante el silencio de las partes, por conceder al tribunal arbitral la facultad de aplicar como *lex contractus* la ley que estime “apropiada” o tenga “conexión más estrecha” con el caso, siempre considerando los usos y prácticas pertinentes (*lex mercatoria*).

Limitaciones a la autonomía de la voluntad y protección de principios fundamentales del foro

El intervencionismo estatal engendra normas internacionalmente imperativas, cuya aplicación a una situación contractual determinada pondrá en cuestión y limitará el dominio reservado a la voluntad de las partes, como factor de conexión para elegir la ley aplicable. La técnica del DIPr se pone al servicio de este fin a través de dos métodos:

- **El método del conflicto de leyes (cuestionamiento intrínseco)**; que se usa para la protección de los intereses de las partes en una concreta y determinada relación donde se presume desigualdad de condiciones, como en los contratos de trabajo y de consumo. La norma de conflicto rompe su neutralidad para proteger a la parte “débil”; y
- **El método de las normas de policía -normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata- y la excepción de orden público internacional (cuestionamiento extrínseco)**, que se usa de manera general para defender los principios fundamentales y rectores de cada Estado.



CAPÍTULO 1:**LA VOLUNTAD DE LAS PARTES CONTRATANTES Y
LOS OBJETIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO****Índice del Capítulo:**

- 1.1. La garantía de seguridad jurídica de las partes
- 1.2. La conciliación de intereses
 - 1.2.1. Intereses de las partes
 - 1.2.2. Intereses que el Estado debe resguardar
 - a. Interés general
 - b. Interés específico
- 1.3. La salvaguarda de la armonía jurídica internacional de las soluciones

Desarrollo del Capítulo:

La autonomía privada concede a las partes la libertad de configurar sus relaciones privadas libremente bajo su responsabilidad, siendo la manifestación más importante de ésta la libertad contractual, que concede a las partes, por un lado, el derecho a decidir por sí mismas la celebración o no de un contrato y las personas con quien hacerlo (libertad de contratación); y, por el otro, el derecho a definir el contenido del mismo (libertad de configuración) (Leible: 215).

La autonomía de la voluntad conflictual, concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho aplicable al mismo; es, por tanto, el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del DIPr. Y, como acertadamente señala Leible (2011: 215), ésta es la gran conquista del DIPr del siglo XX y al mismo tiempo uno de sus logros más importantes, correspondiendo al siglo XXI el reto de su afianzamiento y consolidación.

Ahora bien, el siglo XXI está signado por un proceso que los expertos han llamado “constitucionalización del derecho civil” (Landa 2014: 312), el cual implica que este último no puede aplicarse sin atender a los derechos fundamentales y bienes protegidos por la Constitución, limitación que también alcanza al DIPr. Por ende, el derecho no puede ser ni concebido, ni aplicado sin la debida protección de los derechos fundamentales y el respeto a los bienes constitucionales, siendo la “libertad contractual” un derecho fundamental que goza de expreso

reconocimiento de la Constitución Política peruana de 1993 (art. 2, inc.14 y art. 62). No obstante, su ejercicio tiene como límite el respecto a otros derechos fundamentales también reconocidos por la Carta Magna, que merecen protección semejante. Por ello, como señala el mismo Tribunal Constitucional (TC) peruano en su sentencia de 30 de enero de 2004 (EXP. N° 2670-2002-AA/TC), si bien la libertad de contratación – autonomía de la voluntad de las partes -- está consagrada en el artículo 62 y en el artículo 2 de la Constitución, este último en su inc.14, a la par que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos como derecho fundamental de la persona, consagra también como necesaria limitación al mismo la no contravención de las leyes de orden público; ergo, como señala la misma sentencia del TC, “el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances”, tanto por límites explícitos (como la licitud del contrato y el respeto a las normas de orden público), como también por límites implícitos (como el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactar contra ellos).

En el mismo sentido se pronuncia el TC peruano en su sentencia de 11 de noviembre de 2003 (EXP. N°0008-2003-AI/TC), la cual establece que el derecho a la libre contratación, consagrado en el artículo 2, inc. 14 de la Constitución es: (i) un acuerdo o concertación de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, que debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público; y (ii) también un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos constitucionales de igual relevancia, como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, entre otros. También en su sentencia de 5 de diciembre de 2006 (EXP. N°01963-2006-AI/TC) el TC, al referirse a la protección constitucional a la libertad contractual y a los contratos consagrada en la Constitución (art.2, inc.14 y 62), recuerda que: (i) los derechos y libertades reconocidos por la Carta Magna, tienen límites, y que su ejercicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales y también por otros derechos fundamentales de la persona; y (ii) que los derechos y libertades económicas no están de ningún modo exentos de la plena observancia de tales principios, bienes y derechos fundamentales. En esta línea, el TC concluye que la libertad contractual tiene límites y que no puede ser utilizada de manera abusiva, pues ello es inadmisibles en un Estado Social y Democrático, y por tales motivos falló declarando infundada la demanda (Landa: 319).

En conclusión, la autonomía de la voluntad en el DIPr. -autonomía conflictual-, entendida como la facultad de elección de las partes de la ley aplicable a su contrato, es un principio de resolución de conflictos de leyes en materia contractual casi unánimemente aceptado independientemente del tribunal que conozca el caso, que aporta a la seguridad jurídica de las relaciones contractuales.

Ergo, las partes de un contrato saben *a priori* que, en principio, salvo situaciones excepcionales (que desarrollaremos en los siguientes capítulos), su *electio juris* será admitida y será determinante para la designación de la *lex contractus* (Delgado Barreto 2015: 327-346).

En este marco, los componentes esenciales de la justicia en el DIPr se congregan sobre la base de tres ejes (Pommier 1992: 15-35): la garantía de seguridad jurídica de las partes, la conciliación de intereses y la salvaguarda de la armonía jurídica internacional de las soluciones.

1.1. La garantía de seguridad jurídica de las partes

El siglo XXI es testigo de un mayor reconocimiento del juego del principio de autonomía privada en todos los campos, inclusive en el DIPr y aun en materia de familia y sucesiones; ello, en algunos casos, se expresa en la primacía de la libertad individual sobre los intereses de los grupos (p.e. de la familia) (Aguilar, Arjona y Cerdeira Bravo 2014: 16). Vemos entonces, una tendencia en el DIPr a dar mayor operatividad a la autonomía privada, habiendo ésta ganado, en los últimos años, mayor campo de actuación.

Como señala Leible (216), en el Derecho internacional de los contratos, la autonomía conflictual se ha impuesto como modelo de conexión en casi todo el mundo, y por ello puede calificarse como su principio más importante. Ahora bien, para que ésta opere debe estar consagrada por la *lex fori* (ley del foro competente), porque ésta es la que declara qué derecho es aplicable. Son, por tanto, las normas de conflicto del foro, y no las partes, quienes consagran los criterios o puntos de conexión a usarse para determinar el derecho aplicable al contrato, siendo hoy la voluntad de las partes el factor de conexión privilegiado para la elección de la ley competente en el campo contractual.

Es entonces, la ley del foro la que, a través de sus normas de DIPr, concede la libertad de elección de derecho a las partes y las faculta para determinar la ley aplicable a su contrato; cuando esta libertad se materializa mediante la elección realizada por las partes, se puede conocer de antemano el derecho aplicable al fondo y contenido del contrato, lo cual beneficia la seguridad jurídica de las relaciones contractuales. De allí que se afirme que la voluntad de las partes hace previsible el ordenamiento aplicable y que a través de su elección del derecho, las partes obtienen un conocimiento seguro respecto del derecho aplicable, a partir del cual pueden disponer lo necesario para sus negocios y adaptar su conducta a los presupuestos del ordenamiento jurídico elegido. Por el contrario, una conexión puramente objetiva dispuesta por la norma de conflicto, puede no transmitir a las partes el conocimiento requerido para su actuación con la necesaria seguridad. De allí que se considere que privilegiar la voluntad de

las partes como factor de conexión para designar el derecho aplicable, favorece la seguridad jurídica, y además posibilita una solución flexible, adecuada a la multiplicidad de relaciones jurídicas que pueden entablarse (Leible: 218-220).

1.2. La conciliación de intereses

El DIPr de los contratos reposa, por un lado, sobre la base de los intereses de las partes, orientados a elegir la ley que más les convenga, aquella ley que conocen mejor, la que les parece más justa y más apta para regir su contrato; y, por el otro, sobre la base de los intereses de la sociedad que el Estado debe resguardar, orientados a garantizar la satisfacción de los intereses ciudadanos, los mismos que pueden ser generales o específicos.

1.2.1. Intereses de las partes

La razón medular para concederle a las partes autonomía de la voluntad conflictual reposa en que éstas son las que mejor saben lo que les conviene. Por ello, deben ser ellas mismas quienes decidan sobre cómo quieren perseguir y equilibrar sus intereses; esto alcanza no solo a la relación material contractual (autonomía material), sino también al pacto de elección de la ley aplicable al contrato (autonomía conflictual). Por ello, cuando el contrato sea internacional -por su vinculación con dos o más ordenamientos jurídicos-, y la aplicación de un determinado derecho ya no resulte obvia, lo más conveniente -y para algunos lo más natural- es que las propias partes tomen en sus manos el ordenamiento de sus relaciones jurídicas. De allí que se considere que la autonomía conflictual es expresión de una idea de autonomía y de libertad que estaría por encima del derecho positivo, y no una mera continuación de la autonomía privada (Leible: 217).

Nos dice Boggiano (1995: 32), que es hora de dejar de lado el territorialismo en las obligaciones contractuales y de reconocer la autonomía de la voluntad de los contratantes como un asunto de “justicia” que hay que hacer entre las partes, que de ningún modo implica ceder el Poder Legislativo a las partes como implican sus detractores, pues simplemente se trata de una facultad que el Derecho mismo ha conferido a los contratantes a través de sus normas de conflicto. Agrega el jurista, que es cuestión de justicia hacer que la determinación de la ley rectora del contrato dependa de la voluntad de las partes, y no dejarla al albur de las normas de conflicto de la jurisdicción que resulte finalmente competente para conocer del caso. De allí que se considere que el fundamento de la autonomía de la voluntad radica en el interés de las partes, la cual, sin embargo está sujeta a límites impuestos por las normas y

principios internacionalmente imperativos (leyes de policía) del foro -que serán materia de posterior análisis-, los cuales deberán ser respetados por las partes.

En el campo del Derecho del comercio internacional -de los contratos mercantiles-, nos dice Leible (217), es donde el reconocimiento de los intereses de las partes adquiere una especial importancia, siendo que en muchos casos pueden existir razones de peso que impulsen a las partes a escoger determinado derecho y no otro: sea porque consideran contiene las normas más adecuadas para ese contrato, o porque éste domina el tráfico comercial internacional en ese campo – como el derecho inglés en el ámbito de los contratos de suministro de cereales, dado el rol predominante de la *Corn Trade Association* de Londres --.Por ello Lorenz (1957: 154) llama a la autonomía de la voluntad, una doctrina de la conveniencia y de la eficacia de los negocios.

La libertad de las partes de elegir la ley aplicable -según estipula el considerando 6 del Reglamento Roma I de 2008- debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto en materia de contratos. A continuación sintetizamos las razones más importantes esgrimidas por los internacionalistas para explicar por qué la elección del derecho aplicable favorecería los intereses materiales de las partes (Calvo Caravaca 2009: 60-61):

1. La elección de la *lex contractus* permite a las partes elegir el Derecho más adecuado y más útil a su contrato, dentro de los cuales estaría:
 - a. El Derecho del país en el que, al menos una de las partes, esté más familiarizada;
 - b. El Derecho que rija la mayoría de los contratos concluidos por una empresa -una suerte de estandarización que tiene como fin ahorrar costos de transacción-;
 - c. El Derecho de un país que regule de manera técnicamente más perfecta determinado tipo contractual, es decir el derecho que mejor se adapte a las particulares necesidades de cada uno de los casos. Boggiano (1995: 701) apoda esto “autonomía-equidad”.
 - d. Un Derecho neutral, es decir el Derecho de un Estado con el cual ninguna de las partes contratantes tenga alguna relación o vínculo, sea de nacionalidad, domicilio u otro. Calvo Caravaca (2009: 60-61) pone como ejemplo el típico caso de una empresa alemana y una empresa turca que eligen como *lex contractus* el Derecho suizo (sentencia OLG Munchen 18 diciembre 1985).
2. La elección de las partes les permite conseguir seguridad jurídica preventiva (Calvo Caravaca 2009: 60-61), dado que ésta permite la “previsibilidad” del derecho aplicable, tan necesario en el comercio internacional (Boggiano 1995: 39).

Ello se logra debido a que:

- a. Las partes, al elegir el derecho aplicable, entre varios ordenamientos jurídicos, pueden fijar de manera anticipada conforme a qué ley podrán exigirse sus obligaciones y, en la eventualidad de un incumplimiento, también podrán saber de antemano cuáles son las sanciones que podrían imponerse.
 - b. Son las partes, y no terceras personas, -entiéndase jueces o árbitros- quiénes están mejor posicionadas para determinar el marco jurídico más idóneo para desarrollar sus actividades. Por ello, como recuerda Calvo Caravaca (2009: 60-61), toda elección del derecho aplicable, especialmente en el campo de los contratos mercantiles, es una pieza de cálculo comercial, que refleja determinadas circunstancias económicas.
 - c. Por tanto, concluye Boggiano (1995: 39), la autonomía permite la “certeza” y la “previsibilidad” del derecho aplicable desde el momento de su elección por las partes (autonomía conflictual) o de su incorporación o elaboración de cláusulas particulares (autonomía material); pues los contratantes pueden ajustar sus conductas a esas reglas convenidas de antemano.
3. La elección también puede favorecer a la parte más débil de la relación
- Ello lo explica Boggiano (1995: 41-42) de la siguiente manera:
- a. Cuando el Estado interviene para defender a la parte considerada económicamente mucho más débil que otra -caso, p.e., de los trabajadores y consumidores- sólo se descartará la aplicación de la ley elegida por las partes cuando ésta perjudique a la “parte en situación de desventaja”, pero no cuando ésta le favorezca. Es decir, la elección del derecho competente en ningún caso perjudicará a la “parte débil”, sólo podría conseguirle mayores beneficios que los que le brindaría una conexión objetiva imperativa -como p.e. lugar de realización habitual del trabajo en caso de los trabajadores o lugar de residencia habitual en caso de los consumidores-; pues en caso que la elección la desfavoreciera, ésta será descartada y terminará aplicándosele la ley que más le beneficia.
 - b. La autonomía de las partes y la aplicación de la ley elegida por éstas, puede ser entonces un instrumento para lograr soluciones materiales más justas que las que podría alcanzarse aplicando los derechos designados por las normas de conflicto a través de conexiones objetivas imperativas. Boggiano pone como ejemplo un contrato con consumidores, donde el productor, interesado en ofrecer al consumidor un nivel de protección mayor como parte de su política de ventas internacionales, pacta con el consumidor la aplicación al contrato de una ley más favorable a este último, resultando que la ley elegida brinda un mayor nivel de protección jurídica al consumidor que la ofrecida por la ley de su domicilio.

- c. Por consiguiente, la autonomía de la voluntad puede jugar diferentes roles según se trate de contratos celebrados entre partes consideradas en “situación de igualdad” -con equivalencia de poder de negociación- y partes en “situación de desigualdad”-con presencia de partes “típicamente débiles”-. En estos últimos, la autonomía no queda excluida, sino tan solo limitada o condicionada en su aplicación, dado que la elección del derecho aplicable será respetada sólo en tanto garantice la aplicación al contrato de una ley más beneficiosa a la parte considerada “débil” en la relación contractual.

1.2.2. Intereses que el Estado debe resguardar

A un Estado de Derecho, como el peruano, le interesa y corresponde garantizar, por un lado (i) la previsibilidad y seguridad jurídica de las relaciones privadas internacionales que acontecen o se conectan de manera relevante con éste; y por el otro, (ii) la protección de los principios y derechos fundamentales que son la base de su propio ordenamiento jurídico. Por ello, paralelo al auge de la autonomía de la voluntad, se registra también un proceso de cuestionamiento y delimitación de sus fronteras (Aguilar, Arjona y Cerdeira Bravo 2014: 15-18). Como resalta Ferrand (2007: 82), la voluntad autónoma o autonomía privada nunca es plenamente “autónoma”, sino que está insertada en un orden social y público; de tal modo que la autonomía privada o voluntad privada tiene como frontera lo que la ley prohíbe o manda imperativamente -dominio del orden público-, y también lo que en virtud de la ley dispone el Estado jurisdiccionalmente.

Ello nos lleva al terreno de las normas de orden público en el DIPr -también denominadas normas de policía o normas internacionalmente imperativas- y la protección de derechos fundamentales, que inciden e intervienen en todo tipo de relaciones jurídicas, incluidas las del ámbito contractual, que los jueces de los Estados tienen el deber de proteger y preservar. Por tanto, el derecho a la libertad contractual, como lo señaláramos anteriormente, si bien es un derecho fundamental, al igual que los demás derechos de la persona reconocidos por la Constitución, no se encuentra exento de los límites que tiene todo derecho constitucional: el orden público y otros principios y derechos fundamentales reconocidos y protegidos. Esto deberá ser evaluado por los jueces y tribunales de los Estados que conozcan un caso de DIPr, quienes finalmente decidirán si el derecho extranjero que las partes eligieron como aplicable a su contrato vulnera o no principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro que ellos deben proteger y preservar; y, de considerarlo así, descartarán la ley elegida por las partes y aplicarán en su lugar la ley del foro. Por ello, las partes no pueden tener garantizado de antemano y a raja tabla que su elección respecto a la *lex contractus* será respetada por los tribunales que les toque conocer algún problema vinculado con su contrato, pero sí pueden

reducir este riesgo si se toman el trabajo de pactar, también anticipadamente, la jurisdicción competente.

Ahora bien, las normas de orden público en DIPr -normas de policía de aplicación necesaria o inmediata-, si bien cumplen una función muy importante, al tener como finalidad la protección de los principios y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, deben tener una aplicación restrictiva; es decir, como destaca Ferrand (82), “... *el Estado sólo debe usar estas normas para establecer prohibiciones, limitaciones, derechos y titularidades irrenunciables y clasificaciones cerradas (numerus clausus), etc., cuando directa o indirectamente la sociedad toda se beneficia de tal intervención –en términos de paz social, equidad y eficiencia- por encima de lo que ocurriría si el Estado se abstiene de actuar*”; pues, agrega, “*función del orden público debiera ser la de coadyuvar al funcionamiento de la red de relaciones jurídicas y no la de desequilibrarla*”.

En este sentido, el Estado debe garantizar la seguridad jurídica de las relaciones privadas internacionales, y al mismo tiempo asegurar la satisfacción de los intereses de la sociedad, los cuales pueden tener carácter general o específico (Delgado Barreto 2015: 327-346):

a. Interés general

En el DIPr convencional de los contratos, el Estado asegura - como garante - la satisfacción de intereses de la sociedad en general -dentro de los cuales están comprendidos los derechos de los terceros - los cuales consisten, en primer lugar, en la preservación de los fundamentos políticos, económicos y sociales de una sociedad determinada y de la política legislativa, la organización política, económica y social de una sociedad o grupo social determinado, que se logra por las leyes de policía o normas de aplicación necesaria o inmediata.

b. Interés específico

El interés del Estado también puede ser específico vinculado a una política legislativa y económica determinada, orientada a asegurar la igualdad de trato entre las partes de un contrato, impidiendo que la determinación de la ley aplicable se efectúe en función de los intereses exclusivos de uno solo de los contratantes. El Estado protege entonces también ciertas categorías sociales -p.e. consumidores, trabajadores-, donde se presume existe una parte débil de la relación -generalmente la que tiene una posición económica menos ventajosa- que está en situación de desigualdad y desventaja frente a otra parte fuerte; sería el caso, por ejemplo, de la empresa que vende bienes a los consumidores y de la empresa que

contrata a los trabajadores. Esta protección se logra con la creación de normas de conflicto especiales más favorables a los intereses de la “parte considerada más débil” que las normas de conflicto generales (Reglamento Roma I de 2008, Considerando 23).

1.3. La salvaguarda de la armonía jurídica internacional de las soluciones

La protección de la armonía jurídica internacional de las soluciones exige un mínimo de respeto recíproco entre los Estados, el cual debe expresarse en la adopción de reglas de DIPr que permitan una igualdad de trato entre la ley del foro y la ley extranjera. Un grado superior de coordinación de sistemas nacionales, se logra mediante la uniformización de las normas de conflicto a través de las convenciones internacionales, como la Convención Interamericana de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) y el Reglamento Roma I de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ambos cuerpos internacionales han privilegiado la voluntad de las partes como punto de conexión para determinar el derecho aplicable a los contratos. El referido Reglamento, que entró en vigencia el 17 de diciembre de 2009 -en sustitución del Convenio de Roma de 1980-, no sólo rige a una multitud de Estados europeos, sino que, actualmente, es la más moderna regulación en lo que atañe al derecho aplicable a los contratos internacionales.

CAPÍTULO 2:

***LEX CONTRACTUS, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
Y LEY APLICABLE EN AUSENCIA DE ELECCIÓN DE LAS
PARTES EN EL MARCO DE UN PROCESO JUDICIAL***

Índice del Capítulo:

- 2.1. Internacionalidad del contrato y *lex contractus*
- 2.2. Determinación de la *lex contractus*
 - a. Reconocimiento expreso, abierto y claro del principio de autonomía de las partes
 - b. Proceso de maduración con ambigüedades y reticencias respecto al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes y sus alcances
- 2.2.1. Derechos elegibles
 - a. Posibilidad de elegir un derecho no vinculado con el contrato
 - b. Posibilidad de “congelar el contenido” del derecho elegido
 - c. Posibilidad de elegir como *lex contractus* un derecho no estatal
- 2.2.2. Voluntad expresa o tácita
 - a. Requisitos para configurar la elección tácita
 - b. Indicios de la existencia de voluntad tácita
- 2.2.3. Mutabilidad de la *lex contractus*
- 2.2.4. Pluralidad de Leyes aplicables a diferentes partes del contrato (“*dépeçage*”)
 - a. Posibilidad de aplicar varias leyes a diferentes partes del contrato
 - b. Recomendaciones respecto a las condiciones de aplicación del “*dépeçage*”
- 2.2.5. Factores subsidiarios o supletorios
 - a. Flexibilidad a los jueces para determinar la ley aplicable en base al “principio de proximidad”
 - b. Consagración de factores subsidiarios predeterminados en base a conexiones fijadas por el legislador
- 2.2.6. Limitaciones a la voluntad
- 2.3. Dominio de la *lex contractus*. Materias que generalmente escapan a su regulación
- 2.3.1. La capacidad de los contratantes
 - a. Personas Naturales
 - b. Personas Jurídicas
- 2.3.2. La creación, modificación, extinción de derechos reales mediante un contrato
- 2.3.3. La forma y validez formal del contrato
- 2.4. Nuevos desafíos planteados por algunos contratos especiales

Desarrollo del Capítulo:

Lex contractus es una locución latina que hace referencia a la ley aplicable a la sustancia de un contrato específico; incluye todo lo relativo a la regulación del fondo de las relaciones contractuales. Rige, por tanto, los elementos esenciales y los elementos accidentales del contrato; también regula los efectos del contrato *inter partes* y frente a terceros; presenta, por tanto, una vocación de regulación general del mismo (Calvo Caravaca y Carrascosa González 2012: 699-700). Como veremos más adelante, no incluye lo relativo a la capacidad de los contratantes (p.e. art. 2070 y art. 2073 del C.C. peruano), los derechos reales que eventualmente puedan nacer del contrato (p.e. art. 2088 del C.C. peruano) y en muchos casos tampoco las formalidades del acto jurídico que dio lugar al contrato (p.e. art. 2094 del C.C. peruano).

Nos dice Trigueros (5), la *lex contractus* o derecho aplicable al contrato, tiene como función brindar la cobertura jurídica del contrato en todos sus aspectos; ello implica, suplir deficiencias, llenar lagunas, aclarar conceptos y, en general complementar los acuerdos y determinar su sentido, aportando los elementos necesarios para el óptimo desarrollo de su relación jurídica.

Una de las características propias del DIPr es la disociación entre la competencia jurisdiccional y la competencia legislativa, que implica que un juez, por mandato de su norma de conflicto puede resultar aplicando una ley extranjera. En el DIPr de los contratos, las partes tienen la facultad de elegir: (i) el tribunal competente para conocer cualquier problema vinculado con su contrato, designación que puede recaer en un tribunal estatal o en uno arbitral; y (ii) la *lex contractus*. Son dos elecciones distintas, y hay que tener muy claro, como bien enfatiza la CIDIP V, en su art. 7, segundo párrafo, que la selección de un determinado foro (tribunal) por las partes, no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

Ahora bien, para establecer las normas de conflicto a usar en la determinación del derecho aplicable a un contrato, es fundamental ver si estamos ante un proceso arbitral o judicial; dado que si las partes han escogido la vía arbitral, las normas a usar por los árbitros serán las contempladas en los cuerpos normativos o leyes especiales que regulan el arbitraje internacional (p.e. la Ley peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, art. 57), y no las normas de DIPr contenidas en códigos civiles (p.e. Libro X del C.C. peruano, art. 2095) que regulan de manera general el derecho aplicable a los contratos internacionales, que se usan en el marco de un proceso judicial (Tovar Gil: 626-627).

Al respecto, es importante precisar que el eje del presente trabajo de investigación serán las normas de DIPr aplicables a los contratos en el marco de un proceso judicial, tanto las contenidas en convenciones internacionales como en códigos civiles o leyes especiales de DIPr, pero se hará puntual referencia a las normas de DIPr contenidas en cuerpos normativos y leyes sobre arbitraje internacional, en tanto sirvan como modelo o punto de referencia; dejaremos para un próximo trabajo el análisis a profundidad de estas últimas.

2.1. Internacionalidad del contrato y *lex contractus*

En el ámbito del derecho doméstico, descifrar cuál es la *lex contractus* es muy sencillo, ya que el contrato solo se ve relacionado con un ordenamiento jurídico. Sin embargo, en los contratos internacionales la situación es distinta. En estos casos estamos frente a actos jurídicos que se encuentran relacionados con más de un ordenamiento jurídico, y no siempre resulta fácil determinar cuándo estamos frente a un contrato internacional. Esta valoración exige un trabajo de calificación con una doble aproximación económica y jurídica (Holleaux, Foyer y Geouffre de la Pradelle: 590-592). Esta calificación fue empleada de una manera bastante nítida en la Sentencia de la Corte de Apelación de Tolosa -del 26 de setiembre de 1982-, la cual estableció que si bien cada uno de los caracteres económico y jurídico, puede ser considerado como suficiente para establecer el carácter internacional de un contrato, son difícilmente separables el uno del otro, y que, por ello, es justamente su comparación lo que mejor caracteriza su condición de internacional (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 382-383).

Hoy en el DIPr no hay acuerdo respecto a los criterios a utilizar para diferenciarlos contratos internacionales de los internos, por lo que se aplican diversos criterios económicos y jurídicos. Así, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, de México 1994 - CIDIP V (art.1), dispone que un contrato es internacional “cuando la residencia habitual o el establecimiento de las partes se ubica en territorios de Estados Partes diferentes o el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte”. Por su lado, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (art.1) considera internacional el contrato cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes.

No obstante la diversidad de criterios empleados por los diferentes ordenamientos y cuerpos normativos, el elemento central que siempre debe tenerse en cuenta para determinar la internacionalidad de un contrato, es la presencia de un elemento extranjero relevante, que es el que marca su internacionalidad, pues es éste el que lo vincula con dos o más ordenamientos

jurídicos (Delgado y Pejnovic). Por ello Leible, (220-221) nos dice que la libertad de elección del derecho no opera cuando el supuesto de hecho no presenta algún elemento de extranjería.

La importancia de la presencia del elemento extranjero como determinante de la “internacionalidad” del contrato también ha sido relevada por la jurisprudencia de los tribunales de los diversos países. Así, por ejemplo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Poder Judicial peruano, en su resolución CAS N° 2945-2001 del año 2002¹, estableció que el caso materia de la casación, que versaba sobre la ley aplicable al contrato en cuestión, era un asunto de derecho internacional privado por la presencia de un elemento extranjero en la relación jurídica, el cual venía dado por el lugar de celebración del contrato (el Estado de Ohio de los EE.UU.).

El Reglamento Roma I de 2008 (RRI), ha previsto normas específicas (art. 3.3) para evitar la internacionalización artificial de contratos puramente internos objetivamente vinculados con un solo país, que pueda conllevar a situaciones de “fraude a la ley internacional”. Aun cuando el RRI no impide la elección del derecho de otro país, salvaguarda la aplicación de las disposiciones imperativas del derecho del Estado con el cual el contrato está objetivamente vinculado, de tal manera que se respete la “autoridad de la Ley” de dicho Estado y se garantice el control del Estado sobre los efectos que los contratos objetivamente vinculados con dicho país producen en el mercado y en la sociedad de tal país. El objetivo es evitar que las partes vinculen artificialmente un contrato, en principio interno, con otro país, a efectos de evitar la aplicación de la Ley del país en el que el contrato surte sus efectos sustanciales (Delgado y Pejnovic).

En este sentido, si las partes deciden “internacionalizar” su contrato, en principio interno, mediante la elección de un derecho extranjero como *lex contractus*, dicha elección, por disposición del RRI, no impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país donde el contrato está efectivamente localizado.

2.2. Determinación de la ley aplicable al contrato

Existen **dos corrientes distintas** sobre la manera de determinar la ley aplicable a un contrato (Delgado y Pejnovic): la primera reconoce clara y abiertamente la autonomía de la voluntad conflictual de las partes, la cual queda plasmada de manera expresa en los textos legislativos; y

¹ Resolución de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Poder Judicial peruano, CAS N° 2945-2001 de fecha 2002-01-11, acápite 4 del Voto Singular del Vocal Silva Vallejo.

la otra es expresión de un proceso de maduración aún en curso respecto de su reconocimiento y alcances, que deja percibir el conjunto de ambigüedades y reticencias existentes.

a. Reconocimiento expreso, abierto y claro del principio de autonomía de las partes

Esta corriente, preponderante en el DIPr del siglo XXI, señala que la ley del contrato o *lex contractus* puede ser elegida libremente por las partes, reconociendo así el principio de la ley de autonomía o *lex voluntatis* – autonomía conflictual -, consagrado por las normas de conflicto del foro. En este marco, la voluntad de las partes es el factor de conexión principal, entrando el legislador a normar en forma subsidiaria sólo cuando las partes no han ejercido su facultad de elección. A pesar de tener como eje común el reconocimiento del principio de autonomía, las legislaciones de los diferentes países han incorporado variantes a esta corriente (Delgado y Pejnovic), las cuales serán presentadas y comentadas en los siguientes acápitales. Las normas de varios países de la región latinoamericana son expresión de esta corriente de reconocimiento abierto, claro y expreso a la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable a su contrato, entre los que figuran el Perú, México, Venezuela y Argentina, este último a partir de la promulgación de la Ley N° 26.994 del 1 de octubre de 2014 que aprobó el nuevo título de DIPr del C.C. Argentino.

Ahora bien, la autonomía conflictual, entendida como la facultad que tienen las partes de elegir la ley aplicable a su contrato, como bien dice Leible (215), es el equivalente a la autonomía privada –material- en el ámbito del DIPr en el siglo XX, entendiéndose por autonomía privada la libertad de las partes de configurar libremente sus relaciones privadas, siendo su manifestación más importante la libertad contractual. Como acertadamente señala Bouza Vidal (3), el siglo XXI está marcado por una renovada atención de la doctrina y del derecho positivo a la autonomía de la voluntad, fenómeno que responde a una multiplicidad de factores ideológicos, económicos e incluso políticos, siendo en materia patrimonial donde el poder autorregulador de los particulares ha adquirido un mayor relieve, particularmente en el ámbito de las relaciones mercantiles e intercambios comerciales; existiendo por ende una estrecha vinculación entre “mercado” y “autonomía de la voluntad”. Es justamente el mercado el ámbito donde los agentes económicos se relacionan contractualmente intercambiando bienes y servicios; y el ordenamiento jurídico es a quien toca garantizar el respeto de los derechos derivados de estos contratos.

Al respecto, es importante, resaltar, como bien nos recuerda el profesor Delgado Barreto (2015: 327-346), que es solo desde Savigny y Mancini (siglo XIX) que existe plenamente consenso en la doctrina y en la jurisprudencia, en torno a que es a las partes a quienes corresponde la elección del derecho aplicable al contrato. Es más, la propia Constitución Política del Perú, en

su artículo 14, inc. 2, ha considerado entre los derechos fundamentales de la persona, el derecho “a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan las leyes de orden público”; derecho que en opinión del profesor Rubio (346-347), alcanza una dimensión aún mayor, que es la libertad misma “de convenir”, la cual engloba como género a especie la libertad “de contratar”.

Asimismo, como apropiadamente destaca el profesor Delgado Barreto (2015: 327-346), el C.C. peruano, mantiene su adhesión a la *autonomía privada*. De acuerdo a lo estipulado en el art. 1354: “(...) las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. A ello se suma el art. 1356, según el cual: “(...) las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes salvo que sean imperativas”, lo cual concuerda con el art. V del Título Preliminar, que dispone la nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En este marco, y en concordancia con el artículo 2, inc. 14 de la Constitución, el derecho a contratar en el Perú, enfrenta dos límites claramente establecidos: licitud del contrato y no contravención de las leyes de orden público, que en definitiva son las leyes imperativas del derecho interno.

Por ello, si bien la autonomía de la voluntad está ampliamente reconocida, incluida la autonomía conflictual, ésta no es ilimitada. Como bien resalta Bouza Vidal (4), los límites al poder autorregulador de los particulares se manifiestan a través de las normas imperativas establecidas por el legislador, que permiten al juez restringir la autonomía de la voluntad. En el campo del DIP, las normas internacionalmente imperativas o de aplicación necesaria o inmediata limitan el ejercicio de la autonomía de las partes, cuando ésta pone en cuestión principios fundamentales o directrices básicas del ordenamiento jurídico del foro (orden público en DIPr).

b. Proceso de maduración con ambigüedades y reticencias respecto al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes y sus alcances

La segunda corriente, imperante sobre todo hasta los años ochenta del siglo XX, se aparta de la autonomía de la voluntad y señala que la *lex contractus* debe ser determinada a través de las reglas de conflicto del foro elaboradas por el legislador en base a criterios de estrecha conexidad o vinculación entre el negocio y la norma que lo regula. Esto ha llevado usualmente a fijar como *lex contractus* la ley del lugar de ejecución o la ley del lugar de celebración del contrato. Esta fue la corriente y tendencia que primó hasta la entrada en vigor de la Convención de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a los Contratos internacionales, la cual marcó el despegue del proceso

de posicionamiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley rectora del contrato.

Hoy, siglo XXI, aun cuando el principio de autonomía de la voluntad, que faculta a las partes que celebran un contrato internacional a elegir el derecho que regirá su relación, goza de aceptación generalizada, se registran niveles de avance dispares y asimetría entre los distintos países, inclusive a nivel sudamericano (Albornoz 2008); así, por ejemplo, en Uruguay, Brasil y Chile, no hay normas generales de DIPr que regulen la autonomía de la voluntad conflictual y todavía se registran discusiones y reticencias respecto a esta facultad de elección de la *lex contractus*. En estos dos últimos casos, la profesora Vial Undurraga (892), nos dice que a pesar de la ausencia de normas generales que reconozcan expresamente el principio de autonomía, éste, no obstante, es aceptado como una práctica legal.

Respecto al **caso brasileño**, Albornoz (2008) resalta que, aun cuando la legislación brasileña actual de fuente interna carece de una norma que reconozca de manera general la autonomía de la voluntad para los contratos internacionales, existe en este país una corriente doctrinal -que aún no es la mayoritaria- que aboga por la recepción del referido principio. Incluso, desde 1996, el artículo 2.1 de la Ley 9.307/96 sobre Arbitraje faculta a las partes a elegir libremente las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje, aunque circunscribe la autonomía a los contratos que sean sometidos al arbitraje. No obstante, ciertos tribunales brasileños, haciendo una aplicación extensiva de la Ley 9.307/96, reconocen la autonomía para todo contrato internacional, independientemente de que se haya previsto el arbitraje como vía para solucionar las controversias contractuales; ello es un gran avance y permite inferir que, aún con las limitaciones del caso antes señaladas, la facultad de elegir la *lex contractus* ya forma parte del sistema jurídico brasileño.

Dana Stringer (988-990), al comentar la experiencia de Brasil, señala que, si bien en este país se cuestiona que el DIPr brasileño confiera a las partes la facultad de elegir la *lex contractus*, sí hay acuerdo en que éste las faculta a elegir el tribunal competente. Ello, nos dice, ha llevado a los internacionalistas a buscar allí lo que denominan una “tercera vía” para viabilizar la elección de las partes; ésta consiste en recomendar a los contratantes pactar la jurisdicción de un tribunal extranjero cuyo DIPr acepte el principio de la autonomía de la voluntad; de esta manera, se garantiza el debido respeto de la voluntad de las partes respecto a la ley rectora de su contrato.

Con relación al **caso uruguayo**, Hargain y Mihali (773) opinan que el tema de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato y el juez competente, permanece aún sin ser resuelto, pero que en la actualidad, la postura de rechazo de los pactos de elección de

la *lex contractus* y foro se encuentra en verdadero retroceso; ello, nos dicen, se manifiesta en la ratificación por parte de Uruguay de numerosas convenciones internacionales, sobre todo en materia de arbitraje internacional -- como la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencia Arbitrales Extranjeras y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 -- donde se reconoce el principio de autonomía. En el mismo sentido, existe un importante Proyecto General de DIPr remitido por el Ejecutivo al Congreso uruguayo en octubre de 2013, donde se consagra de manera general y explícita el principio de autonomía de las partes en el ámbito de la contratación internacional.

Por su parte, Albornoz (2008) considera que el art. 2403 del C.C. uruguayo admite la autonomía de la voluntad, pero de manera muy restringida, al establecer que las reglas sobre ley aplicable "no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes"; y que dicha voluntad "sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente", que para el DIPr uruguayo es la ley del lugar de cumplimiento o ejecución (art. 2399 C.C.). De esta última excepción se han valido los tribunales uruguayos más progresistas para aceptar que las partes elijan el derecho del contrato cuando así lo permita la ley de lugar de ejecución. La Ley uruguaya núm. 16.749 de 1996 sobre Mercado de Valores, es la primera norma dictada por el legislador uruguayo en la que se permite expresamente la elección de la ley y la jurisdicción competente.

Respecto al **caso chileno**, la profesora Vial Undurraga (895-896) señala que las normas de conflicto chilenas relativas a contratos están inspiradas en dos principios de difícil reconciliación: el principio de territorialidad de la ley y el de libertad contractual; y que la prevalencia que se ha conferido a alguno de estos principios en la interpretación de estas normas ha influido en la aceptación o no aceptación de la autonomía de la voluntad por parte de los tribunales chilenos. Así, la elección de la ley extranjera como *lex contractus* ha sido aceptada por los tribunales cuando éstos han interpretado que las normas de conflicto consagran una amplia libertad contractual; y ha sido denegada cuando estas mismas normas han sido interpretadas como reglas inspiradas por el territorialismo.

Ahora bien, las normas reguladoras de la ley aplicable a los contratos internacionales de mayor aplicación en Chile son el art. 113 del Código de Comercio para contratos comerciales, el art. 16 del Código Civil para contratos civiles y el Decreto ley 2.349 para contratos económicos o financieros celebrados por el Estado chileno o las empresas públicas con empresas internacionales con asiento principal de sus negocios en el extranjero, que acepta la elección de ley y foro extranjeros. A continuación veremos brevemente cómo funciona la autonomía en cada caso.

En lo que refiere a los contratos comerciales, el art. 113 del Código de Comercio autoriza a las partes a elegir una ley extranjera para regir los efectos de contratos comerciales, al establecer que los actos concernientes a la ejecución de contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en Chile se rigen por la ley chilena, a menos que las partes acuerden otra cosa. Al respecto comenta Vial Undurraga (897), la doctrina interpreta que este artículo autoriza esta elección para cualquier contrato comercial internacional -celebrado en Chile o en el extranjero- y para cualquier efecto, ya sea producido en Chile o no. No obstante, nos dice la misma experta, la autorización legal de la autonomía para los contratos comerciales internacionales ha sido limitada por la tendencia judicial a aplicar a estos contratos la ley chilena por sobre aquella elegida por las partes.

Con relación a los contratos civiles internacionales, nos dice Vial Undurraga (898) el asunto es más complicado, ya que no existe norma legal que autorice la autonomía para este tipo de contratos. Al respecto, la doctrina está dividida, un sector considera que las cláusulas de elección de ley extranjera en estos contratos son válidas conforme al art. 1545 del C.C. que otorga amplia libertad contractual a las partes y, específicamente, conforme al art 16. del C.C., que reconoce la validez de los contratos celebrados en el extranjero; pero otro piensa que la aceptación de estas cláusulas en el art. 160 resulta dudosa, ya que su inciso final establece que *“los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas”*, texto que pareciera rechazar cualquier otra ley elegida por las partes. La interpretación judicial del art. 16 ha sido inconsistente, dado que algunos jueces la han interpretado como aceptando la autonomía en contratos para cumplirse en Chile, mientras que otros han considerado que ésta ordena imperativamente la aplicación de la ley chilena a estos contratos. Por tanto, concluye Vial Undurraga (298), la ley y la jurisprudencia chilena no dan certeza respecto a la aceptación de la autonomía en contratos civiles internacionales y evidencian el conflicto no resuelto entre territorialismo y libertad contractual en la legislación chilena.

Por último, respecto a los contratos económicos del Estado chileno o empresas públicas con empresas internacionales con asiento principal de sus negocios en el extranjero, o en aquéllos celebrados por terceros con la garantía del Estado o una empresa pública chilena (estos últimos con la debida autorización del Presidente de la República), el Decreto ley 2.349 permite a las partes la elección de ley y foro extranjeros, es decir consagra abiertamente el principio de autonomía en este campo.

En conclusión, nos dice la profesora Vial Undurraga (900), la autonomía de la voluntad se utiliza habitualmente en Chile y necesita ser reglamentada en su legislación, dado que actualmente las múltiples normas dispersas y diversas han hecho que hoy la ley y la jurisprudencia chilenas sean incapaces de otorgar certeza jurídica a las partes acerca de la validez de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos internacionales a cumplirse en Chile, a pesar del uso habitual de estas cláusulas. Se requiere, por tanto, modificar la ley chilena para reglamentar esta autonomía y perfeccionar el sistema chileno de DIPr que otorga excesivas prerrogativas al derecho nacional.

Asimismo, a nivel **latinoamericano**, tenemos tres tratados internacionales de DIPr bastante antiguos, pero vigentes -uno del siglo antepasado y dos del siglo pasado- que legislan, entre otros temas, sobre la determinación de la ley aplicable a los contratos, siendo que ninguno de ellos le da tratamiento expreso a la autonomía de la voluntad de las partes, pero tampoco la rechazan; éstos son: el Tratado de Montevideo de 1889, el Tratado de la Habana o Código Bustamante de 1928 y el Tratado de Montevideo de 1940, habiendo sido los dos primeros ratificados por el Perú.

Efectivamente, respecto a los Convenios Internacionales de DIPr vigentes a nivel latinoamericano desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, como bien señala el profesor Delgado Barreto (2015: 327-346), tenemos, en primer lugar, los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940, los cuales no consagran en sus textos como conexión la autonomía de la voluntad conflictual de los actos jurídicos, sino la *lex loci solutionis*, es decir la ley del lugar de ejecución o cumplimiento de los contratos. El Tratado de 1889 -ratificado por el Perú-, establece en su artículo 32: *“La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se haga por escrito y la calidad del documento correspondiente”*, agregando el art. 33: *“La misma ley rige a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; g) en suma todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea”*.

También está el Código Bustamante de 1928 -ratificado por el Perú-, el cual, como nos recuerda García Calderón (1968: 246-247), no consigna un principio general en materia de obligaciones y contratos -ni menciona en su texto a la autonomía de la voluntad conflictual-; más bien establece una reglamentación minuciosa y casuística en los artículos 164 al 222 sobre toda clase de obligaciones y contratos, refiriendo sus disposiciones a los diversos aspectos de cada contrato en cuanto a la forma, objeto, causa, solemnidades, rescisión, interpretación y orden público.

Todo lo anteriormente señalado nos permite reafirmar que hoy, siglo XXI, estamos en pleno proceso de consolidación y afianzamiento del principio de autonomía. En este camino, lo más apropiado y efectivo es, sin lugar a dudas, que las legislaciones consagren de manera explícita la autonomía de la voluntad de las partes; no obstante, como hemos visto, su no reconocimiento expreso no es óbice para su aplicación efectiva en la práctica, tendencia que se manifiesta en el contenido y sentido de las nuevas normas de arbitraje, valores y mercantiles – de fuente interna e internacional --, de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales.

2.2.1. Derechos elegibles

a. Posibilidad de elegir un derecho no vinculado con el contrato

Desde el siglo XX, particularmente a partir de la Convención de Roma de 1980, la tendencia del DIPr de los contratos va encaminada a reconocer a las partes una autonomía de la voluntad de alcance bastante amplio en la elección de la *lex contractus*; ello implica no exigirles que el derecho elegido para regir su contrato tenga una vinculación efectiva con éste. En otras palabras, no es necesaria la existencia de un vínculo especial material o espacial con el derecho elegido. Ello da a las partes la facultad de elegir incluso un derecho neutral, es decir uno respecto al cual las partes no tienen un interés especial, lo cual, como destaca Leible (225) es una práctica habitual en los contratos internacionales de suministro de energía.

Ejemplo significativo de esta tendencia que adquiere cada vez más fuerza, son las dos Convenciones internacionales más importantes que existen hoy sobre el derecho aplicable a los contratos: la CIDIP V de 1994 (art.7) y el Reglamento Roma I de 2008 (art.3); ambas dejan en amplia libertad a las partes para someter su contrato a cualquiera de los derechos que existen hoy en el mundo. En el mismo sentido, el C.C. peruano de 1984 (art.2095) deja a las partes en amplia libertad para pactar la *lex contractus*, por lo que éstas quedan autorizadas para elegir cualquier ley, aunque no esté vinculada con el contrato; por tanto, los contratantes podrán designar la ley que consideren más conveniente para sus intereses en el caso concreto, buscando una ley particularmente adaptada al sector en el que se contrata. De este modo, las partes podrán seleccionar un derecho ajeno al contrato que estimen regula de manera más satisfactoria la transacción de que se trate, por ejemplo el derecho inglés en materia de seguros marítimos (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 384-385).

Como resalta la profesora Trigueros (5), hoy, salvo las normas internacionalmente imperativas y las normas de conflicto especiales protectoras de la parte débil de la relación, los cuerpos internacionales modernos, como la CIDIP V y las normas de DIPr

de fuente interna, como el C.C. peruano de 1984, no establecen limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad, de tal modo que las partes pueden tomar una decisión totalmente libre y elegir cualquier ordenamiento para regular su contrato.

No obstante, aún existen legislaciones que exigen a las partes que la ley elegida tenga una vinculación efectiva con el contrato; es el caso del Código Civil español de 1889, que aún mantiene invariable el capítulo IV de su título preliminar, que contiene sus normas de DIPr. En efecto, el art. 10.5 del referido C.C. exige que la *lex contractus* seleccionada por las partes, tenga alguna conexión con el contrato.

b. Posibilidad de “congelar el contenido” del derecho elegido

Ahora bien, cuando las partes eligen someterse a un derecho determinado para que sea norma rectora de su contrato, este derecho será el que se encuentre vigente al momento que requiera usarse para dilucidar algún asunto vinculado con el fondo del contrato. Ello, nos dice Leible (225), puede ser fuente de problemas futuros, ya que nadie puede impedir que un Estado cambie su derecho posteriormente, y que ello implique dejar sin validez algunos pactos contractuales. Esto ha llevado en la práctica a muchos intentos por limitar estas posibilidades mediante cláusulas especiales de estabilización; entre ellas, las llamadas “*freezing clauses*”, mediante las cuales se busca “congelar” el derecho en el Estado en que se encontraba en el momento de la conclusión del contrato, de tal forma que cualquier reforma posterior que pudiera producirse no afectaría la relación contractual. Un ejemplo sería pactar que el contrato queda sometido al derecho de la República del Perú vigente en el momento de su conclusión.

Al respecto, la opinión mayoritaria en Europa, afirma Leible (225), considera que el mejor modo de conseguir esta “retención temporal” del derecho que buscan las partes para evitar que el contrato se vea afectado merced a eventuales futuros cambios en la legislación del ordenamiento jurídico seleccionado, es incluir este tipo de cláusulas como “incorporación por referencia” -autonomía material-, es decir, que las partes incorporen materialmente este tipo de cláusulas en sus contratos. No obstante, dada la complejidad y gran discusión sobre el tema, lo más aconsejable para las partes que desean incluir este tipo de cláusulas en sus contratos, es que también incluyan un convenio de arbitraje, ya que este tipo de cláusulas son reconocidas sin problemas en el marco del arbitraje internacional.

c. Posibilidad de elegir como *lex contractus* un derecho no estatal

Como resalta Leible (221-222), la elección puede realizarse de dos maneras: eligiendo un derecho estatal o un derecho no estatal:

- c.1. **Eligiendo el derecho de un Estado determinado** (de forma individual); p.e. el derecho alemán, que incluye tanto las normas alemanas de fuente interna como aquéllas de fuente internacional (como el Convenio de Viena de 1980).

Este punto no genera hoy ninguna discusión que amerite un análisis al respecto, pues es de aceptación generalizada que las partes pueden elegir como *lex contractus* la ley o derecho estatal de algún país determinado.

- c.2. **Eligiendo un derecho no estatal**; p.e. determinadas cláusulas generales de contratación. Este asunto es una de las cuestiones más controvertidas del DIPr de los contratos, sobre todo cuando estamos fuera del campo del arbitraje internacional, donde el avance de la *lex mercatoria*² es imparable.

Como acertadamente señala el Profesor Delgado Barreto (2015: 327-346), existe una amplia discusión al respecto, ya que uno de los problemas más discutidos del DIPr de los contratos consiste en la posibilidad de que la *electio juris* recaiga en un derecho no estatal. Ahora bien, para discernir el asunto resulta fundamental diferenciar quién es el juzgador del problema contractual: un árbitro o un juez estatal.

(i) **Si el juzgador del problema contractual es un árbitro**

Hoy casi todos los cuerpos normativos que regulan el arbitraje internacional, sean de fuente internacional o de fuente interna, han introducido nuevas normas de conflicto a través de las cuales se regula la *lex contractus*, desvinculando a los árbitros de las normas de conflicto propias del DIPr que figuran en los Códigos Civiles o Leyes de DIPr de los Estados; las nuevas normas de conflicto contenidas en los textos normativos del arbitraje consagran nuevas fórmulas para el ejercicio del principio de autonomía y también para determinar la ley aplicable en ausencia de elección de las partes respecto al derecho aplicable a su contrato. Al respecto, es importante resaltar que las leyes estatales suelen dar una mayor amplitud de elección a las partes cuando se trata de una disputa que ha de ser resuelta por arbitraje (Delgado y Pejnovic).

En este marco, gran parte de las leyes y reglamentos arbitrales autorizan a las partes, y ante el silencio de éstas, a los árbitros a elegir normas no estatales y a determinar que el caso se resuelva teniendo en cuenta la *Lex Mercatoria*; y la clave es que ya no se habla

² El término *Lex Mercatoria* o *New Law Merchant*, nos dice González de Cossío (1997: 129), citando a Patrick Staelens Guillot y su Diccionario Jurídico Mexicano (t. III, pp. 1961-1962), ha sido definido como un conjunto de reglas propias del comercio internacional elaboradas sin intervención de los Estados y que constituyen un método de solución a los conflictos de leyes.

de elección de la “ley” aplicable al contrato, sino de elección de las “normas jurídicas” o “normas de derecho” aplicables al mismo. Asimismo, los referidos textos optan ante el silencio de las partes, por conceder al tribunal arbitral dos facultades: 1º Aplicar como *lex contractus* la ley que estime “apropiada” o aquella que, a juicio de los árbitros, presente la conexión más estrecha con el litigio; y 2º Elegir como *lex contractus* una norma jurídica o derecho no estatal, teniendo en cuenta los usos y prácticas mercantiles aplicables al caso -*lex mercatoria*-. Tal es la fórmula adoptada por la Ley de Arbitraje peruana, D. Leg. 1071 de 2008 (art.57); Ley chilena sobre arbitraje comercial, N° 19.971 de 2004 (art. 28), Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (art. 21); Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (art.21); Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (art. 22), entre otros. Por su parte, la Ley de Arbitraje de Brasil de 1996, Ley 9307 (art 2, inc.2), permite que las partes convengan que el arbitraje se realice en base a los principios generales de derecho, los usos y costumbres y las normas del comercio internacional.

Como señalan los profesores Delgado Menéndez y Pejnovic Delgado al comentar el vocablo “*lex contractus*” en la Enciclopedia Jurídica del Arbitraje en Español, próxima a publicarse, gracias a la globalización, al desarrollo de los mercados internacionales y a la proliferación del arbitraje internacional, han aparecido dos nuevas alternativas para las partes: 1º Conjuntos normativos no estatales: “*Soft Law*” (p.e. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010) y 2º la *Lex Mercatoria* (p.e. usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional, contratos tipo, regulaciones dictadas en el marco de cada profesión; y jurisprudencia arbitral en el campo del comercio internacional).

La Ley Modelo de CNUDMI en esta materia y, con ello, los antecedentes del establecimiento de esta última, son totalmente pertinentes. Al respecto, la nota explicativa a la ley modelo permite afirmar que la referencia a “normas de derecho” implica la de designar no sólo normas contenidas en un ordenamiento estatal, sino también reglas de origen no estatal (no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional) como las elaboradas por órganos privados o la *lex mercatoria* (Delgado y Pejnovic).

Ahora bien, ¿qué tan usadas son las alternativas del *Soft Law* y de la *Lex Mercatoria*? A ello, los profesores Delgado y Pejnovic, nos dicen, citando cifras ofrecidas por U. Magnus y P. Mankowski, en el 2002, que del total de contratos que dieron lugar a litigios fallados por el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, sólo el

0,8 % de tales contratos se solventó mediante la aplicación de la “Nueva *Lex Mercatoria*” o de normativas que no eran “Leyes estatales”; pero todo indica que en el arbitraje internacional la tendencia va encaminada a recurrir cada vez más a este tipo de normas.

La realidad es entonces que (Delgado y Pejnovic), actualmente, a pesar de los avances, se mantiene vigente el debate doctrinal sobre la “calidad” e idoneidad de los cuerpos normativos no estatales para operar como *Lex Contractus*, siendo que hoy, en la práctica, los contratos exclusivamente sometidos a éstos son aún escasos. En un intento por incrementar el uso de cuerpos normativos no estatales, la Unión Europea (UE) está desarrollando un “Derecho Europeo de Contratos” o un “Código Civil Europeo”, llamado “*Common Frame of Reference*” (CFOR). El objetivo de la UE es ofrecer a las partes una buena y seria alternativa de cuerpos normativos no estatales, que éstas puedan usar como “Ley aplicable a su contrato”; con la particularidad de que su contenido normativo estaría siendo elaborado por la misma UE y no en sedes jurídicas que podrían resultar poco fiables (Considerando 4 del Reglamento CE N° 593/2008).

Sobre el CFOR, (Delgado y Pejnovic) estos configuran un “set de herramientas puramente voluntario” (*the Toolbox*) para mejorar la calidad y la coherencia de la legislación comunitaria, que no contiene “un solo punto de vista” sobre las cuestiones jurídicas que aborda, sino diversas aproximaciones al respecto. No se trata de imponer una “visión europea” del Derecho de Contratos, sino de respetar las diferentes perspectivas que son producto de la evolución jurídica de todos los Estados miembros.

Lo cierto es que, a pesar de las discusiones y cuestionamientos aún en el tablero, en el marco del arbitraje comercial internacional, el avance de la *lex mercatoria* se percibe hoy como imparable; ello se evidencia, por ejemplo, en el incremento del volumen de sentencias de los tribunales nacionales a favor del reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros que se emitieron en aplicación de la *lex mercatoria* (Leible: 227).

Asimismo, el afianzamiento de internet como red global de comunicación e intercambio y su imparable desarrollo, ha traído consigo un nuevo modelo de intercambio social, económico y cultural que trasciende las fronteras, y que ha determinado el surgimiento de importantes comunidades virtuales que congregan un número plural de personas que habitan, conviven y comercian en el ciberespacio. Estas comunidades han desarrollado sistemas de autorregulación que norman los derechos y obligaciones de sus miembros (términos y condiciones generales de contratación), fundados en los usos y costumbres

del comercio electrónico y en el empleo de métodos no tradicionales y alternativos de resolución de conflictos (como la mediación y el arbitraje), vale decir su propia regulación (*soft law*); fenómeno que actualmente se conoce como “ley electrónica-mercatoria”, que no es otra que la *lex mercatoria* aplicada a las tecnologías de la información (Peña Valenzuela 2005: 275-290).

(ii) **Si el juzgador del problema contractual es un juez**

En este escenario, son de aplicación las normas clásicas de DIPr contenidas en los Códigos Civiles o Leyes de DIPr de los Estados o los Convenios internacionales (como la CIDIP V de 1994, el Convenio de Roma 1980, el Reglamento Roma I 2008, entre otros). Y aquí sí hay una gran discusión al respecto que analizaremos seguidamente.

De manera tradicional, las partes han elegido como *lex contractus* la ley estatal de un país determinado, como lo es el derecho francés o el alemán o de un estado federado, como el derecho del Estado de Nueva York. El art. 3.1 del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I que lo sustituyó en el 2009 y el mismo C.C peruano vigente (art. 2095) consagraron esta alternativa al emplear el término “ley elegida por las partes”, término que en principio está referido al ordenamiento jurídico de un Estado y no a otros materiales normativos que no son ni se integran en un ordenamiento jurídico estatal (Delgado y Pejnovic). En este mismo sentido, el Reglamento Roma I, en su Considerando 6³ al tratar sobre la importancia de uniformizar las normas de conflicto de los Estados miembros para garantizar la previsibilidad de los resultados y la seguridad jurídica de la contratación internacional, refiere a la necesidad de que éstas designen la misma “ley nacional” con independencia del tribunal ante el cual se haya planteado el litigio.

Diferente posición fue adoptada a nivel interamericano por la CIDIP V, que en este punto es más avanzada y más progresista que los cuerpos legales europeos; ésta, en su art. 7, expresa: “*El contrato se rige por el derecho elegido por las partes*”, explicitando en el mismo artículo: “*Para los efectos de esta convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes*”.

Como, acertadamente señalan los profesores Delgado Barreto (2015: 327-346) y Leible (2006), el término “derecho” es efectivamente un término mucho más amplio que “ley” y

³Reglamento Roma I, Considerando 6: “*El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país o tribunal ante el que se haya planteado el litigio*”.

puede abarcar tanto derecho estatal como no estatal, es decir, tanto derecho étático, como interetático, o extraetático. Adicionalmente, el art. 10 de la Convención de México expresa: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores se aplicarán cuando correspondan las normas, las costumbres y los principios de derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

En la misma línea de la CIDIP V y para posibilitar la elección de un derecho no estatal, el nuevo Título IV de DIPr del C.C. argentino, capítulo 3 (artículos 26 a 51), que trata sobre el derecho aplicable a los contratos y la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho competente, ha optado por emplear el término “Derecho”, en lugar de “ley”; ello, comenta la profesora argentina Rodríguez (127), permitirá a las partes elegir no solamente la legislación perteneciente a un ordenamiento jurídico nacional, sino también la “*lex mercatoria*”.

Nos recuerda el profesor Delgado Barreto (2015:327-346), que como señala acertadamente Leible (226), el contrato por sí solo no puede ser el fundamento único de los derechos y las obligaciones de las partes, y citando a Talon (271) comenta, “*in absence of any jus cogens international, trade would be ruled by jungle law.*” Por lo tanto, se necesita siempre un ordenamiento jurídico que controle el contrato. En esto están de acuerdo tanto la CIDIP V, como el Reglamento Roma I.

Ahora bien, mientras los cuerpos legales sigan circunscribiendo la elección de las partes a una “ley” o derecho estatal, una elección de derecho no estatal sólo podría darse mediante “incorporación por referencia” (Considerando 13 del Reglamento Roma I). Por tanto, como también señala el profesor Delgado Barreto (2015: 327-346), dentro de los límites materiales de la ley elegida las partes pueden “incorporar por referencia” otros cuerpos normativos, como un Derecho extraetático o interetático, esta incorporación se califica como autonomía material frente a la autonomía conflictual que conlleva a la *electio juris*. No obstante, esta incorporación material sólo cabe dentro del espacio de las normas dispositivas de la *lex contractus*.

2.2.2. Voluntad expresa o tácita

Existen cuerpos legislativos como el Convenio de Roma de 1980 (art. 3), y el Reglamento Roma I de 2008, que lo sustituye (art. 3), y el CIDIP V de 1994 (art.7), que permiten que la elección de las partes respecto de la ley aplicable sea hecha de manera

expresa o resulte de manera inequívoca y evidente de los términos del contrato y/o la conducta de las partes, o se demuestre razonablemente por las circunstancias del caso; mientras que otras legislaciones como el C.C. peruano de 1984 (art. 2095) y el C.C. español de 1889 (art. 10.5) exigen que la elección sea expresa y, por tanto, indubitable.

Con relación al C.C. peruano, los profesores Tovar Gil (628) comentan que al exigir el art. 2095 que la elección sea expresa, a diferencia del art. 57 de la Ley de Arbitraje que no lo requiere, se excluye, por tanto, la posibilidad de elecciones tácitas. Ello hace recomendable que en la práctica, por cuestión fundamentalmente de prueba, ésta sea formulada por medio escrito. No obstante, este no es el único medio de demostrar la existencia de elección expresa, la cual puede incluso ser acreditada por las propia manifestación de las partes que acepten haber pactado expresamente una determinada ley como aplicable.

Más allá de las diferencias en las fórmulas contempladas por los textos normativos (elección expresa o explícita, tácita o implícita), la exigencia fundamental es siempre que la elección sea clara, inequívoca y plenamente cierta; si no se dan estas condiciones, no se podrá considerar que existe una verdadera elección.

a. Requisitos para configurar la elección tácita

Respecto a la elección tácita, lo esencial es que sea clara, ello es un requisito básico para ser considerada válida. Leible (222-223) nos alerta de proceder con cautela al momento de constatar su existencia; ésta, por tanto, tal y como lo exige el Reglamento Roma I (art.3.1), “deberá resultar de manera inequívoca del contrato o de las circunstancias del caso”. En tal sentido, deben existir indicios que apunten a la existencia de una elección presunta del derecho aplicable y solo cuando todos o la mayoría de éstos apunten a un ordenamiento jurídico concreto, se podrá considerar que se ha producido una elección tácita del derecho. Por ende, no será suficiente la concurrencia de unos cuantos indicios débiles.

b. Indicios de la existencia de voluntad tácita

Los internacionalistas, entre ellos Leible (222-223), coinciden en listar entre los indicios de mucho peso de la existencia de voluntad tácita, los siguientes:

- (i) **El pacto de competencia jurisdiccional exclusiva del tribunal de un Estado determinado;** la elección exclusiva de un foro determinado, sería indicio suficiente para inferir que las partes han elegido de manera tácita como *lex contractus* la del

ordenamiento jurídico del foro seleccionado, siendo que el juez termina aplicando su propio derecho, que es el que más conoce y el que mejor domina; situación que además permite que el caso sea resuelto de manera más rápida y efectiva. Aquí regiría el viejo adagio “*qui eligit forum vel iudicem eligit ius*”. Esta coincidencia, nos dice el profesor Delgado Barreto (2014), entre *Fórum* y *Jus* simplifica el proceso y garantiza una mejor administración de justicia.

- (ii) **La referencia expresa del contrato a preceptos o institutos propios de un ordenamiento determinado;** tal sería el caso, nos dice Leible (222), de un acuerdo contractual que incluye en su texto determinadas condiciones de uso del operador de una plataforma de apuestas en Internet que remiten a un Estado concreto de los Estados Unidos; o cuando las partes incluyen en su contrato la referencia a usos o requisitos de un ordenamiento jurídico concreto; o cuando las partes aluden a formularios o condiciones estandarizadas que han sido desarrolladas de manera evidente sobre la base de un derecho determinado.
- (iii) **El lugar de conclusión, el lugar ejecución del contrato, la lengua o moneda de un contrato y la residencia de las partes;** si bien, a primera vista podrían considerarse indicios importantes de la presencia de una elección tácita, algunos expertos como Leible (223) señalan que sólo podrían considerarse como indicios fuertes y relevantes si se presentan de manera concurrente o acumulativa.

2.2.3. Mutabilidad de la *lex contractus*

Algunos cuerpos normativos convencionales, como el Reglamento Roma I (art. 3.2), la CIDIP V (art. 8), y algunos otros de fuente interna como la Ley Japonesa de DIPr 78/2006 (art. 9) y las disposiciones argentinas de DIPr del nuevo C.C. y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por Ley No 26.994 (art. 2651), reconocen de manera explícita la facultad de las partes de variar la ley aplicable al contrato. En esta línea el Reglamento Roma I establece que las partes pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad. Dependerá del pacto de las partes que los efectos de la elección sean *ex nunc* o *ex tunc*. En caso de duda, nos dice Leible (223), debe concedérsele eficacia retroactiva a la elección a partir del momento de la celebración del contrato, pero siempre que ésta no tenga como consecuencia la invalidez del mismo.

Respecto a la legislación peruana, el art. 2095 no habla explícitamente del tema, pero tampoco establece como requisito un determinado momento para la elección de la *lex contractus*; ello implica, nos dicen los profesores Tovar (628-629), que no existe óbice

para que ésta pueda ser efectuada por las partes en cualquier momento, incluso cuando ya se ha planteado ante un juez o un árbitro. No obstante, es preciso resaltar que una elección posterior de las partes significaría una modificación de la ley aplicable, ya que, si al momento de conclusión del contrato, no se elige el derecho competente, el contrato pasa a estar regido por el derecho designado por los factores subsidiarios contemplados en las normas de conflicto a falta de elección, que en el Perú es el lugar de cumplimiento del contrato y, en su defecto, el de celebración del mismo.

Dadas las implicancias de una elección posterior o de un cambio en la elección primigenia, lo más importante es que todos están de acuerdo en limitar sus efectos en dos sentidos: la nueva elección o el cambio realizado por las partes respecto de la *lex contractus* no podrá afectar la validez formal del contrato, ni los derechos de terceros adquiridos al amparo de la ley anterior. Tal sería el caso, por ejemplo, de los fiadores, acreedores o beneficiarios de un contrato a favor de terceros.

2.2.4. Pluralidad de Leyes aplicables a diferentes partes del contrato (“dépeçage”)

a. Posibilidad de aplicar varias leyes a diferente partes del contrato

Cuerpos legislativos muy importantes relativos al derecho aplicable a los contratos internacionales, como el Reglamento Roma I (art. 3.1), la CIDIP V (art. 7) y el nuevo C.C. y Comercial argentino (art. 2651), explícitamente permiten seleccionar más de una ley aplicable pero a distintas partes del contrato (también conocido como *dépeçage*, fraccionamiento, desmembramiento o desmenuzamiento del contrato). Algunos otros, como el C.C. peruano no contemplan de manera expresa esta posibilidad. No obstante, en este último caso, concordamos con los profesores Tovar Gil (629-630) y Delgado Barreto (2015: 327-346) en que ello no debe ser impedimento para permitir a las partes, que así lo desean, hagan participar más de una ley en su contrato, pero con la condición de que esté claramente identificada la competencia de cada norma respecto de su aplicación y no ocasione incoherencia en el contrato. Esto se condice con el derecho consagrado en las diversas Constituciones Políticas de los Estados, como la peruana de 1993 (art. 2, inc. 24), según el cual: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”.

b. Recomendaciones respecto a las condiciones de aplicación del “dépeçage”

Ahora bien, siendo el *dépeçage* el sometimiento dual o múltiple que hacen las partes para que armónicamente distintos derechos o normas regulen distintos aspectos o partes de un contrato internacional, los internacionalistas, entre ellos González de Cossío (1997: 124-125) y Leible (224), son conscientes de los importantes problemas de

adaptación que puede acarrear esta fragmentación del contrato, por ello, coinciden en sus recomendaciones respecto a las condiciones para su aplicación:

- (i) Una elección parcial del derecho solo debe permitirse cuando la cuestión parcial es efectivamente susceptible de un tratamiento diferenciado. Es decir, debe tratarse de una cuestión jurídica con un mínimo de autonomía, un asunto que no se encuentre en una indisoluble relación de simultánea dependencia -por motivos de derecho material- con otra parte del contrato.
- (ii) Debe entenderse por “parte del contrato”, una sección del mismo con autonomía jurídica y económica que es separable del resto y que, por tanto, puede someterse a un Derecho distinto sin perjudicar el correcto funcionamiento del entero contrato, que queda sujeto a otra Ley estatal diferente. Por ejemplo, se considera aceptable someter a dos derechos distintos asuntos como: la conclusión y la ejecución o cumplimiento del contrato, también la validez formal y material del acuerdo; por el contrario, no se considera aceptable someter a dos derechos diferentes el consenso material emitido por las partes (declaraciones de voluntad coincidentes) al momento de la conclusión del contrato.
- (iii) Dadas las complicaciones que puede suponer la aplicación de leyes distintas con soluciones diferentes a los derechos y obligaciones derivados de una misma relación contractual, se recomienda aplicar el *dépeçage* con el debido cuidado, de manera que los límites de cada uno de los ordenamientos jurídicos elegidos puedan ser claramente diferenciados para no obstaculizar su armónico funcionar. Por ello, se sugiere extrema cautela al momento de afirmar la existencia de una elección parcial tácita.
- (iv) Hay que tener especial cuidado cuando se trate de contratos conexos o con relación de dependencia respecto de otros, pues aquí hay una discusión respecto a la posibilidad de aplicar la ley pactada en un contrato a otro contrato, considerado conexo o dependiente, como sería el contrato de fianza con respecto al contrato de préstamo. En casos como el DIPr peruano, que exigen que la elección sea expresa, en principio, no cabría, asimilarles la aplicación de la ley elegida por las partes a los contratos conexos (Tovar Gil: 630).

En este sentido, legisladores de cuerpos normativos muy importantes, tanto de fuente internacional, como de fuente interna, como es el caso de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de 1979 y del Código Civil de México⁴, han tenido la precaución

⁴ La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 (art. 9), ratificada por el Perú, con referencia a la adaptación dispone que: “*Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.*”

de incluir en sus normas de DIPr, directivas que orienten a los operadores del derecho respecto al tratamiento de los casos donde las partes han optado por el *dépeçage*.

2.2.5. Factores subsidiarios o supletorios

Los cuerpos normativos contemplan fórmulas distintas en lo que refiere a los factores subsidiarios en ausencia de elección de las partes o cuando dicha elección resulte ineficaz -p.e. en caso que el juzgador considere que la ley elegida vulnera normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata del foro (de policía u orden público)-. Por un lado, encontramos legislaciones como la peruana (art. 2095) que consagran una sola fórmula general para ser usada frente a todo tipo de contratos; mientras que otras, como el Reglamento Roma I (art.4), se inclinan por el uso de factores de conexión subsidiarios diferenciados por tipo de contrato, siempre buscando el derecho que tenga vinculación más estrecha con la relación contractual.

También tenemos textos normativos como el peruano (art. 2095 del C.C.) y argentino (art. 2652 del C.C.), que imponen determinados factores de conexión a ser usados por las autoridades jurisdiccionales en todo tipo de contratos ante el silencio de las partes (p.e. lugar de cumplimiento del contrato y lugar de celebración del mismo); mientras que existen otros como la CIDIP V (art. 7) y la Ley Japonesa de DIPr 78/2006 (art. 8.1) que dejan en manos del juez la determinación de la *lex contractus* en base a la ley que éste considere tiene vínculos más estrechos con el contrato; y también varias leyes y reglamentos modernos de arbitraje, como la Ley peruana, Decreto Legislativo 1071 (art. 57) y el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (art. 28), que dejan en manos del tribunal arbitral la determinación de la *lex contractus* en base a la ley que éste considere más apropiada, teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables.

A continuación presentamos las fórmulas más importantes que usa el DIPr del siglo XXI para determinar la *lex contractus* en ausencia de elección de las partes, las cuales se diferencian esencialmente por el margen de acción y decisión que confieren al juzgador para realizar esta tarea. Ellas son:

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto". En el mismo sentido, el C.C. para el Distrito Federal de México (Fracción V del art.14), establece que: "*Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica están regulados por diversos derechos, estos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto*".

<p><u>Flexibilidad a los jueces para determinar la ley aplicable en base al “principio de proximidad”:</u></p>	<p><u>Consagración de factores o criterios subsidiarios predeterminados en base a conexiones fijadas por el legislador:</u></p>
<p>1. Tendencia a dar completa libertad al juzgador para determinar el “derecho más estrechamente vinculado con el contrato”.</p> <p>2. Tendencia a consagrar presunciones y facilitar criterios de conexión por tipo de contrato que guíen al juzgador en la determinación del “derecho más estrechamente vinculado al contrato”</p>	<p>Criterios subsidiarios más usados:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El lugar de ejecución del contrato 2. El lugar de celebración del contrato 3. El domicilio o residencia habitual de las partes 4. La nacionalidad de las partes 5. El lugar de situación de los bienes inmuebles 6. El equilibrio de intereses 7. La relación más significativa 8. La prestación más característica

a. Flexibilidad a los jueces para determinar la ley aplicable en base al “principio de proximidad”

La tendencia moderna que se viene consolidando en el derecho comparado, y que adquirió impulso los últimos veinte años del siglo pasado, se orienta a establecer factores de conexión flexibles fundados en el “principio de proximidad”, como la ley más conectada, o más estrechamente vinculada con el contrato, apartándose así de las soluciones clásicas de la *lex loci solutionis* y la *lex loci contractus*. Como nos dicen los profesores Tovar Gil (634), es muy probable que esto haya estado influido por el concepto anglosajón del *proper law of the contract*.

Ahora bien, esta fórmula también está marcada por dos tendencias distintas, las cuales se distinguen fundamentalmente por el margen de discrecionalidad que se desea conferir al juzgador cuando tenga que determinar la *lex contractus*. La primera, deja en total libertad al juzgador para que, en función de su libre albedrío, defina los criterios que deben primar en cada caso concreto para determinar cuál es el derecho más estrechamente vinculado al contrato. La segunda, por su parte, busca enmarcar la labor del juzgador al designar la *lex contractus*, mediante la formulación de presunciones y criterios de conexión por tipo de contrato, que el juzgador debe usar para valorar y determinar cuál es el derecho más estrechamente vinculado con la relación contractual.

a.1. Tendencia a dar completa libertad al juzgador para determinar el “derecho más estrechamente vinculado con el contrato”

Esta importante corriente se refleja con claridad en la CIDIP V (art. 9) y también en legislaciones modernas de DIPr como la Ley Japonesa 78/2006 (art. 8.1), que ya no imponen factores de conexión supletorios ante la ausencia de elección de las partes, sino que, dejan al juez en libertad de determinar la ley aplicable en base al **derecho** del Estado que -a su criterio- **tenga vínculos más estrechos con el contrato**. A tal efecto, nos dice la CIDIP V, el **tribunal** tomará **en cuenta los elementos objetivos y subjetivos** que se desprendan del contrato y también los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Es más, la misma Convención ha dispuesto en su art. 10, que además se aplicará, cuando corresponda, las normas, costumbres y principios de derecho comercial internacional⁵ -como los Principios UNIDROIT⁶-, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación *-lex mercatoria*⁷, con el fin de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto; es decir, los padres de la CIDIP V, convencidos de la autoridad de los principios UNIDROIT, los han contemplado como un criterio que deberá usar el juzgador al momento de ponderar cuál deber ser el derecho aplicable al contrato internacional en ausencia de elección de las partes, y teniendo siempre en la mira la búsqueda de justicia y equidad frente al caso concreto.

Si bien, nos dice González de Cossío (1998: 148-149), los criterios contemplados por la CIDIP V de 1994, podrían parecer un tanto abstractos o ambiguos, actualmente existe voluminosa literatura en lo que atañe a la *lex mercatoria* y las normas, costumbres, principios, usos y prácticas del derecho comercial internacional, así como una multiplicidad de laudos arbitrales y resoluciones judiciales que pueden ser consultados a efectos de determinar con toda certeza cuál es el Derecho Mercantil Internacional existente en nuestros días. No obstante, sin lugar a dudas, la tarea de determinar el “derecho más estrechamente vinculado al contrato” no es tarea sencilla, pues el tribunal

⁵ González de Cossío (1997:129), al referirse al término “Derecho mercantil internacional”, cita la definición presentada por el secretario de las Naciones Unidas en un informe alcanzado a la Asamblea General, que alude al “conjunto de disposiciones que rigen las relaciones comerciales de derecho privado en que se hallan implicados distintos países”.

⁶ Estos constituyen la conocida *soft law*, que, como nos recuerda González de Cossío (1998:149), ha sido elaborada a partir de la experiencia de juristas, abogados practicantes, expertos en derecho contractual y comercio internacional (*internacional comercial custom*), entre otros.

⁷ Los Principios elaborados por UNIDROIT en 1994 (*Principles of International Commercial Contracts*), catalogados hoy como *soft law*, son actualmente los más importantes principios para el comercio internacional y se entienden como una moderna formulación de la *lex mercatoria* (Leible: 228).

deberá embarcarse en un análisis completo de la situación bajo una multiplicidad de criterios y enfoques que desarrollaremos más adelante.

Seguidamente, citamos los argumentos más importantes que se esgrimen, a favor y en contra, respecto de consagrar criterios de conexión de tan amplia flexibilidad:

<u>Argumentos a favor:</u>	<u>Argumentos en contra:</u>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Posibilita que en cada contrato se privilegie efectivamente la aplicación del derecho que esté más estrechamente vinculado a la relación jurídica, en función de la naturaleza especial y distinta de cada contrato. 2. Evita que se aplique a todos los contratos un mismo factor de conexión rígido, impuesto por el legislador, que puede no ser el más adecuado para regir todas y cada una de las diversas relaciones contractuales que puedan presentarse. Se sirve en cada caso de criterios objetivos y subjetivos(p.e. CIDIP V). 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dificulta a las partes que no pactaron el derecho aplicable el conocer <i>a priori</i> o prever cuál será el ordenamiento jurídico que regirá su contrato, pues su determinación quedará en manos del tribunal, a las resultas de su particular valoración respecto del caso concreto. 2. Sólo puede garantizar un nivel adecuado de previsibilidad en la decisión del juzgador respecto a la determinación de la <i>lex contractus</i>, si el legislador hace previamente un trabajo adicional de consagrar presunciones o criterios de conexión por tipo de contrato, que, en cada caso, orienten el trabajo de los tribunales (p.e. Reglamento Roma I).

La profesora Trigueros (7) resalta el gran aporte de la **CIDIP V**, al haber consagrado como criterio subsidiario a la voluntad de las partes -en ausencia de elección o cuando ésta resulte ineficaz-, aquél del “**derecho que tenga vínculos más estrechos con el contrato**” (art. 9); contribución que además presenta seis características claves:

1º La consagración de la discrecionalidad del tribunal que conoce el caso, para elegir el derecho que, a su criterio, mejor convenga a la relación; esta discrecionalidad suple la voluntad no ejercida por las partes.

2° El reconocimiento de una amplísima libertad al tribunal competente para apreciar los elementos del contrato y la relación entre las partes, sin tener que sujetarse a criterios preestablecidos ni a factores de conexión predeterminados para seleccionar el derecho “más adecuado”. Esta flexibilidad es bastante abierta ya que no se establece presunciones, ni se postulan criterios.

3° La renuncia del legislador a establecer puntos objetivos de conexión supletorios en ninguna de sus formas, es decir: (i) ni de seguimiento obligatorio para el juzgador; (ii) ni a modo de principios indicativos o presunciones orientadoras que instruyan o guíen al tribunal sobre las conexiones más comunes respecto de los distintos tipos de contrato.

4° La determinación de la *lex contractus* bajo el criterio del “derecho más estrechamente vinculado al contrato” supone para el juzgador la valoración de dos aspectos claves: (i) los elementos objetivos y subjetivos que se deriven del contrato; y (ii) los principios del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales -p.e. principios UNIDROIT-; ello es un gran avance, ya que fomentará la aplicación de un derecho uniforme más acorde con las características internacionales del contrato y con las intenciones de la convención. Ello deja al juzgador un amplio abanico de opciones de donde escoger para determinar la *lex contractus* en cada caso concreto.

A continuación enunciamos (luego desarrollaremos) algunos de los criterios objetivos y subjetivos que examinaron los padres de la CIDIP V, pero que decidieron no consagrar en forma particular, ya que, a su juicio, ninguno era del todo apto para regular, de manera óptima, la inmensa gama de contratos que pueden darse en la realidad; por ello, decidieron dejar el asunto en manos del tribunal, para que, en base a su absoluta discrecionalidad, elija la *lex contractus* (González de Cossío 1997: 131-136):

<p align="center"><u>Criterios objetivos para determinar el “derecho más estrechamente vinculado”:</u></p>	<p align="center"><u>Criterios subjetivos para determinar el “derecho más estrechamente vinculado”:</u></p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. La nacionalidad de las partes 2. El domicilio o residencia habitual de las partes 3. El lugar de celebración del contrato 4. El lugar de ejecución del contrato 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El equilibrio de intereses 2. La relación más significativa 3. Los vínculos más estrechos 4. La prestación más característica

5° Adicionalmente, en el art. 10, se añade otro enfoque distinto: se otorga a los tribunales la facultad para atender a las exigencias de justicia y equidad en la solución del caso concreto. A tal propósito puede hacer uso de las costumbres y las prácticas comerciales internacionales y de los principios del derecho mercantil internacional. Este artículo permite inferir que la CIDIP V tiene dos finalidades centrales, que son justamente los componentes esenciales de la justicia del DIPr que refiriéramos en el Capítulo 1 del presente trabajo:

- Garantizar la seguridad jurídica; y, además,
- Proteger o salvaguardar de manera adecuada los derechos e intereses de las partes, en armonía con los intereses de los Estados y de la comunidad internacional.

6 ° En el análisis del derecho aplicable al contrato, el tribunal también decidirá si la elección deberá recaer en un único ordenamiento jurídico o en varios aplicables a distintos aspectos de la relación contractual (desmembración del contrato).

Finalmente, resulta fundamental resaltar las nuevas tendencias y fórmulas que vienen siendo consagradas en el marco del arbitraje internacional por los distintos Reglamentos y Leyes de Arbitraje vigentes en el siglo XXI, respecto a los factores subsidiarios en defecto de elección de las partes. El rasgo común de estas normas es reconocer una libertad cada vez mayor al juzgador para designar la *lex contractus*. Hoy también se deja en manos de los tribunales arbitrales la determinación de las normas jurídicas o derecho aplicable (en ausencia de elección), pero a diferencia de los tribunales estatales, según referimos en acápites anteriores, ya no se les pide solo que lo hagan valiéndose del criterio de proximidad o vinculación más estrecha con el contrato, sino que también se les faculta para que lo hagan en función del derecho o **normas jurídicas** que estimen **más “apropiadas”** para el caso concreto y teniendo en cuenta los usos y prácticas mercantiles aplicables al caso -*lex mercatoria*- (p.e. la Ley de Arbitraje peruana, art. 57).

a.2. Tendencia a consagrar presunciones y facilitar criterios de conexión por tipo de contrato para que guíen al juzgador en la determinación del “derecho más estrechamente vinculado al contrato”

Esta es la corriente seguida por el modelo europeo, expresada primero en el Convenio de Roma de 1980 y luego en el Reglamento Roma I que lo sustituyó desde el 2009. La diferencia más importante entre ambos consiste en el orden en el cual organizan el tratamiento del asunto, porque, a fin de cuentas, ambos terminan privilegiando como *lex contractus*, en defecto de elección de las partes, el “derecho que el juzgador considere

que tiene vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato”. Es decir, ambos ofrecen al juzgador pautas de conexión por tipo de contrato, pero el primero (Convenio de Roma) las organiza en forma de presunciones; y el segundo (Reglamento Roma I) las instituye en forma de criterios o factores de conexión supletorios.

<u>Convenio de Roma 1980:</u>	<u>Reglamento Roma I 2008:</u>
<p>1. Arrancaba consagrando el principio general de aplicación de la ley más estrechamente vinculada al contrato (art. 4.1.).</p> <p>2. Luego, instituía un catálogo de presunciones sobre el derecho que debía presumirse con “vínculos más estrechos” con el contrato (art.4.2 al 4.4):</p> <p>a. La primera era para la generalidad de los contratos, y entendía que los vínculos más estrechos del contrato están ligados a la parte que deba ejecutar la prestación característica de la relación contractual (residencia habitual para personas naturales y sede de su administración central, o establecimiento principal para personas jurídicas (art. 4.2).</p> <p>b. Las presunciones siguientes eran específicas por tipo de contrato (art. 4.3, 4.4, 5.3. y 6.2).</p> <p>3. Concluía estableciendo que todas las presunciones antes listadas quedarían</p>	<p>1. Arranca consagrando criterios o factores de conexión supletorios específicos por tipo de contrato(art. 4.1, 5.1, 5.2, 6.1, 7.2, 8.2), estableciendo un elenco de 8 reglas en función de la naturaleza del contrato; que se pueden ordenar en torno a 4 categorías: a) contratos de compra-venta de mercaderías y de prestación de servicios; b) contratos sobre bienes inmuebles; c) contratos de franquicia y distribución; d) contratos celebrados en mercados financieros (Garcimartín 2014:382).</p> <p>2. Seguidamente establece un factor supletorio general (de escape) para todos los contratos no comprendidos en los supuestos del acápite anterior y para aquéllos que tengan elementos que correspondan a más de un tipo de contrato; este es: el lugar de residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2).</p> <p>3. Concluye estableciendo una cláusula de excepción (Carrascosa 2009: 40):</p>

<p><u>excluidas cuando resultare del conjunto de circunstancias que el contrato presentaba vínculos más estrechos con otro país</u> (art.4.5).</p>	<p>a. Si el <u>contrato</u> (por un conjunto de circunstancias) presenta <u>vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto</u> del antes indicado, el <u>derecho de este país será el que rija el contrato</u> (art. 4.3, 5.3, 7.2, 8.4).</p> <p>b. También se aplicará el <u>derecho del país que tenga vínculos más estrechos</u> con el contrato cuando no sea posible determinar la <i>lex contractus</i> con arreglo a los acápites precedentes (art. 4.4).</p>
--	---

b. Consagración de factores subsidiarios predeterminados en base a conexiones fijadas por el legislador

En el siglo XX la tendencia era consagrar un factor de conexión que vinculara el contrato a un lugar específico, el cual usualmente era el lugar de cumplimiento o celebración del contrato; ésta reinó hasta los años ochenta del siglo XX, momento que comienza a ganar terreno la nueva corriente orientada a adoptar criterios más flexibles.

Actualmente, existen múltiples legislaciones, como la peruana (art. 2095 del C.C) y argentina (art. 2652, salvo el caso excepcional del art. 2653), que siguen esta tendencia, imponiendo determinados factores de conexión a ser usados por las autoridades jurisdiccionales en todo tipo de contratos ante el silencio de las partes. Los cuerpos normativos difieren respecto a los factores subsidiarios impuestos por el legislador, estando entre los favoritos el lugar de ejecución o cumplimiento del contrato y lugar de conclusión o celebración del mismo, que son los factores de conexión privilegiados (en ese orden) por el C.C. peruano (Delgado y Pejnovic: Inédita). A continuación listamos algunos de ellos, partiendo de la clasificación que hace González de Cossío (1997: 131-132).

Factores supletorios usualmente predeterminados por el legislador:

- (i) El lugar de ejecución del contrato
- (ii) El lugar de celebración del contrato
- (iii) El domicilio o residencia habitual de las partes
- (iv) La nacionalidad de las partes
- (v) El lugar de situación de los bienes inmuebles
- (vi) El equilibrio de intereses
- (vii) La relación más significativa
- (viii) Los vínculos más estrechos
- (ix) La prestación más característica

(i) Lugar de ejecución o cumplimiento del contrato

Este factor también conocido como *lex loci executionis*, ha marcado la tradición jurídica de los países latinoamericanos, expresada tanto en sus normas de fuente interna -p.e. el Perú-, como en sus normas de fuente internacional -Tratados de Montevideo de 1889 y 1940-, los cuales usualmente han privilegiado este factor de conexión para determinar la *lex contractus*, dado que en el lugar de ejecución es donde el contrato se manifiesta en actos exteriores frente a terceros.

Nos recuerda Batiffol (1938: 74-104), que en la búsqueda de la ley subsidiaria aplicable en ausencia de voluntad expresa de las partes, encontramos en todo contrato como indicadores permanentes la *lex loci solutionis* y la *lex loci contractus*. Ambas fórmulas han sido concebidas dentro de un régimen basado en el principio de la *territorialidad del derecho*, acorde con el cual, sólo son internacionales los contratos celebrados en el territorio de un Estado y ejecutados en otro (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 386-387).

La conexión por la *lex loci executionis*, al no ser fortuita, es -sin lugar a dudas- más convincente. En lo que respecta a la objeción de que en los contratos sinalagmáticos la ejecución de los mismos por cada parte puede estar repartida en varios países, circunstancia que podría conducir a la división del contrato. La respuesta radica en que la ley aplicable a este tipo de contratos sería *la ley de la obligación principal o típica del contrato*, argumento que ha sido desarrollado por la jurisprudencia británica. Sin embargo, se debe advertir que excepcionalmente esto no es posible en aquellos contratos -como p.e. la permuta-, donde por coexistir dos o más obligaciones iguales, no

resulta posible distinguir la obligación principal o típica. Sólo en estos casos sería necesario recurrir a sistemas subsidiarios, cuyo orden de prioridad también constituye una opción a nivel legislativo, por ejemplo, a la *lex loci contractus*, que es la ley elegida por el art. 2095 el C.C. peruano para este caso y también para el supuesto en que el lugar de cumplimiento no esté expresamente determinado o no resulte inequívocamente de la naturaleza de la obligación. (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 386-387).

González de Cossío (1997:132) nos recuerda que el maestro Savigny realzó la importancia de este factor de conexión, porque consideraba que las expectativas de las partes se dirigen al cumplimiento de las obligaciones contractuales y que el lugar de cumplimiento del contrato identifica el sistema legal con el cual el mismo sostiene su conexión más estrecha. También Batiffol (1938: 74-104), se inclina por la *lex loci solutionis*, siguiendo el argumento lógico de Savigny, según el cual la relación entre la celebración y ejecución de un contrato no es una solución de causa-efecto sino fundamentalmente de medio a fin.

Batiffol (1938: 74-104), asimismo, cuando privilegia el lugar de ejecución y relega a un segundo plano el lugar de celebración como factor de conexión, señala que es un error identificar la vigencia territorial del derecho con el territorio estricto del mismo. Por tanto, el hecho de celebrarse el contrato dentro de las fronteras de un Estado, no justifica la sumisión del mismo a la ley local, la cual solo es aplicable si la norma de DIPr de dicho Estado así lo determina.

(ii) Lugar de celebración del contrato

Como nos recuerdan los profesores Tovar Gil (636 – 638), éste, también conocido como *lex loci celebrationis*, es el factor de conexión que tradicionalmente tuvo más adherentes en la doctrina del DIPr, y es el factor que se aplica de manera subsidiaria en Perú (art. 2095 del C.C.), en defecto del criterio de lugar de cumplimiento, y en el marco del Código Bustamante de 1928, en defecto de la ley personal común de los contratantes.

Los profesores Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez (2007: 386-387) sintetizan los principales argumentos esgrimidos a favor de la *lex loci celebrationis*, los que podemos organizar en dos categorías: (i) el lógico, ya que de él depende el nacimiento del contrato; además su futura ejecución no es sino un efecto de la celebración; este argumento es rebatido por Batiffol con la tesis de que la relación

entre celebración y ejecución es fundamentalmente una relación de medio a fin; y (ii) el práctico o jurídico, ya que la ley del lugar de celebración es única y fija caracteres que dotan al contrato de una certidumbre indispensable desde la perspectiva del comercio internacional; este argumento también es rebatido por Batiffol, alegando que este lugar también puede ser fortuito, y ajeno a los intereses permanentes de las partes o simplemente desprovisto de significación con respecto a la economía del contrato (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2008: 203).

Los propios diseñadores de la CIDIP V, nos dice González de Cossío (1997: 132), consideraron que este criterio de conexión debería descartarse en razón de que la ubicación geográfica de los contratantes es con frecuencia resultado de un simple accidente, que puede ser meramente circunstancial y aleatorio, mientras que el lugar de ejecución siempre estará ligado efectivamente a la relación. Por ende, concordaron con Batiffol en que éste es muchas veces un hecho fortuito que en nada involucra la intención de los contratantes de elegir el derecho del lugar de celebración del contrato como *lex contractus*; concluyeron, por tanto, que no existe justificación alguna para querer usar dicho criterio como el que guíe el derecho que debe regular una relación contractual; también relevaron el gran inconveniente fáctico que podrían generar, además de los típicos contratos entre ausentes, los correos, transferencias electrónicas y telecomunicaciones internacionales en la eficacia de la *lex loci celebrationis*.

(iii) El domicilio o residencia habitual de las partes

El problema principal de acoger este criterio como factor de conexión para determinar la *lex contractus*, es que, al tener los contratos por lo menos dos partes, la *lex domicilii*, nos recuerda González de Cossío (1997: 131-132), lejos de fijar una sola ley, como la rectora de una relación jurídica, designa dos derechos (sino más) como los aplicables, aquéllos donde cada una de las partes tiene sus domicilios, establecimientos o residencia habitual. Por ello, frecuentemente, éste debe ir acompañado de otro factor que ayude a diferenciar entre la multiplicidad de leyes domiciliarias o establecimientos. Por tanto, de elegirse este criterio de conexión, necesariamente deberá aunarse a otro factor, que podrá ser el domicilio del vendedor, o comprador, o donde se hayan efectuado las negociaciones, o sedes, o el domicilio de la parte que deba ejecutar la prestación característica del contrato (usado por el Reglamento Roma I, art. 4.2 y la Ley Japonesa de DIPr78/2006, art.8.2). De allí que este factor también haya sido descartado como el determinante por los legisladores de la CIDIP V.

(iv) La nacionalidad de las partes

Este criterio, nos dice González de Cossío (1997: 131), se muestra hoy inflexible y poco adecuado para determinar la *lex contractus*. En primer lugar, este factor presenta el mismo problema que el criterio del lugar del domicilio, pues las partes (que son por lo menos dos), podrían tener nacionalidades distintas, y ellas podría apuntar a la aplicación de una multiplicidad de leyes a una misma relación contractual; también podría llevar a designar leyes irrelevantes para el contrato, especialmente en aquellos casos en que las partes contratantes celebraron un contrato en un país diferente al de su nacionalidad, o cuando el contrato va a surtir efectos en un lugar distinto al del lugar de celebración o al Estado de nacionalidad de las partes.

(v) El equilibrio de intereses

El profesor Sequeiros, en un informe que presentara ante el Comité Jurídico Interamericano, con ocasión de la preparación de la CIDIP V, hace ver que este criterio busca encontrar un equilibrio entre los diferentes intereses en juego: el del foro y el de las jurisdicciones interesadas que han sido identificadas: el llamado “*functional analysis*”, que es el método empleado en el *common law*, en virtud del cual se evalúa la legislación que se tiene intenciones de aplicar, analizando tanto los objetivos como los efectos prácticos del contenido de las leyes propuestas (González de Cossío 1997: 133).

(vi) El lugar de la situación de los inmuebles

Este criterio, también conocido como aplicación de la *lex rei sitae*, es determinante en la regulación de los derechos reales sobre bienes corporales; por ello, dada la relación indesligable de un inmueble con el lugar de ubicación, resulta acertado en el caso de contratos que tengan por objeto este tipo de bienes, fijar como *lex contractus* la ley del lugar de su situación.

(vii) La relación más significativa

También conocido como la *Most significant relationship*, tiene su origen en el *Second Restatement of the Conflicts of Laws* (sección 188). Este criterio consiste en analizar cada aspecto del contrato para determinar el derecho con el que guarda una relación más significativa. Al respecto, González de Cossío (1997: 133), comenta que los legisladores de la CIDIP V, como Sequeiros, opinaron que si bien es un criterio con fuerza persuasiva, tiene un mecanismo de operación muy complejo, al obligar al juez a analizar y jerarquizar todos los aspectos y conexiones del contrato.

(viii) Los vínculos más estrechos (principio de proximidad)

Este criterio, que ya fue abordado en el acápite anterior, ha sido el consagrado por la CIDIP V, el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento Roma I que lo sustituyó en el 2009. Propugna que el derecho aplicable al contrato internacional será el del Estado con el cual el contrato tenga los lazos más estrechos, dejando al juzgador en amplia libertad para tomar su decisión respecto a la designación de la *lex contractus*.

(ix) La prestación más característica

Este criterio es usado en varios cuerpos legales modernos, como el Convenio de Roma de 1980 y en el Reglamento Roma I de 2008, y también en leyes internas como la Ley Japonesa de DIPr 78/2006 y el C.C. peruano, pero generalmente está vinculado al lugar de domicilio o residencia habitual de la parte a cargo de ejecutar esta prestación, o del lugar donde deba ejecutarse esta prestación. Tiene a su favor, comenta González de Cossío (1997: 134), que es un criterio en virtud del cual se conecta el contrato con el medio socioeconómico del cual forma parte, dándole precisión y objetividad al -de por sí- impreciso concepto de la conexión más próxima; pero también tiene en contra que en múltiples contratos es extremadamente complicado determinar cuál es la prestación más característica.

Del análisis efectuado respecto a las distintas tendencias, fórmulas y criterios de conexión, hoy existentes para determinar la *lex contractus* en ausencia de elección de las partes, podemos concluir que, dada la inmensa gama de contratos que pueden hoy ser celebrados diariamente, lo más apropiado pareciera ser no encasillar al juzgador con fórmulas rígidas y predeterminadas por el legislador; sino más bien, conceder al juzgador la facultad de elegir la *lex contractus*, en base al derecho que “tenga una vinculación más estrecha con el contrato”, la cual le permitirá tomar la decisión más adecuada para cada caso concreto, y lograr lo que algunos denominan la “justicia conflictual”.

Ello implica que el juzgador deberá ponderar los “contactos” concretos que presente el contrato con distintos países. Como dice Carrascosa (2009:1013), es un *Balancing Test* o proceso de *Counting and Weighing Contacts*; un razonamiento “caso por caso”, referido a un “contrato concreto” y a las vinculaciones y contactos específicos de dicho contrato con los distintos países. Complementariamente, para ayudar al juzgador, podría considerarse la inclusión en las normas de DIPr de una batería de pautas orientadoras que le sirvan de guía para formular su análisis respecto al derecho más estrechamente vinculado con el contrato.

2.2.6. Limitaciones a la autonomía de la voluntad

Hoy persisten limitaciones a la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable, siendo las más importantes: aquéllas que defienden el respeto de las normas de policía o de aplicación necesaria o inmediata de la *lex fori* (disposiciones internacionalmente imperativas), que consagran y protegen derechos considerados fundamentales por el ordenamiento jurídico del foro (p.e. derechos irrenunciables de los trabajadores), también conocida como efecto o función positiva del orden público en DIPr; y la no contravención de principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro (excepción de orden público, o función negativa del orden público en DIPr); pudiendo el juez en estos casos rechazar la aplicación de la ley elegida y aplicar en su lugar la ley del foro (Delgado y Pejnovic). Esto se fundamenta en la defensa que hace el juez de los principios fundamentales de la *lex fori*, tema que desarrollaremos en el siguiente capítulo.

2.3. **Dominio de la *lex contractus*. Materias que generalmente escapan a su regulación**

Como mencionáramos al principio del capítulo, el vocablo *lex contractus*, es una locución latina que hace referencia a la ley aplicable a la sustancia de un contrato específico; incluye todo lo relativo a la regulación de fondo de las relaciones contractuales. Tiene, por tanto, vocación de regulación general del contrato, rigiendo tanto los elementos esenciales, como los elementos accidentales del contrato; también regula los efectos del contrato *inter partes* y frente a terceros (Calvo Caravaca y Carrascosa González 2012: 699-700).

Los internacionalistas Tovar Gil (621-626), Trigueros (10), Delgado Barreto, Delgado Menéndez, Candela Sánchez (2008: 375-383), Albormoz (2008), entre muchos otros, coinciden en las materias que generalmente escapan al dominio de la *lex contractus*, las cuales, según señaláramos anteriormente, de manera usual se vinculan a la capacidad de las personas contratantes, los derechos reales y en algunos casos a la forma de los contratos.

2.3.1. La capacidad de los contratantes

Para la generalidad de sus actos, las personas se rigen por lo que una ley determinada establece respecto de su capacidad de gozar y ejercer derechos; ésta debe ser aquélla que tiene una vinculación más estrecha con la persona; circunstancia que varía según se trate de personas físicas o de las llamadas personas morales o jurídicas.

a. Personas naturales

Por lo general, se aplica la ley del lugar de su residencia habitual (domicilio) o la ley de su nacionalidad, habiéndose optado en el Perú por la primera alternativa; no obstante, para favorecer la seguridad jurídica y la validez sustantiva de un contrato celebrado en el Perú (lugar de celebración) con una persona que, aunque domiciliada en el extranjero, es considerada capaz por la ley peruana, se reputará capaz a esta persona para ese acto en particular, aun cuando ésta no lo sea según su ley domiciliaria; en este supuesto, se aplicará de manera excepcional la ley peruana como lugar de conclusión del contrato y se exceptuará la aplicación de la ley domiciliaria de la persona (art. 2070 del C.C.).

b. Personas jurídicas

Por lo general, se aplica la ley del lugar de su constitución o la del lugar de su sede social, habiéndose optado en el Perú por la primera fórmula (art. 2073 del C.C.)

2.3.2. La creación, modificación y extinción de derechos reales mediante un contrato

Según señaláramos anteriormente, la ley rectora de los derechos reales sobre bienes corporales es usualmente la ley de su situación (p.e. art. 2088 del C.C. peruano), también conocida como *lex rei sitae*; por ello, este es un aspecto que escapa a la regulación de la *lex contractus*.

2.3.3. La forma y validez formal del contrato

Al respecto, como destaca un exhaustivo trabajo de tesis universitaria (Delgado Menéndez 1985: 125-147), es importante tener presente que el concepto de forma es bastante ambiguo, y podría -por si solo- ser el eje de un trabajo de investigación, que no es el objeto de la presente tesis; por lo que simplemente citaremos lo que se suele entender por forma, y eso nos lleva a la terminología común que opone forma a fondo. Usualmente se considera que lo importante es el fondo, mientras que la forma, no hace más que vestir al fondo con una vestimenta sustituible por otra. En otras palabras, forma es “el accidente” y se enfrenta con el fondo que es la sustancia. Ergo, el carácter de la forma es lo sustituible.

Ahora bien, con relación al derecho competente para regir la forma de los contratos, las fórmulas predominantes, aunque con algunas variantes, apuntan a señalar como aplicable la ley del lugar de su celebración (*locus regit actum*) o la ley que rige el fondo del contrato (*lex contractus*). El Perú (art. 2094 del C.C.), en aras de favorecer la validez formal del contrato, ha optado por regir la forma del acto alternativamente por la ley del lugar de celebración o por la ley que rige el contenido del acto (ley del contrato).

Existen legislaciones, como el caso de la CIDIP V (art. 13), que plantean otras alternativas de factores de conexión además de la *lex contractus* y del lugar de celebración, tales como el

lugar de cumplimiento o ejecución del contrato, todas las cuales están orientadas a favorecer la validez formal del contrato; disponen, por tanto, que es suficiente que se cumplan los requisitos previstos en los ordenamientos de cualquiera de esos Estados para que se considere válido el contrato, llegando incluso a contemplar diferentes escenarios (aquí se siguió lo dispuesto en el art. 9 del Convenio de Roma de 2008):

- (i) El primer escenario se refiere al caso de un contrato celebrado entre partes que se encuentran en el mismo Estado; en este supuesto el contrato será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos por la *lex contractus* o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.
- (ii) El segundo escenario se refiere al caso que las personas se encuentren en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato; en este supuesto, el contrato será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos por la *lex contractus* o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.

2.4. Nuevos desafíos planteados por algunos contratos especiales

Como señalan los profesores Delgado y Pejnovic, el DIPr se enfrenta hoy a nuevos desafíos, uno de los cuales consiste en determinar cuál es la ley aplicable al contrato y los límites de la ley elegida por las partes contratantes cuando éstas no se hallan en situación de igualdad. Este tema, que trataremos ampliamente en el próximo capítulo de la presente tesis, refiere al caso de cierto tipo de contratos especiales como los de trabajo y de consumo, donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger. Ello ha llevado a cuestionar e incluso a descartar la voluntad como factor de conexión principal a través de normas de conflicto especiales, y a condicionar su participación a no privar a la parte débil del contrato de la protección que le aseguran las conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, tales como el lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo, para los contratos laborales y el de la residencia habitual del consumidor, para los de consumo.

La conexión objetiva destrona así a la voluntad como conexión principal, salvo cuando la ley elegida hubiera recaído en una ley más favorable a la parte débil; ello implica para el juez una tarea de comparación de normas, entre la elegida por las partes y las establecidas por las conexiones imperativas. Diversos cuerpos legislativos modernos, tales como el Convenio de Roma de 1980 (art. 5 y 6), el Reglamento Roma I de 2008 que lo sustituye (art. 6 y 8) y otras normas modernas de DIPr, como la Ley Japonesa 78/2006 (art. 11 y art. 12), contienen normas de conflicto especiales para los contratos de trabajo y de venta a consumidores, para contrarrestar el riesgo de que el empleador y el empresario impongan la ley aplicable.

CAPÍTULO 3:
**LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
CONFLICTUAL EN RAZÓN DEL INTERVENCIONISMO
ESTATAL**
Índice del Capítulo:

- 3.1. Método del conflicto de leyes y cuestionamiento intrínseco de la función de conexión de la voluntad para la protección de la parte débil de la relación
- 3.1.1. La Protección de la parte débil y los alcances de la voluntad en el derecho internacional privado convencional de los contratos
- a. Contratos individuales de trabajo
 - b. Contratos de consumo
- 3.1.2. La atipicidad de la norma de conflicto especialmente protectora de la parte débil
- a. Caracteres atípicos de la norma de conflicto: la conexión subsidiaria de la voluntad frente a las normas de conflicto protectoras de la parte débil
 - b. La norma de conflicto especial y el quiebre de la neutralidad de la norma conflictual
 - c. Complicaciones en la determinación de la ley aplicable en presencia de una elección del derecho competente
 - d. Alternativas de protección de la “parte débil” de la relación cuando no existen normas de conflicto especiales protectoras
- 3.2. Método autolimitativo o exclusivista de las normas de policía de aplicación inmediata, excepción de orden público en DIPr y cuestionamiento extrínseco de la función de conexión de la voluntad para proteger los principios fundamentales del foro
- 3.2.1. Rasgos que distinguen a las normas de policía del foro
- a. De observancia obligatoria para la salvaguardia de la organización política, social y económica del país
 - b. Internacionalmente imperativas de aplicación necesaria, inmediata y prevaleciente
 - c. Preservan principios e intereses públicos estatales considerados básicos o fundamentales
- 3.2.2. Normas de policía del foro y normas de policía de otros ordenamientos vinculados al contrato
- a. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (CIDIP V)
 - b. El Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (Roma I)

- 3.2.3. Normas de policía y la excepción de orden público en DIPr
 - a. Orden público y excepción de orden público en DIPr. Principales caracteres e impacto
 - b. Funciones del orden público en DIPr
 - c. Pautas para identificar las normas internacionalmente imperativas
- 3.2.4. Normas de policía y límites a la autonomía de la voluntad en el sistema jurídico nacional peruano
 - a. El Libro X del Código Civil peruano y las excepciones a la aplicación de la ley extranjera declarada competente
 - b. El Libro X del C.C. peruano y las normas internacionalmente imperativas
- 3.2.5. Posibilidad de aplicación conjunta de las normas de policía del foro y la ley de autonomía de la voluntad

Desarrollo del Capítulo:

Si bien es un hecho que la posición predominante en el siglo XXI es la adhesión a la Autonomía de la Voluntad conflictual, también lo es que el ámbito dentro del cual las partes pueden elegir la ley siempre está delimitado en forma más o menos severa. Esta tendencia aparece no solo en la doctrina y en la jurisprudencia, sino también en importantes convenciones, como es el caso del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo N° 593/ 2008 -Roma I- sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 (Delgado Barreto 2015: 327-346).

El intervencionismo estatal da a luz disposiciones internacionalmente imperativas cuya aplicación a una situación contractual determinada pone en cuestión el dominio reservado a la voluntad de las partes como factor de conexión para la elección de la ley aplicable a su contrato. La técnica del DIPr es puesta entonces al servicio de esta finalidad a través de dos métodos:

- El método del conflicto de leyes (cuestionamiento intrínseco); y el
- El método autolimitativo o exclusivista de las normas de policía (cuestionamiento extrínseco).

<p align="center"><u>Método del conflicto de leyes y cuestionamiento intrínseco del mismo</u></p>	<p align="center"><u>Método de las normas de policía y cuestionamiento extrínseco del método del conflicto de leyes</u></p>
<p>El cuestionamiento intrínseco del principio de la autonomía de la voluntad postula la</p>	<p>El cuestionamiento extrínseco del principio de la autonomía de la voluntad</p>

<p>existencia de una norma de conflicto especial, cuya principal característica es la limitación o restricción de la autonomía de la voluntad en aras de la protección de la parte débil de la relación en cierto tipo de contratos donde las partes están en situación desigualdad, como el de trabajo (protección al trabajador) y el de consumo (protección al consumidor).</p>	<p>implica recurrir a las normas de policía de aplicación necesaria e inmediata - internacionalmente imperativas-, en protección de todos los principios que son considerados fundamentales por el ordenamiento jurídico del foro; en vez de adoptar normas de conflicto especiales para proteger a ciertas categorías jurídicas consideradas parte débil de la relación.</p>
<p>Parte de la existencia de ciertas categorías de contratantes débiles que tienen un desigual poder de negociación frente a su contraparte fuerte; ello reclama una especial protección del DIPr, que se materializa a través de la relegación de la voluntad como factor de conexión principal para proteger a la parte débil de la relación.</p>	<p>Se basa en la presencia de normas de policía que imponen conexiones imperativas absolutas por la función social que cumplen, la misma que determina su aplicación internacional necesaria e inmediata en cualquier situación donde se vulneren principios y derechos que el foro considera fundamentales.</p>

3.1. Método del conflicto de leyes y cuestionamiento intrínseco del mismo para la protección de la parte débil de la relación

Como relevamos al final del capítulo anterior, el DIPrse enfrenta hoy a nuevos desafíos, uno de los cuales consiste en determinar cuál es la ley aplicable al contrato y los límites de la ley elegida por las partes contratantes cuando éstas no están en situación de igualdad. Es el caso de cierto tipo de contratos especiales, como, por ejemplo, los de trabajo y de consumo, donde se presume que hay una parte débil de la relación que está en situación de desventaja y que, por tanto, es necesario proteger.

Como destaca Calvo Caravaca (2009: 88), en este tipo de contratos, la “libertad de elección” de la ley podría ser utilizada en perjuicio de la parte contractual más débil. Día a día, cantidad de empresas, empresarios o profesionales concluyen contratos con partes (p.e. consumidores y

trabajadores) que no disponen del mismo poder de negociación (*bargaining power*). Dichos contratos son en realidad meros contratos por adhesión, donde la intervención de la parte más débil se reduce, en la generalidad de los casos, a la facultad de asentir, sin oportunidad de introducir modificaciones de relieve, o abstenerse de contratar. Entre las cláusulas del contrato a las que se somete, figura precisamente la **cláusula de elección de la ley**, de suerte que, usualmente, la “ley elegida” no es más que la “ley impuesta” al consumidor o trabajador. Si esto se permitiera, concluye Calvo Caravaca, la justicia contractual saldría malparada.

Ello, dijimos, ha llevado a cuestionar e incluso a descartar la voluntad como factor de conexión principal a través de normas de conflicto especiales, y a condicionar su participación solo en el supuesto de no privar a la parte débil del contrato de la protección que le aseguran las conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, tales como el lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo para los contratos laborales y el de la residencia habitual del consumidor para los de consumo. Ergo, como señalan los profesores Tovar Gil (648), el propósito es garantizar que el “trabajador” o el “consumidor” -partes débiles de la relación- no sean desviados de la protección que les reconoce la legislación apropiada.

También dijimos que en estos supuestos, la conexión objetiva destrona a la voluntad como conexión principal, salvo cuando la ley elegida hubiera recaído en una ley más favorable a la parte débil. Por ende, la elección efectuada por las partes de la *lex contractus* será respetada cuando el derecho elegido sea más beneficioso para la parte considerada débil de la relación. Al juzgador, por tanto, le toca la difícil misión de comparación de normas, entre aquella elegida por las partes y aquellas establecidas por las conexiones imperativas previstas por el legislador, para finalmente proceder a seleccionar como *lex contractus* aquella que considere más ventajosa.

La justificación de estas restricciones al principio de autonomía de la voluntad, radica en la situación desigual de las partes. La profesora Fresnedo Aguirre (1991:98-101), nos dice que, incluso los autores partidarios de la autonomía de la voluntad, como Morris y Lando, reconocen la necesidad de que ambas partes del contrato gocen de un poder de negociación igualmente fuerte; y concuerdan que a falta de esta premisa, la autonomía en un instrumento peligroso en manos de una empresa que negocie con un consumidor o con un empleado más débil. De allí que se deduzca: (i) que la autonomía conflictual pierde todo su sentido, como en la autonomía de derecho material, cuando permite el abuso del débil por la parte fuerte; y (ii) que el medio principal de eliminación de esta desigualdad es la limitación a la autonomía de las partes contratantes (Delgado Barreto 2015: 327-346).

Como veremos más adelante, diversos cuerpos legislativos internacionales modernos, como el Convenio de Roma de 1980 (art. 5 y 6), el Reglamento Roma I de 2008 (art. 6 y 8) y otras normas de DIPr del siglo XXI, como la Ley Japonesa 78/2006 (art. 11 y art. 12), contienen normas de conflicto especiales para cierto tipo de contratos, como p.e. los contratos de trabajo y de consumo, para contrarrestar el riesgo de que el empleador, en el primer caso, y el empresario, en el segundo, impongan la ley aplicable a la parte más débil de la relación (Delgado y Pejnovic).

No obstante, la problemática de “parte débil” versus “parte fuerte” en una relación contractual, rebasa el ámbito de los cuestionamientos a la autonomía de la voluntad en los contratos individuales de trabajo y de consumo. Ésta, como bien destaca el profesor Delgado Barreto (2015: 327-346), alcanza niveles y dimensiones mucho mayores en otros campos, como el relativo a los contratos de financiamiento internacional, particularmente en el marco de las relaciones Norte/Sur, signada por la división entre países desarrollados y subdesarrollados.

Si bien este tema no lo analizaremos en la presente tesis, pues rebasa ampliamente el objetivo de este sucinto trabajo de investigación, resulta importante relevarlo pues es una arista muy importante en la contratación internacional del siglo XXI. A este respecto, resulta clave citar el Simposium sobre “Conflicto de Leyes en Contratos entre Naciones desarrolladas y en Desarrollo” realizado en la Universidad de Georgia, School of Law, donde Gabriel Wilner (1981:107), sostuvo que: *“entre las cuestiones que con frecuencia se plantea (...) sobre las relaciones norte/sur, (...) encontramos la cuestión -aparente técnica, pero en realidad fundamentalmente filosófica- de hasta dónde tienen los participantes en los numerosos tipos de transacciones económicas entre Norte/Sur la facultad de determinar el derecho aplicable y el tribunal competente en la solución de los conflictos”* (Delgado Barreto y Delgado Menéndez 2008: 2239-2241).

Según nos recuerda también el profesor Delgado Barreto (2015: 327-346), en la práctica, por ejemplo en los contratos de financiamiento internacional, dominan las cláusulas que establecen la ley y la competencia jurisdiccional de Nueva York o Londres, domicilio de los acreedores. Asimismo, en ese tipo de contratos se exige al deudor renunciar a cualquier inmunidad que tenga o pueda tener respecto a cualquier juicio que pudiera establecer el acreedor en contra suya o de sus bienes. Esta renuncia de inmunidad alcanza además a los procedimientos de ejecución. Comenta Samtleben (1975: 324-325), *“se trata de un cartel de condiciones por parte de los acreedores. Pero esta uniformidad despierta la duda de si falta aquí el único fundamento que puede dar validez a las cláusulas contractuales: la libre voluntad de las partes contratantes”*.

Al respecto, el profesor Delgado Barreto (2015: 327-346) releva que el principio universalmente aceptado *pacta sunt servanda* se basa en el supuesto de que las partes están en igualdad de condiciones para determinar libremente el contenido del contrato. En consecuencia, donde falta este equilibrio se puede defender la tesis de que todas las cláusulas onerosas impuestas unilateralmente por una de las partes son inválidas. En casos como estos, aun cuando no existan normas de conflicto especiales para equilibrar la desigualdad de las partes, siempre el juzgador podrá hacer intervenir a las normas de policía del foro de aplicación necesaria o inmediata - orden público en DIPr- para descartar la aplicación de la *lex contractus* pactada por las partes, cuando considere a ésta violatoria de principios fundamentales irrenunciables para el foro.

3.1.1. La protección de la parte débil y los alcances de la voluntad en el DIPr convencional de los contratos

El cuestionamiento intrínseco de la voluntad postula la existencia de una norma de conflicto especial a través de la cual se marca los límites a la autonomía de la voluntad al estar destinada a proteger a la parte débil de la relación en cierto tipo de contratos, como el de trabajo y de consumo donde las partes no tienen el mismo poder de negociación. A través de estas normas de conflicto, se imponen restricciones al principio de la autonomía de la voluntad, las mismas que encuentran su fundamento en la situación de desigualdad de las partes contratantes, lo cual justifica la limitación de la elección de la ley aplicable realizada por éstas (Delgado Barreto y Delgado Menéndez 2008:2233-2234). Incluso los partidarios de la autonomía de la voluntad reconocen que su buen funcionamiento en los contratos internacionales exige que ambas partes gocen de un poder de negociación igualmente fuerte, convirtiéndose, en el caso que falte esta premisa, en un instrumento peligroso en manos de una empresa poderosa que negocie con un consumidor o trabajador más débil.

El cuestionamiento de la función de conexión generalmente atribuida a la voluntad en el campo contractual, encuentra su fundamento en la voluntad del legislador nacional de contrarrestar la desigualdad de una de las partes del contrato en beneficio de la parte más débil, porque la celebración de este contrato no es el resultado de un concurso de dos voluntades igualmente libres. Ergo, **en aras de proteger a la parte débil de la relación contractual, se provoca un rompimiento de la neutralidad característica de la norma de conflicto.**

Sucede que, a través de una norma de conflicto especial relativa al contrato de trabajo o al contrato de consumo, se prevé la aplicación de leyes protectoras imperativas, las mismas que son normas objetiva e imperativamente aplicables, limitando y hasta dejando de lado la norma de conflicto general y, por tanto, la elección realizada por las partes respecto a la ley aplicable a

su contrato. La imperatividad de estas disposiciones es, sin embargo, relativa, porque el factor de conexión de la voluntad de las partes permite derogar el factor de conexión objetivo previsto por el legislador principal, cuando la elección de las partes ha recaído en una ley más favorable a la parte más débil de la relación contractual.

A diferencia del C.C. peruano y la CIDIP V de 1994, el Convenio de Roma de 1980 (arts. 5 y 6), el Reglamento Roma I de 2008 (arts. 6 y 8) y la Ley Japonesa de DIPr 78/2006 (arts.11 y 12), entre otros cuerpos legislativos, sí contienen normas de conflicto especiales relativas a ciertos tipos de contratos, donde se considera que hay una parte débil en la relación, como por ejemplo, los contratos de trabajo, los contratos de consumo, entre otros. Estos textos normativos parten de la premisa de que en este tipo de contratos las partes no tienen el mismo poder de negociación, por lo que se corre el riesgo de que el empleador en el primer caso y el empresario (que vende o presta sus servicios al consumidor), en el segundo, impongan la ley aplicable.

A efectos de proteger a la parte débil, algunos cuerpos normativos adoptan conexiones objetivas imperativas (como el principio de la territorialidad) para los contratos de consumo y para el contrato de trabajo, a través de normas de conflicto especiales orientadas a proteger a la parte débil de la relación contractual. A continuación presentamos los requisitos básicos que usualmente se requiere que presenten estos contratos para gozar de la protección de estas normas de conflicto especiales y también algunas de las fórmulas más usadas por los legisladores para la adopción de conexiones objetivas imperativas en los contratos individuales de trabajo y en los contratos de consumo, que son los dos tipos de contrato con relación a los cuales se registra un importante consenso a nivel internacional respecto a la necesidad de crear nuevas normas y recurrir a otros métodos que ayuden a “equilibrar” la balanza y aliviar el desnivel producido por la desigualdad de poder entre la partes contratantes. Estamos convencidos de que en un futuro próximo, otros contratos, entre ellos, todos los que califiquen como “de adhesión” y contengan “cláusulas generales” de las cuales una de las partes no pueda escapar, engrosarán la lista y se convertirán paulatinamente en objeto de protección de nuevas normas especiales de DIPr.

a. Contratos individuales de trabajo

La protección de la parte débil del contrato individual de trabajo, es la idea fuerza que inspira las normas especiales de DIPr contenidas en muchos cuerpos legales de fuente nacional, como la Ley de DIPr japonesa 78/2006 (art.12), e internacional, como el Convenio de Roma de 1980 (art. 6) y el Reglamento Roma I de 2008 (art. 8) (Delgado Barreto y Delgado Menéndez 2008: 2235). Aunque estos no contienen ellos mismos una definición del contrato de trabajo, puede inferirse del Informe Giuliano-Lagarde que se

trata de una noción autónoma, es decir extraída del sentido y fin de los artículos correspondientes. Según Virgos Soriano (1995: 174-178), se entiende por “**contrato de trabajo**” aquél referido a: (i) un servicio por cuenta y bajo la dirección de otro, (ii) a cambio de una remuneración, (iii) con las notas de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, cubriendo también las relaciones de trabajo de mero hecho. En todo caso, la definición de contrato de trabajo dependerá de la calificación que haga el ordenamiento del foro.

Las fórmulas usadas por los legisladores para la adopción de **conexiones objetivas imperativas en los contratos de trabajo**, son múltiples y variadas. Entre ellas cabe citar las más relevantes, que son aquéllas que han optado por las siguientes alternativas:

- (i) Adoptar el **lugar de ejecución** (o cumplimiento) del contrato para regir el contrato de trabajo en su conjunto (Fórmula propuesta en 1926 por la *International Law Association -I.L.A.-* en su sesión de Viena).
- (ii) Adoptar el lugar de ejecución (o cumplimiento) del contrato o el lugar de celebración para regir el contrato de trabajo en su conjunto, según cuál sea más ventajoso para el trabajador; salvo que la ley elegida por las partes **resulte más favorable para el trabajador**, en cuyo caso ésta será la aplicable (Fórmula consagrada por el Proyecto de Código de DIPr argentino, art. 80°).
- (iii) Adoptar el **lugar de ejecución** del contrato de trabajo para regir las cuestiones relativas **a su ejecución** y reservar la influencia de la **voluntad** para la designación de la ley aplicable a la **formación y ruptura del vínculo** contractual, que, en derecho interno, pertenece al derecho privado. (Fórmula propuesta en 1937 por L’Institute de Droit International -I.D.I- en su sesión de Luxemburgo, la misma que implica la desmembración del contrato).
- (iv) Adoptar la **ley del lugar que esté más estrechamente vinculada con el contrato de trabajo** como *lex contractus*, y **dejar de lado la elección** hecha por las partes, **solo cuando su aplicación sea solicitada por el trabajador**; se presume que el contrato de trabajo está más estrechamente conectado con la ley del lugar donde la labor debe llevarse a cabo conforme al contrato. En caso no pueda identificarse el lugar donde se realiza la prestación laboral, o en caso en el contrato no estuviera previsto que se desarrolle en un lugar determinado, se presumirá que está más estrechamente vinculado con la ley del lugar del establecimiento de la empresa a través del cual el trabajador fue contratado (Fórmula adoptada por la Ley Japonesa de DIPr 78/2006, art. 12).
- (v) Otros cuerpos normativos, como el Convenio de Roma de 1980, art. 6 y el Reglamento Roma I que lo sustituyó en el 2009, art. 8, optaron por **limitar o condicionar la elección hecha por las partes a que esta sea más favorable al trabajador**, es decir a

condición de que ésta no prive al trabajador de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley designada por los criterios de conexión objetivos, tales como: el lugar de ejecución del contrato (el país en el cual o a partir del cual el trabajador realice habitualmente su trabajo como señala el art. 8.2 del RRI), no considerándose que cambia el país de ejecución habitual de labores cuando el trabajador realice su trabajo de manera temporal en otro país; o el lugar del establecimiento del contratante (a través del cual haya sido contratado el trabajador), en caso que el lugar de ejecución habitual no pueda ser determinado, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato tiene vínculos más estrechos con un país distinto. Estas disposiciones imperativas, según el Informe Giuliano-Lagarde, son no sólo las relativas al contrato propiamente dicho, sino también a las disposiciones referidas a la seguridad e higiene en el trabajo e, incluso, los convenios colectivos que según el derecho del país objetivamente competente sean obligatorios para el empleador.

Como puede apreciarse, el criterio privilegiado para determinar la *lex contractus* en los contratos de trabajo es el del “**lugar de realización habitual de labores del trabajador**”. Aquí merece la pena detenernos un rato, pues hay jurisprudencia bastante reciente y muy interesante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (T.J.C.E) sobre este tema, donde además se pone énfasis en el matiz añadido por una precisión importante incorporada por el Reglamento Roma I, art. 8.2 (que entró en vigencia a finales del 2009) y que no estaba presente en el Convenio de Roma de 1980, al cual sustituyó.

A continuación presentamos brevemente la Sentencia del T.J.C.E del 18 de marzo de 2011⁸, donde el tribunal, a solicitud de uno de los Estados parte involucrados en el caso (la Corte de Apelaciones de Luxemburgo), emite una interpretación prejudicial respecto al art. 6, ap. 2, letra a) del Convenio de Roma de 1980, que era la norma vigente cuando se produjo el problema vinculado con la ruptura de un contrato individual de trabajo con elementos internacionales:

- (i) La sentencia versa sobre la consulta que se le hace al T.J.U.E. respecto a cómo interpretar el art. 6 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a los contratos individuales de trabajo, que ordenaba al juzgador descartar la ley elegida por las partes (Ley de Luxemburgo) cuando resultare más favorable al trabajador la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley aplicable a falta de elección.

⁸ Sentencia del T.J.C.E. del 15 de marzo de 2011, en el asunto C-29/10: Heiko Koelzsch y État du Grand-Duché de Luxemburg.

- (ii) La discusión, finalmente, quedó centrada en:
- 1° Determinar cuáles eran las disposiciones imperativas de la ley aplicable a falta de elección, vale decir: “cuál debía ser la ley competente en defecto de elección”; y
 - 2° De ser ésta la ley del lugar de ejecución habitual de las labores, decidir “cuál debía considerarse el país donde el trabajador realizaba habitualmente su trabajo”, cuando éste realizaba trabajo en varios Estados (transporte de mercancías a varios países).
- (iii) El Tribunal decidió que:
- 1° La norma de conflicto definida en el Convenio de Roma, vale decir, el artículo 6, apartado 2, letra a), que establece que el contrato de trabajo se rige por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que el trabajador lleve a cabo su prestación laboral en varios países, pero regrese sistemáticamente a uno de ellos, ha de considerarse que es en este último país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo.
 - 2° En estas circunstancias, el artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que el trabajador ejerza su actividad en varios Estados contratantes, el país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo con arreglo a la citada disposición, es aquél en el cual o a partir del cual, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.
- (iv) El TJCE funda su decisión en los propios fundamentos y razón de ser de las normas especiales de DIPr protectoras de la parte débil de la relación, en base al siguiente razonamiento que consideramos esencial citar, dado que ha sido **determinante en la consagración del método conflictual como nuevo instrumento de defensa de la parte débil de la relación contractual**:
- 1° El art. 6 del Convenio de Roma fue concebido para brindar una regulación más apropiada en las materias en que los intereses de una de las partes contratantes no se hallan en el mismo plano que los de la otra y garantizar así la protección adecuada de la parte que debe considerarse más débil social y económicamente en la relación contractual.
 - 2° Por tanto, dado que el objetivo del art. 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada del trabajador, dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que garantiza la aplicabilidad de la ley del Estado en el que éste ejerce su actividad profesional, en vez de la del Estado en que está establecido el empresario.

3° El criterio del país en que el trabajador «realice habitualmente su trabajo» debe aplicarse también cuando el trabajador ejerce su actividad en más de un Estado contratante, y cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto pueda determinar con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo.

4° Dicha interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos individuales de trabajo, introducida por el Reglamento n° 593/2008 (Roma I, art.8.2), que aunque no es aplicable en el caso de autos *ratione temporis*, debe tenerse en cuenta, pues la interpretación del art. 6 del Convenio de Roma debe inspirarse en los principios del *favor laboratoris*; que mandan proteger a las partes más débiles del contrato “por medio de normas de conflicto de leyes más favorables”.

5° Asimismo, atendiendo a la naturaleza del trabajo en el sector del transporte internacional, en el cual se enmarca el caso en cuestión, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, debe tener en cuenta el conjunto de las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador. De tal modo que, en particular, dicho órgano debe determinar: (a) En qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo; y también (b) Cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones.

b. Contratos de consumo.

Los contratos de consumo aluden normalmente a los contratos de suministro de bienes muebles corporales; suministro de servicios; financiación de dichos suministros; y de prestaciones combinadas de transportes y servicios (paquetes turísticos); excluyendo generalmente los de bienes inmuebles y los de bienes inmateriales.

La protección de la parte débil del contrato de consumo es también el eje que inspira las normas especiales de DIPr contenidas en muchos cuerpos legales de fuente nacional, como la Ley de DIPr japonesa 78/2006 (art.11), e internacional, como el Convenio de Roma de 1980 (art. 5) y el Reglamento Roma I de 2008 (art. 6). No obstante, éstos no protegen a todos los contratos concluidos por consumidores, pues su eje de protección son solo aquellos consumidores que se considera carecen de “capacidad de negociación”; ergo, su ámbito de protección, sólo alcanza a aquéllos que cumplen ciertas condiciones “materiales” y ciertas condiciones “especiales” o “internacionales” (Delgado Barreto y Delgado Menéndez 2008: 2237).

Existe consenso respecto a los requisitos o condiciones a ser cumplidos por los contratos de consumo, a efectos de que éstos gocen de la protección de las normas de conflicto especiales de DIPr protectoras de la parte débil de la relación, en este caso, de “el consumidor”; entre las más importantes están:

(i) Por el lado de “el consumidor”, se exige que:

1° Sea una persona que contrate sin una finalidad comercial, en otras palabras, que el contrato (sea de adquisición de bienes o servicios) sea para su uso y que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional. El Reglamento Roma I (art. 6.1) exige de manera expresa que el consumidor sea una persona física.

2° Sea un consumidor “pasivo”, es decir que no se haya desplazado del país de su residencia habitual para celebrar el contrato de consumo. En otras palabras, se requiere que el vendedor o suministrador haya recibido el encargo en el país de la residencia habitual del consumidor. En este grupo se encontrarían, en principio, muchos de los contratos celebrados a través de internet, que pueden, no obstante, presentar algunas particularidades y complejidades (Tovar Gil: 648-649). Por el contrario, no gozaría de esta protección especial el consumidor considerado “activo”, es decir aquél que se desplazan a otro Estado (distinto de su lugar de residencia habitual) para celebrar el contrato de consumo, y se le aplicaría, por tanto, las normas generales relativas a los contratos.

En suma, se brinda una protección especial al consumidor *sedentario* o sea, a aquél que permanece en su país de residencia y en él se ve involucrado en un contrato internacional sin tomar conciencia de ello; salvo que el consumidor viajara al extranjero a realizar el encargo a requerimiento y organización del vendedor, con la finalidad de incitar la venta.

(ii) Por el lado de la otra parte, “el profesional”, a quien también se llama operador económico (sea persona natural o jurídica), se exige que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, es decir que contrate con una finalidad comercial.

(iii) Por el lado de la operación misma, normalmente se requiere que ésta haya sido precedida de oferta previa o publicidad en el país de la residencia habitual del consumidor, habiéndose realizado en dicho país al menos los actos necesarios para la celebración del contrato.

Las fórmulas usadas por los legisladores para la adopción de conexiones objetivas imperativas en los contratos de consumo también son bastante variadas. Entre ellas cabe citar las más relevantes, las cuales han optado por las siguientes alternativas:

- (i) Adoptar la **ley del lugar de residencia habitual de "el consumidor"**, con la **condición de que éste coincida con el lugar donde "el profesional" ejerza sus actividades comerciales** o profesionales, o con el lugar donde por cualquier medio "el profesional" dirija sus actividades comerciales o profesionales a ese país o distintos países y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades. De no cumplirse alguna de las condiciones antes mencionadas, la ley aplicable al contrato entre "un consumidor" y "un profesional", se determinará de conformidad con las fórmulas previstas para la generalidad de los contratos donde se presume igualdad de condiciones entre las partes y prima, por tanto, como *lex contractus* la "ley elegida por las partes". (Fórmula adoptada por la Convención de Roma de 1980, art.5 y por el Reglamento Roma I de 2008, art.6).
- (ii) Adoptar la **ley del lugar de residencia habitual de "el consumidor"**, con la **condición de que éste manifieste** al operador económico (entiéndase profesional, sea persona natural o jurídica, que actúa con fines comerciales) **su voluntad de que se apliquen las normas imperativas de su residencia habitual**. (Fórmula adoptada por la Ley japonesa de DIPr 78/2006, art 11).

3.1.2. La atipicidad de la norma de conflicto especialmente protectora de la parte débil

- a. Caracteres atípicos de la norma de conflicto: la conexión subsidiaria de la voluntad frente a las normas de conflicto protectoras de la parte débil

La especificidad de las normas de conflicto protectoras de la parte débil de la relación, consiste esencialmente en la participación condicional de la conexión principal, dado que la voluntad ejerce su función de conexión a condición de no privar a la parte débil del contrato de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley aplicable que operarían en defecto de elección (en su calidad de conexión objetiva). Ello implica, que las **disposiciones imperativas (conexión objetiva) someten a la voluntad (conexión subsidiaria subjetiva) a un estado de dependencia**. De este modo, la conexión objetiva destrona a la voluntad de su función de conexión principal, esto es la residencia habitual del consumidor para el contrato de consumo; y el lugar donde el

trabajador desarrolla habitualmente su trabajo o el lugar de contratación del mismo para el contrato de trabajo.

No obstante, aun cuando, los factores de conexión objetivos operan imperativamente para garantizar la protección de la parte débil del contrato, su naturaleza no es *absolutamente imperativa*. Ello obedece al hecho de que el **factor de conexión subsidiario (la voluntad de las partes) permite derogar el factor de conexión principal (objetivo) cuando la elección de las partes ha recaído en una ley más favorable a la parte débil.**

b. La norma de conflicto especial y el quiebre de la neutralidad de la norma conflictual

La consecución de un objetivo de política legislativa de protección de la parte débil, vía la norma de conflicto especial, atenta contra la neutralidad de la norma de conflicto. Como bien señala el profesor francés Pommier (1992:172-177), **la norma de conflicto proyecta en el conflicto de leyes el principio de derecho interno del orden público social: la protección del trabajador y del consumidor, la misma que será garantizada en DIPr como lo es en derecho interno.**

En efecto, agrega Pommier (186-190), en presencia de una elección de las partes respecto a la ley aplicable al contrato, **la neutralidad de la norma de conflicto especial en relación con el fondo del asunto litigioso se ve socavada por la voluntad de los legisladores de proteger a la parte débil del contrato, haciendo que éste se beneficie de la ley más favorable entre las dos que tienen vocación de ser aplicadas: la norma sustantiva influencia la norma de conflicto.** El procedimiento implica comparar el contenido de la ley objetivamente competente (la normalmente aplicable en ausencia de elección de las partes) con aquél de la ley elegida, para darle competencia a aquella ley que proteja mejor a la parte débil; ello deroga el dogma de la regla de conflicto neutra.

c. Complicaciones en la determinación de la ley aplicable en presencia de una elección del derecho competente. La ley más favorable.

La libertad conferida al juez para determinar la ley más favorable a la parte débil en un contrato, le asegura una cierta flexibilidad al sistema de DIPr convencional, pero al mismo tiempo brinda una cierta imprevisibilidad a las decisiones judiciales.

La comparación deberá ser analítica y no cláusula por cláusula. Deberá hacerse en base a un conjunto de reglas agrupadas en función a una causa o finalidad común, que

puede conducir a la aplicación de disposiciones legislativas pertenecientes a dos leyes en conflicto. Según Virgos Soriano (1995:176-178) esa comparación **debe hacerse de forma que se respete la coherencia interna de las respectivas regulaciones**. Por ello, no debe hacerse tomando normas de uno y otro Derecho aisladamente consideradas, sino conforme a criterios sistemáticos, en cuanto integradas en institutos, regulativos análogos. En el caso del contrato de trabajo, se trata, pues, de una comparación por “institutos” (vacaciones, terminación del contrato, derechos en caso de enfermedad). La valoración debe hacerse de acuerdo con el interés individual del trabajador. Es decir, debe escogerse aquella ley que mejor respete la pretensión concreta del trabajador (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 391-393).

d. Alternativas de protección de la “parte débil” de la relación cuando no existen normas de conflicto especiales protectoras

Muchos cuerpos legales, tanto de fuente internacional (como la CIDIP V de 1994), como de fuente interna (como el C.C peruano de 1984), no contienen aún normas de conflicto protectoras de ciertas categorías sociales que se presume están en situación de desigualdad al momento de contratar y determinar la ley aplicable a su contrato, como los casos ya citados de trabajadores y consumidores. En estos supuestos, la alternativa será aplicar las normas del foro de protección al consumidor y trabajador o la del Estado que tenga una vinculación más estrecha con el contrato, como normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria e inmediata (normas de policía u orden público) que abordaremos en detalle en el próximo acápite (Tovar Gil: 649).

Por tanto, hoy, **para garantizar una mayor y debida protección a la parte considerada “débil” de una relación contractual**, frente a una parte “fuerte” que podría haberle “impuesto” la aplicación de una ley determinada, bajo el disfraz del “libre ejercicio” de la autonomía de la voluntad conflictual, **el DIPr trabaja con dos métodos y con dos tipos de normas: el tradicional método de las normas de policía**, llamado también **autolimitativo o exclusivista**, que trabaja con las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria e inmediata (normas de orden público en DIPr), y que Calvo Caravaca (2009:86-88) denomina **“protección sustancial”**; y **el método conflictual**, que se ha sumado a este propósito **mediante** la creación de **normas de conflicto especiales que protegen a ciertas categorías sociales consideradas parte débil de la relación**, que está en situación de desventaja frente a otra parte considerada más fuerte o poderosa, que también se conoce como **“protección conflictual”**. En síntesis, el DIPr del siglo XXI ofrece las siguientes alternativas de protección:

<p style="text-align: center;"><u>Protección conflictual:</u> <u>Con el método del conflicto de leyes</u> <u>A través de normas de conflicto</u> <u>especiales protectoras de la parte débil</u> <u>del contrato</u></p>	<p style="text-align: center;"><u>Protección sustancial:</u> <u>Con el método autolimitativo o</u> <u>exclusivista</u> <u>A través de normas</u> <u>internacionalmente imperativas (de</u> <u>policía u orden público-DIPr)</u></p>
<p>1. Consiste en dictar <i>normas de conflicto especiales</i> que acojan la autonomía de la voluntad conflictual <i>ad cautelam</i>; es decir, que esta solo sea posible cuando no prive a la parte contractualmente más débil de la protección jurídica que le hubiera dado el ordenamiento jurídico objetivamente aplicable en defecto de elección de la ley por las partes contratantes; éste normalmente es el del Estado de residencia habitual del consumidor (para los contratos de consumo) y del Estado del lugar de realización habitual de labores (para los contratos de trabajo).</p> <p>2. Por consiguiente, la autonomía de la voluntad conflictual que es la regla general para los contratos internacionales– sigue siendo la conexión principal para estos tipos contractuales. No se suprime, sino que su intervención queda condicionada a que la ley elegida contenga disposiciones más favorables para las personas protegidas (= que la autonomía conflictual no se emplee para “vaciar” el <i>ius cogens</i></p>	<p>1. Consiste, en esencia, en aplicar las <i>normas materiales del foro</i> (la <i>lex fori</i>) previstas para los supuestos internos también a los supuestos internacionales, en tanto su observancia un país considere <i>esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos fundamentales</i>, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, sin importar cuál fuese la ley aplicable al contrato (Reglamento Roma I, art. 9).</p> <p>2. Por consiguiente, las disposiciones protectoras de los trabajadores y consumidores, por los principios y derechos fundamentales que protegen, podrían considerarse <i>normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata</i> que deben extender su aplicación a las situaciones privadas internacionales de las que conocieran las autoridades o tribunales estatales, lo que significaría, por</p>

protector de la parte contractual más débil en cada uno de estos sectores sociales)(Calvo Caravaca 2009:88).

tanto, la exclusión de la aplicación de la ley elegida por las partes(Calvo Caravaca y Carrascosa González 2012:708).

3.2. Método autolimitativo o exclusivista de las normas de policía de aplicación inmediata, excepción de orden público en DIPr y cuestionamiento extrínseco del método del conflicto de leyes

El cuestionamiento extrínseco de la autonomía de la voluntad parte de la presencia de normas de policía que imponen conexiones imperativas absolutas por la función social que cumplen (normas o leyes de policía), la misma que determina su aplicación internacional necesaria e inmediata a las relaciones que caen bajo su dominio y el descarte de la ley elegida por las partes para regir su contrato.

El cuerpo legal que mejor define este tipo de normas es el Reglamento Roma I de 2008, art. 9, el cual las caracteriza de la siguiente manera:

“Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.”

Resulta muy importante encontrar un punto de equilibrio entre la facultad de una elección libre de las partes respecto a la ley aplicable a su contrato y el respeto a las disposiciones que rigen imperativamente el contrato. No obstante, **la elección de las partes no será tomada en consideración cuando atente contra disposiciones internacionalmente imperativas** (normas de policía u orden público en DIPr).

En el marco de la Convención de La Haya de 1955 (Primer Tratado Internacional exclusivamente sobre DIPr de los contratos), los Estados que lo ratificaron no entendieron al orden público solamente en base a su concepción clásica consistente en descartar la ley extranjera que resultó competente por remisión de la norma de conflicto del foro (excepción de orden público). El orden público también se entendió que autorizaba la aplicación de la *lex fori* - denominada norma de orden público- por su vocación normal de ser aplicada a los hechos litigiosos. Este razonamiento fue consagrado en la jurisprudencia, llevando a los jueces a la aplicación inmediata de la ley de foro sin pasar por la aplicación de la norma de conflicto.

Las Convenciones Internacionales más recientes, como: la Convención de La Haya de 1978 y la de 1986, la Convención de Roma de 1980 y el Reglamento Roma I, que la sustituyó en diciembre de 2009, son figuras emblemáticas de este equilibrio: la voluntad de las partes de escoger una ley aplicable a su contrato es cuestionada cuando comporta un atentado a la aplicación de normas de la ley del país que rige imperativamente la situación.

El **orden público internacional** conserva su efecto negativo tradicional de evicción (excepción de orden público) cuando se pone en acción el procedimiento mediato de la norma de conflicto, y **añade un efecto positivo en virtud del cual la aplicación de la *lex fori* podrá efectuarse inmediatamente** (por su vocación normal de ser aplicada a los hechos litigiosos), antes de la aplicación de la norma de conflicto (normas de aplicación necesaria e inmediata o autolimitativas), con lo cual **el orden público ejerce una función de conexión** (Delgado Barreto y Delgado Menéndez 2008: 2244-2250).

El razonamiento de la teoría de las normas de policía es en primer lugar inverso de aquél de la norma de conflicto: en lugar de partir de la relación jurídica internacional para determinar la ley competente entre las varias relacionadas al caso vía la norma de conflicto, **el juez partirá de la ley (de aplicación inmediata) para definir el dominio de aplicación que es necesario para asegurar la eficacia de su contenido.**

Si el juez considera que la *lex fori* tiene voluntad de ser aplicada y de comprender en su campo de aplicación los hechos litigiosos, ésta se aplica con exclusión a cualquier otra (inclusive de aquélla elegida por las partes) al problema jurídico en cuestión. Las normas de aplicación inmediata marcan entonces su afinidad con un sistema unilateralista.

Como destaca M. Graulich, las normas de aplicación inmediata, en consideración a su objeto y finalidad, predominan sobre las normas de conflicto en el ámbito donde éstas definen su dominio y se imponen sobre cualquiera que sea la ley aplicable al contrato (Pommier: 186-190).

3.2.1. Rasgos que distinguen a las normas de policía del foro

Entre los rasgos o características más importantes de la norma de policía destacan los siguientes:

- a. De observancia obligatoria para la salvaguardia de la organización política, social y económica del país

Estas normas, cuya existencia es admitida en general por la doctrina del DIPr, son, en palabras del profesor Boggiano, la manifestación más importante del intervencionismo estatal en el desarrollo de las relaciones internacionales ocurrido en el transcurso de estos años, y su observancia es necesaria para la salvaguardia de la organización política, social y económica del país. Estas leyes nacionales “de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria” obligan al juez a aplicar exclusivamente el derecho nacional y a excluir la ley extranjera. Estas normas se imponen independientemente de que afecten cuestiones en principio regidas por la ley designada por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad o por otra que resulte competente (Delgado Barreto y Delgado Menéndez 2008:79-85).

Como lo notaba M. Loussouan y Bourel (182), no hay diferencia entre la naturaleza de las normas de policía y las otras normas. En realidad la diferencia es sólo de grado, lo cual hace más difícil la tarea. Es una cuestión de medida. Además, **la determinación de cuáles son normas de policía es dejada al juez para su análisis caso por caso.**

Debe entonces descartarse toda sistematización fundada sobre criterios orientados a descubrir *a priori* cuáles normas encajan en la calificación de leyes de policía. De facto, esto significa para el justiciable una cuota de inseguridad, porque no conoce de antemano el dominio que las normas de policía han reservado a las normas de conflicto, ni tampoco, por ende, el alcance de su libertad para la designación de la *lex contractus*.

b. Internacionalmente imperativas de aplicación necesaria, inmediata y prevaleciente

Las **normas de policía**, también llamadas de seguridad y orden público, son aquellas normas de aplicación inmediata que **fuerzan la competencia del orden jurídico al que éstas pertenecen**, invadiendo la competencia del orden jurídico extranjero designado por la norma de conflicto. Son *reglas imperativamente aplicables al tráfico externo* que comprenden un ámbito bastante vasto de normas que protegen intereses de diversa naturaleza (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 388-389), representando aquellas disposiciones de la ley del foro, cuyo cumplimiento es tan importante para la sociedad estatal que les impide entrar en concurrencia con las leyes extranjeras. En otras palabras, las normas de policía son aquéllas cuya función social exige su aplicación necesaria e inmediata -exclusiva y excluyente- en los asuntos que caen bajo su dominio; de lo contrario, no podrían cumplir plenamente su propósito.

En el campo contractual las normas de policía, que concurren con la ley extranjera designada por la norma de conflicto, son bastante frecuentes y persiguen propósitos

diversos: protección de una categoría social presumiblemente débil (como el consumidor y el trabajador), protección de intereses generales o públicos, entre los que figura la lucha contra la inflación, pasando por la reglamentación de cláusulas de indexación, el respeto de la libertad de competencia, acuerdos de competencia, etc. Esta enumeración está muy lejos de ser exhaustiva.

- c. Preservan principios e intereses públicos estatales considerados básicos o fundamentales
No todas las disposiciones imperativas suplantarán, en derecho convencional, a la ley elegida por las partes para regir su contrato; sólo algunas de ellas tendrán este poder y éstas son **las normas de policía, también conocidas como normas de orden público que defienden principios fundamentales**. En consecuencia, el juez deberá tomar en cuenta acumulativamente, tanto la *lex contractus* como las normas imperativas de la *lex fori*. Aquí, el principal problema para el juez será el de identificar estas normas, diferenciándolas de las leyes imperativas aplicables a las relaciones internas. A tal efecto, el juez deberá considerar que las normas internacionalmente imperativas de aplicación inmediata, a diferencia de las imperativas de aplicación interna, tienen como único objetivo preservar ciertos intereses públicos estatales básicos o fundamentales (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 404-407).

A continuación presentamos un cuadro que sintetiza las características, rol e implicancias jurídicas más importantes del método autolimitativo o exclusivista y las normas de policía u orden público en DIPr con las cuales trabaja:

**El método autolimitativo o exclusivista
y el rol de las normas de policía (internacionalmente imperativas/orden público
en DIPr)**

1. Características y rol de la norma de policía u orden público en DIPr:

- a. Disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica.
- b. De importancia tal, que exige su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato, incluso aquella que hubiera sido elegida por las partes.
- c. Debe, por tanto, ser necesaria e inmediatamente aplicada a cualquier situación jurídica, inclusive a aquellas de carácter internacional.

2. Implicancias jurídicas de la intervención de las normas de policía:

- a. Son normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria que deben extender su aplicación a todas las situaciones privadas internacionales de las que conociera el

juzgador; quien debe, por tanto, excluir la aplicación de la ley elegida por las partes y aplicar las normas de policía en su lugar.

- b. Supone, entonces, la aplicación inmediata a los supuestos internacionales, de las normas materiales del foro (*lex fori*) previstas para los supuestos internos, cuando su observancia el país considere esencial para la salvaguardia de sus principios e intereses fundamentales.

En síntesis, podemos afirmar que:

1° Las normas de orden público en DIPr, también llamadas leyes de policía, rigen en principio de manera imperativa las cuestiones que caen bajo su esfera de influencia, independientemente de las estipulaciones contractuales y cláusulas de selección del derecho aplicable. En consecuencia, la coexistencia del método de las leyes de policía con el método del conflicto de leyes clásico del DIPr, implica la posibilidad de excluir del ámbito del derecho aplicable -determinado según este último- cuestiones específicas exclusivamente controladas por las leyes de policía. Ello significa que ciertos asuntos o aspectos litigiosos que en principio dependerían de la *lex contractus* -normalmente aquella elegida por las partes- quedarían gobernados exclusiva y necesariamente por las leyes de policía (Delgado Barreto, Delgado Menéndez, Candela Sánchez y Pejnovic Delgado 2015: 168-169; y Delgado Barreto, Delgado Menéndez, Candela Sánchez 2007: 404-407).

2° Existe consenso general en relación a: (i) la legitimación que tiene todo Estado para ejercer su facultad o potestad legislativa, de modo de extender unilateral y necesariamente la aplicación y vigencia de las normas imperativas propias a asuntos o controversias internacionales sobre la base de objetivos y valores considerados esenciales; y a (ii) la legitimación que tienen sus tribunales de justicia, competentes para resolver un caso vinculado con una relación privada internacional, para aplicar tales normas cuando se cumplen las condiciones de aplicación (Grigera 599-600).

3.2.2. Normas de policía del foro y normas de policía de otros ordenamientos vinculados al contrato

Dado que el contrato internacional presenta contactos y afecta a normas de varios países, que pueden o no coincidir con *lex contractus*, cabe preguntarse: ¿Qué normas imperativas debe el juez tener en cuenta y aplicar al caso *sub litis*?, ¿solo aquellas que corresponden a la *lex fori* o también aquellas que corresponden a los ordenamientos vinculados con el contrato? Efectivamente, el contrato internacional mantiene conexiones con diferentes Estados -p.e. con el país de conclusión o de ejecución del contrato- conexiones que pueden suponer que un tercer

país, distinto del foro y de la *lex contractus*, goce de un control efectivo sobre un aspecto del mismo que impone de hecho su legislación.

Es más, podría darse que algún aspecto de la relación se desarrolle en su ámbito afectando directamente intereses importantes para ese país; de allí que se considere válido que el juez que está conociendo el caso aplique normas de policía -de aplicación necesaria e inmediata- de otros ordenamientos jurídicos vinculados al contrato. Y para que no quede ninguna duda al respecto, la CIDIP V (art.11) y el Reglamento Roma I (art. 9) expresamente se pronuncian sobre este asunto y autorizan al juzgador a aplicar las leyes de policía de otros Estados, aun que, como nos dice Leible (230-231), se puede constatar interesantes diferencias entre ambos cuerpos legales internacionales, a saber:

- a. La CIDIP V de 1994, art. 11, párrafo 2, dispone que será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las normas de policía (normas internacionalmente imperativas) del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.
- b. El Reglamento Roma I de 2008, art. 9 (inc. 2 y 3), por su parte, establece lo siguiente:
 - (i) Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.
 - (ii) También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas **siempre que** dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

Garcimartín (405), en sus comentarios al artículo 9.3 del Reglamento Roma I, resalta dos particularidades importantes de este texto:

1° La terminología que emplea, “tener en cuenta” en lugar de “aplicar”, no es casual, sino tiene como finalidad dejar cierto margen de decisión al juez, quien podrá o bien aplicar la consecuencia jurídica privada prevista por la ley extranjera, o bien tener en cuenta ésta en el marco de *lex contractus*, para integrar conceptos como el de fuerza mayor, imposibilidad legal sobrevenida o causa ilícita, por ejemplo.

2° Limita el elenco de leyes que han de tenerse en cuenta: sólo las del país o países donde debe cumplirse alguna de las obligaciones del contrato, y siempre que dichas leyes conlleven la ilegalidad del cumplimiento del contrato. Además, el Reglamento ofrece ciertos criterios al juez para decidir si da efecto o no a esas normas, que son:

atender a su naturaleza y objeto, y también las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación.

Leible (229) nos ofrece un ejemplo muy ilustrativo de la aplicación de una norma de policía extranjera vinculada con el contrato. Sería el caso de una empresa alemana que celebra un contrato de compra-venta de modernos rifles automáticos con una empresa estatal libanesa. Los rifles son fabricados en Alemania y las partes elijen como *lex contractus* el derecho libanés. Sin embargo, el pacto de aplicación del derecho libanés no excluye la aplicación de la Ley alemana de control de armamento bélico, (como norma de policía extranjera), que somete la exportación a una autorización con independencia del derecho aplicable al contrato de compra-venta. Con ello, el ámbito de aplicación de esta norma se extiende a todo el armamento bélico situado en Alemania.

3.2.3. Normas de policía y la excepción de orden público

a. Orden público y excepción de orden público en DIPr. Principales caracteres e impacto

Resulta fundamental empezar recordando las particularidades tan importantes del concepto de orden público en DIPr, y para ello nada mejor que citar una resolución de la jurisprudencia española del año 1979 (Resolución de la D.G.R.N. del 06.04.79), donde el tribunal hace una caracterización del orden público y de la excepción de orden público en DIPr, con el objetivo de explicar y fundamentar por qué a su criterio ya no debía operar esta excepción (que venía siendo aplicada por los tribunales españoles) para impedir el reconocimiento en España de divorcios válidamente adquiridos en el extranjero, en un momento donde en ese país aún no se reconocía el derecho al divorcio. La sentencia describe con acierto los principales caracteres e impacto del orden público y de la excepción de orden público en DIPr, como sigue:

Principales caracteres e impacto del orden público y la excepción de orden público en DIPr

1. **Caracteres:**

- Variable
- Elástico
- Flexible
- Relativo

- Ligado a la concepción social y política de cada pueblo y momento histórico
2. **Universo que comprende:**
- **Principios** jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son **absolutamente indispensables** para la **conservación de un orden social en un pueblo y en una época determinada.**
3. **Impacto de su aplicación en la comunidad jurídica internacional:**
- Supone una quiebra a la comunidad jurídica universal; por ello, han de ser interpretados y aplicados restrictivamente.

b. Funciones del orden público en DIPr

El orden público en DIPr tiene dos funciones diferenciadas según el momento en que interviene. Éstas, como destacan y desarrollan los profesores Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez (2008: 79-85 y 337-340), se dividen en: función positiva y función negativa del orden público, que sintetizamos en el siguiente cuadro.

<u>Función positiva del orden público:</u> Aplicación necesaria o inmediata de las leyes de policía	<u>Función negativa del orden público:</u> Aplicación de la excepción de orden público
<p>1. Las normas de policía se aplican inmediatamente antes de la aplicación de la norma de conflicto, constituyendo un método concurrente al conflictual.</p> <p>Ergo, su aplicación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es independiente de la confrontación del contenido de una ley extranjera con la <i>lex fori</i>; - Implica que la norma de conflicto no ha entrado en juego, y que la <i>lex fori</i> se aplica en tanto norma internacionalmente imperativa. <p>2. Defiende una política legislativa o económica determinada que se</p>	<p>1. En el DIPr dicha excepción es parte de la lógica de la norma de conflicto, la misma que sería aplicada en ausencia de las normas de policía que regulan el asunto litigioso. Esta constituye el último eslabón, dado su carácter de correctivo excepcional que permite descartar la ley extranjera normalmente competente, cuando esta última contiene disposiciones cuya aplicación es inadmisibles por el tribunal que conoce el caso.</p> <p>2. Salvuarda los principios generales esenciales o</p>

<p>considera absolutamente fundamental.</p>	<p>fundamentales que preservan la comunidad jurídica, entre ellos, los fundamentos políticos y sociales de la civilización del foro y ciertas políticas legislativas nacionales que son considerados esenciales.</p>
--	---

La legislación peruana de DIPr de fuente interna, Libro X del C.C., sólo se refiere de manera expresa a la excepción de orden público (Art. 2049 y 2050 del C.C.), aunque ello no es óbice, ni impedimento, para que los jueces peruanos hagan valer la normas internacionalmente imperativas que reclamen su aplicación necesaria o inmediata a una relación contractual concreta.

La Convención Interamericana sobre contratos internacionales suscrita en México D.F. en 1994 (art. 11 y 18) y el Reglamento Roma I de 2008 (art.9 y 21), por su parte, sí consagran expresamente en sus textos, tanto la aplicación de las normas de policía como leyes de aplicación necesaria o inmediata y también la excepción de orden público en DIPr.

En este sentido, comentando el Reglamento Roma I, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (2013: 569), enfatizan que las normas imperativas de la *lex fori* están previstas en este Reglamento, a través de una doble vía: “*Por un lado, el artículo 21 establece la cláusula general de orden público, al prever que solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*”. Por su parte, el art. 9.1, ya citado, se refiere a las normas del foro de aplicación inmediata.

En este sentido, según se aprecia en las Convenciones recientes sobre contratos internacionales, podemos concluir que existen dos limitaciones a la autonomía de la voluntad referidas al orden público internacional del foro: un aspecto o efecto negativo tradicional, que funciona como señalara Alfonsín (1955: 561), como una excepción *a posteriori*, que sin obstar al funcionamiento de la norma conflictual impide la aplicación del derecho extranjero, si es violatorio del orden público del foro; y otro efecto positivo, donde el orden público funciona *a priori*, inmediatamente, vale decir antes del juego de las reglas de conflicto, generándose una función de conexión respecto a las normas de aplicación inmediata (Delgado Barreto y Delgado Menéndez 2008: 2244).

Ambos efectos son reconocidos y diferenciados en su aplicación por los tribunales que conocen los múltiples y variados casos de DIPr donde interfiere el orden público; así, por ejemplo, el tribunal argentino en un caso de sucesiones “Bayaud Enrique s/Sucesión” (1981), donde resultó aplicable una ley extranjera (la francesa), primero descartó la presencia e interferencia de normas de policía argentinas sobre la materia, que debieran ser necesariamente aplicadas al caso (función positiva), para luego pasar a descartar la aplicación de la excepción de orden público en DIPr (función negativa), en tanto consideró que la ley extranjera competente no vulneraba principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

c. Pautas para identificar las normas internacionalmente imperativas

Ahora bien, para identificar las normas de policía que deben ser necesariamente aplicadas, el juez deberá tomar en cuenta acumulativamente, tanto la *lex contractus*, como las normas imperativas de la *lex fori*. Aquí el principal problema para el juez será identificar estas normas, diferenciándolas de las normas imperativas aplicables a los casos internos. Por ello, es fundamental tener presente que las normas de aplicación inmediata que deben ser necesariamente aplicadas son aquellas que tienen como objetivo la preservación de ciertos intereses considerados básicos o fundamentales, constituyendo por tanto la expresión del interés público estatal (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 404).

Según releva Garcimartín (403), el art. 9.1 del Reglamento Roma I, que trata sobre la aplicación de las normas de policía, no permite invocar cualquier norma imperativa, sino únicamente las normas *ordo-políticas*, cuyo objeto es la tutela de intereses públicos o supra individuales, dando como ejemplos las que prohíben el tráfico de determinados bienes (drogas, armas, bienes culturales, etc.), las transacciones con determinados Estados (por ejemplo, los embargos internacionales), las que prohíben los contratos restrictivos de la competencia, etc.

Ahora bien, como refiriéramos en el acápite anterior, la naturaleza internacional del contrato determina que éste mantenga conexiones con varios Estados y, por ende, con varios ordenamientos jurídicos que pueden ser diferentes de la *lex contractus* y de la *lex fori*, tales como el país de conclusión o de ejecución del contrato; conexiones que pueden suponer que un tercer país, distinto del foro y de la *lex contractus*, goce de un control efectivo sobre un aspecto del mismo que le posibilite imponer de hecho su legislación. O que algún aspecto de la relación se desarrolle en su ámbito de

competencia, afectando directamente intereses importantes para ese país. En tales supuestos, la CIDIP V (art. 11, segunda parte) y el Reglamento Roma I (art. 9, inc. 2 y 3), facultan (no obligan) al juzgador a aplicar normas de policía -internacionalmente imperativas- de otros ordenamientos jurídicos vinculados al contrato, es decir, normas de policía extranjeras vinculadas a la relación contractual (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 404-406).

3.2.4. Normas de policía y límites a la autonomía de la voluntad en el sistema jurídico nacional peruano

El Código Civil peruano vigente de 1984 ha dado un tratamiento bastante pobre al tema de los límites de la autonomía de la voluntad en el Perú. A continuación, resaltamos algunas de las principales características y falencias de la normatividad interna peruana de DIPr sobre este importante asunto:

a. El Libro X del C.C. peruano y las excepciones a la aplicación de la ley extranjera declarada competente

El Libro X del C.C., como señaláramos en el acápite anterior, sólo se refiere de manera expresa, y además con redacción poco feliz, a la excepción de orden público en DIPr (Art. 2049 y 2050 del C.C.); a través de dos artículos:

(i) El art. 2049, el cual, en realidad contempla dos tipos de excepciones; éste refiere a la exclusión de la aplicación de la ley extranjera cuando ésta sea incompatible con:

1º El “orden público internacional”, que es un término bastante impreciso, que convendría aterrizarlo, haciendo referencia concreta a los principios e intereses fundamentales que protege.

2º Las “buenas costumbres”, que es un concepto demasiado abstracto y particularmente peligroso por lo subjetivo y arbitrario que puede llegar a ser al momento de su definición frente al caso concreto; su carácter arbitrario e indefinible hace de esta excepción un instrumento de mucho cuidado por la inseguridad de su desenlace, que pone en riesgo la seguridad jurídica en el campo contractual. Por ello, deberíamos eliminarla como excepción a la aplicación de la ley extranjera, como lo han hecho otros países.

(ii) El art. 2050, que refiere a las condiciones para el reconocimiento en el Perú de la eficacia de un derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, exigiendo las siguientes condiciones:

1° Que el derecho haya sido adquirido de manera regular al amparo de un ordenamiento extranjero competente según las normas peruanas de DIPr; esta exigencia es un despropósito, porque lo que interesa es que la situación jurídica haya sido válidamente creada en un Estado extranjero de acuerdo, no con la ley peruana de DIPr, sino con las leyes con las cuales tenía una conexión al momento de su creación. Este es el tenor de las normas (art. 7) de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de Montevideo de 1979 (CIDIP II), ratificada por el Perú en 1980.

2° Que estos derechos no sean incompatibles con el orden público internacional, y tampoco con las buenas costumbres. Al respecto, nos remitimos a nuestro comentario anterior sobre el art. 2049, que se aplican perfectamente al presente artículo.

Por ello, deberíamos hacer ajustes y modificaciones al Libro X del C.C., que lleven a eliminar la excepción de las “buenas costumbres”; y aterrizar la referencia del C.C. a la excepción de orden público en DIPr, aclarando que ésta sólo involucra supuestos de violación manifiesta de principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro y eliminando en el caso de los derechos adquiridos, la errónea referencia a las normas de DIPr peruanas. En el próximo capítulo presentaremos nuestra Propuesta de modificación normativa sobre este importante tema.

b. El Libro X del C.C. peruano y las normas internacionalmente imperativas

El Libro X del C.C. tampoco no tiene una disposición que consagre de manera clara la aplicación de las normas de aplicación necesaria o inmediata. Sólo tiene un artículo, el 2096, que trata de establecer algunas limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad, vinculado con la presencia de normas imperativas, bastante inadecuado y cuestionable, el cual dispone que: *“La ley competente de conformidad con lo dispuesto en el art. 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites a la autonomía de la voluntad”*.

Como puede apreciarse, este texto presenta algunos problemas y ambigüedades que deben ser rectificadas. Coincidimos con la reflexión del profesor Delgado Barreto (2015: 327-346), quien nos comenta lo siguiente:

- (i) Si tomáramos textualmente el artículo citado, los únicos límites a la autonomía de la voluntad serían las normas imperativas de la *lex causae*, es decir, de la ley elegida por las partes, o de la ley subsidiaria -a falta de elección o si ésta resultara ineficaz- que sería la ley del lugar de ejecución de la obligación principal, y en caso de no poder ser determinada ésta, la ley del lugar de celebración.

- (ii) No obstante, ello no podría significar que se dejen de lado o se pasen por alto las disposiciones internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro peruano (la *lex fori*).
- (iii) Al respecto, nos recuerda el profesor Delgado Barreto, los comentarios de la profesora Revoredo (1985) respecto al art. 2096; en éstos ella resalta que la posibilidad de elección de las partes requiere siempre de una ley previa (como lo anticipara Von Bar), que a la vez de facultar, también determine sus límites, concluyendo que la imperatividad de las normas no debe corresponder de una manera exclusiva a las leyes imperativas de la ley elegida por los contratantes, sino también que éstas deberán observar acumulativamente las normas internacionalmente imperativas del foro.
- (iv) Adicionalmente, nos dice el profesor Delgado, es preciso considerar lo señalado por Pommier (186-190), con referencia al objetivo perseguido por la doctrina y la legislación al abordar este tema. Al respecto, nos dice, éstas han buscado encontrar un punto de equilibrio entre la facultad de libre disposición de las partes de la ley aplicable a su contrato y el respeto a las disposiciones que rigen imperativamente el contrato, con la finalidad de conciliar los intereses legítimos de los agentes del comercio internacional, como de los Estados e, incluso, de los terceros.
- (v) Finalmente, teniendo en cuenta que se trata de contratos internacionales, debemos ser muy precisos en señalar que el límite de la autonomía de la voluntad no debe incluir a todas las normas imperativas del foro, sino exclusivamente aquéllas que tienen carácter de normas de policía o de aplicación necesaria del C.C. Asimismo, creemos que debería darse discreción a los jueces del foro para aplicar, cuando lo consideren pertinente, las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

Por todo ello, resulta fundamental formular ajustes a la normativa peruana sobre estos temas. Precisamente, la importancia del asunto y la necesidad de tener la mayor claridad posible respecto a la aplicación de las normas internacionalmente imperativas y la excepción de orden público en DIPr, llevó a que los principales expertos esta materia del país, entre ellos los profesores de DIPr de la Pontificia Universidad Católica del Perú y especialistas de otras facultades de derecho del país, vengán trabajando propuestas de modificación al Título I del Libro X del Código Civil, que incluyan ajustes a lo ya existente y la inclusión de nuevos artículos respecto a las limitaciones a

la autonomía de la voluntad conflictual; nuestra propuesta será materia del próximo capítulo.

3.2.5. Posibilidad de aplicación conjunta de las normas de policía del foro y la ley de autonomía de la voluntad

Las normas de policía del foro no regirán necesariamente el contrato *in globo*, sino que pueden regir sólo algunos de los diferentes asuntos litigiosos, aquéllos que entran en su dominio de aplicación. Para los otros asuntos, se aplicará la ley elegida por las partes, en tanto ley del contrato. Solo en algunas hipótesis la norma de policía del foro podría absorber enteramente el contrato, descartando la competencia de la ley contractual.



<u>CAPÍTULO 4:</u>	<u>PROPUESTA DE ADECUACIÓN NORMATIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES</u>
---------------------------	---

Índice del Capítulo:

- 4.1. Normatividad peruana vigente relativa a la determinación de la *lex contractus*
- 4.1.1. Normas peruanas de fuente interna
- 4.1.2. Normas peruanas de fuente internacional
- a. Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889
 - b. Tratado de la Habana o Código Bustamante de 1928
 - c. Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de Montevideo de 1979
 - d. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980
- 4.2. Propuesta de adecuación normativa del derecho peruano relativo a la determinación de la *lex contractus* y a los alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad de las partes
- 4.2.1. Propuesta de ajustes al Libro X del Código Civil peruano en lo relativo a las normas que regulan y tienen incidencia respecto a la ley aplicable a los contratos
- 4.2.2. La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 (CIDIP V) y la relevancia de su incorporación al ordenamiento jurídico peruano
- a. Innovaciones más importantes de la CIDIP V en el ámbito del derecho aplicable a las contrataciones internacionales a nivel interamericano
 - b. Ventajas principales de su incorporación al ordenamiento jurídico peruano

Desarrollo del Capítulo:

Como nos recuerda Boggiano (1995: 39-41), hoy es un hecho la admisión a nivel mundial del principio de autonomía de las partes, logro esencial de la contratación internacional del siglo XX. No obstante, el siglo XXI nos impone un nuevo reto en la región: la consolidación del

principio de autonomía de las partes en el ámbito latinoamericano y en su relación con otros ámbitos, a efectos de poder garantizar una reglamentación universal uniforme.

Al igual que los demás Estados miembros de la OEA, Perú debe aprovechar las ventajas del principio de autonomía de las partes y, sobre la base de este principio, perfeccionar y armonizar el tratamiento que confiere al tema del derecho aplicable a los contratos en dos niveles: a nivel de sus normas jurídicas de fuente interna y a nivel de sus normas jurídicas de fuente internacional; trabajo que pasa necesariamente por precisar y armonizar los alcances y límites de la autonomía de las partes; estos últimos deben fundarse necesariamente en la aplicación de normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata y sobre la defensa de principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, y no en las normas imperativas internas que se aplican solo para los contratos domésticos o locales; únicamente así la autonomía sirve a la armonía internacional de las soluciones.

El análisis de las tendencias del DIPr contemporáneo, en contraposición con aquéllas que le precedieron, tanto de la doctrina, como de la legislación y jurisprudencia comparada, efectuado en los capítulos precedentes, nos ha permitido conocer y acceder a las distintas fórmulas modernas consagradas por la doctrina, jueces, y cuerpos legales de fuente nacional e internacional, respecto a la autonomía de la voluntad, la *lex contractus* y las normas internacionalmente imperativas. También nos ha facilitado la comparación de las opciones legislativas empleadas por las leyes extranjeras y convenciones internacionales contemporáneas con la legislación peruana de DIPr sobre *lex contractus*, con miras a identificar las modificaciones que convendría incorporar para optimizar la legislación peruana sobre el tema.

Por ello, a la luz de las tendencias y fórmulas doctrinarias y legislativas prevalecientes en el siglo XXI, en el presente capítulo de la tesis, también capítulo final de nuestro trabajo de investigación, sobre la base de las características y particularidades de la normatividad peruana vigente, formulamos recomendaciones y propuestas puntuales de reforma legal orientadas a armonizar y mejorar nuestra legislación respecto a la autonomía de la voluntad, *lex contractus* y limitaciones vinculadas con la defensa de principios fundamentales del foro, y por ende, a dotar al Perú de un marco jurídico más coherente, moderno y previsible que ofrezca mayor seguridad jurídica a la contratación internacional.

4.1. Normatividad peruana vigente relativa a la determinación de la *lex contractus*

4.1.1. Normas peruanas de fuente interna

La norma de DIPr peruana -art. 2095 del C.C.- que consagra la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable a sus contratos data de 1984; en su momento fue una norma de avanzada que consagró una autonomía de la voluntad de alcance amplio, al no exigir que la ley elegida por las partes tenga una vinculación con el contrato. No obstante, tiene algunas omisiones e imprecisiones, que consideramos importante revisar, analizar y subsanar, a partir del trabajo de investigación de la presente tesis y a la luz de los cuerpos jurídicos más modernos. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, los siguientes asuntos no mencionados ni abordados de manera explícita:

- (i) La posibilidad que la elección sea tácita y no necesariamente expresa, aunque sí indubitable, dado que hoy el artículo 2095 del C.C., a diferencia del artículo 57 de la Ley de Arbitraje peruana (D. Leg. 1071), solo permite elección expresa;
- (ii) La posibilidad de variar la ley pactada, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros, dado que la norma peruana, si bien no lo prohíbe, guarda silencio sobre este asunto;
- (iii) La posibilidad de pactar más de una ley aplicable pero a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*); asunto que si bien tampoco prohíbe la norma peruana, también omite aludir;
- (iv) La posibilidad de contemplar nuevos factores de conexión a falta de elección de las partes y eventualmente de diferenciarlos por tipo de contrato; dado que actualmente el artículo 2095 del C.C., a diferencia del artículo 57 de la Ley de Arbitraje, que deja en libertad a los árbitros para determinar la *lex contractus* en función del derecho que consideren más apropiado para el caso concreto, impone factores de conexión subsidiarios (lugar de cumplimiento y, en su defecto, lugar de celebración del contrato).
- (v) La determinación y precisión del alcance del orden público en DIPr -“orden público internacional”- es también un asunto pendiente en la norma interna peruana que debe ser atendido, pues constituye un limitante por excelencia de la autonomía de la voluntad, al ser la expresión del conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento social, político, económico y cultural que fundamentan una sociedad en un momento histórico determinado. La norma peruana solo alude a la función negativa del orden público en DIPr (excepción de orden público) como actualmente sucede en el Libro X del C.C. (artículo 2049 y 2050); sin embargo, también debe aludir a su función positiva, que supone la necesaria intervención de las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata que defienden intereses vitales de los ordenamientos jurídicos involucrados.
- (vi) La incorporación de normas de conflicto particulares, es otro asunto clave que requiere atención del DIPr peruano; en tanto son normas complementarias a la

fórmula general del artículo 2095 del C.C, para ciertos contratos especiales donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger -p.e. contratos de trabajo y de consumo-. Ello ya ha sido contemplado por cuerpos legales modernos, pero está pendiente en el Libro X de DIPr del C.C. peruano, que solo contiene una norma de conflicto (art. 2095) que, de manera general, trata sobre la determinación de la ley aplicable a todos los contratos y otra adicional (art. 2096) que refiere de manera poco adecuada a los alcances de la *lex contractus*.

Como puede verse, en el Perú se ha consagrado normas de conflicto distintas y fórmulas diferentes para la determinación de la ley aplicable al contrato, dependiendo de si es el juez peruano o un árbitro quien está conociendo del caso. Por tanto, las normas peruanas de fuente interna, no sólo requieren ajustes, precisiones e incorporaciones, sino también un necesario trabajo de armonización y compatibilización. Por ello, en el presente capítulo se formulan recomendaciones y propuestas concretas de ajuste normativo al derecho peruano sobre ley aplicable a los contratos, para un tratamiento más moderno y uniforme de la regulación de la *lex contractus*.

4.1.2. Normas peruanas de fuente internacional que versan sobre ley aplicable a los contratos internacionales

Actualmente existen importantes convenios internacionales que regulan la ley aplicable a los contratos internacionales. A nivel de los países de la Unión Europea tenemos el Reglamento Roma I, que en el año 2009 sustituyó al histórico Convenio de Roma de 1980, que marcó la consagración de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes -de alcance amplio- y es hasta hoy un referente en el campo de la contratación internacional del siglo XXI.

A nivel de americano (Estados parte de la OEA), tenemos la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, fruto de la Conferencia interamericana de DIPr realizada en México ese mismo año, la que contó con las participación de una multiplicidad de países de la región, entre ellos el Perú. Lamentablemente, a la fecha, nuestro país no se encuentra aún ni entre los países suscriptores, ni entre los ratificantes de la referida Convención. A nivel de las Convenciones interamericanas que tendrían vinculación puntual con el tema de la *lex contractus*, como veremos más adelante, el Perú ha suscrito y ratificado solo la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de 1979 (Montevideo), donde se consagra la intervención del orden público en DIPr como limitante de la

aplicación de la ley extranjera, que en el campo contractual sería en principio aquella elegida por las partes.

Adicionalmente, el Perú ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de Mercaderías de Viena de 1980, la cual no es un instrumento internacional que contiene normas de conflicto sobre determinación de la *lex contractus*, sino más bien un cuerpo legal que crea derecho material y solo en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías, y, como su mismo texto lo indica, se orienta exclusivamente a regular la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador partes de este contrato.

Por tanto, el Perú no cuenta entre sus normas de DIPr de fuente internacional con convenios internacionales modernos especializados que regulen el derecho aplicable a los contratos internacionales. Los dos grandes tratados de DIPr vigentes para el Perú que abordan el campo relativo a la ley aplicable a los contratos son: el Tratado de Montevideo de 1889 y el Tratado de la Habana o Código Bustamante de 1928; estos son convenios muy antiguos que versan sobre una gama demasiado vasta de campos y temas y que además datan de fines del siglo antepasado en el primer caso y de principios del siglo pasado en el segundo⁹. Ello explica por qué ninguna de ellos ha reconocido de manera explícita, abierta y clara el principio de autonomía de las partes, que es la primera de las dos corrientes que, según explicamos en el capítulo 2, existen hoy en el mundo respecto de la manera de determinar la ley aplicable a un contrato.

Por el contrario, ambos Tratados parecen adherirse a la segunda corriente, que predominó en el mundo hasta los años ochenta del siglo pasado, la misma que si bien no rechaza la autonomía de la voluntad conflictual de las partes, no llega a darle un reconocimiento abierto, mostrando así una postura ambigua y poco clara al respecto, que no es más que el reflejo del proceso embrionario de maduración que se venía gestando en aquel entonces respecto del reconocimiento y alcances del principio de autonomía. Ambos Tratados no son más que expresión del conjunto de ambigüedades y reticencias existentes en el momento de su elaboración y aprobación respecto a este importante tema. A continuación presentamos un somero análisis de los Tratados más importantes ratificados por el Perú que versan de alguna u otra manera sobre la ley aplicable a los contratos.

⁹Perú y Bolivia son los únicos Estados que han ratificado ambos tratados.

a. Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889¹⁰

Este Tratado fue aprobado durante la reunión del Primer Congreso Sudamericano de DIPr celebrada en Montevideo en 1889, y se encuentra ratificado por el Perú, al igual que por muchos otros países de la región. Este cuerpo internacional dedica sus artículos 32 al 39 a la ley aplicable a los contratos internacionales. A primera vista, pareciera que el Tratado niega a las partes la elección de la *lex contractus*, y que más bien les impone la ley del lugar de cumplimiento.

Sin embargo, de las Actas del Congreso de Montevideo, nos dice la profesora Revoredo (1994: 234), puede inferirse que los delegados de los países americanos tuvieron la intención de conceder a las partes una amplia autonomía de la voluntad para la designación de la ley rectora de su contrato. El profesor Boggiano (1995:15) comparte esta misma lectura y nos recuerda al respecto la opinión de un prominente jurista que fuera miembro informante de la Comisión de Derecho Civil del Congreso Internacional Sudamericano, responsable de elaborar el texto del Tratado de 1889, el doctor Manuel Quintana. Según consta en las actas de la Comisión (Actas del Congreso: 474-483), el Dr. Quintana en el seno de la citada Comisión, representando la opinión en mayoría, expresó que los fundamentos de las soluciones del Tratado sobre los actos jurídicos se orientan en sentido favorable al principio de autonomía de las partes. En el mismo sentido, al referir a las reglas sobre ley aplicable a los contratos consagradas en el Tratado, se dejó constancia en actas respecto de la inclinación favorable respecto a la autonomía de la voluntad, al establecer que: *“Cuando las partes, renunciando a su libertad de acción, no hayan fijado expresa ni tácitamente la ley a que desean someter sus estipulaciones, entonces la autoridad debe intervenir, a título soberano, para designar esa ley...”* (Actas del Congreso: 474).

Por tanto, si bien la autonomía de la voluntad es un tema no previsto en el Tratado, debido a la época en que fue elaborado, suscrito y ratificado, concordamos con los profesores Tovar Gil (641) en que su utilización no contraviene ni se opone a sus normas, por lo que es factible considerar a la voluntad de las partes como factor de conexión válido, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de los países americanos se inclina por esta tesis en su DIPr interno. Ergo, la referencia que hace el Tratado (art. 33) a la aplicación de la ley de cumplimiento como rectora del contrato

¹⁰Ratificado por seis países de América Latina: Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

sería solamente a título de factor subsidiario en defecto de elección de las partes de la *lex contractus*.

El Protocolo Adicional al Tratado de Montevideo de 1889 también reconoce en su texto la intervención de orden público para limitar o rechazar la aplicación de ley extranjera cuyo contenido contraviene las normas del foro de necesaria aplicación, pero lo hace sin efectuar mayor precisión respecto al ámbito y alcances de protección del orden público en DIPr, como sí lo hacen otros cuerpos internacionales más modernos como el Reglamento Roma I (art. 9), que realizó un esfuerzo por precisar los criterios que deben servir para identificar las normas de policía de aplicación necesaria o inmediata que protegen intereses vitales o esenciales del país invocado. El referido Protocolo prescribe en su artículo 4 que: "*Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público, o las buenas costumbres del lugar del proceso.*"

b. Tratado de La Habana o Código Bustamante de 1928¹¹

Este Código fue aprobado durante la Sexta Conferencia Panamericana de DIPr realizada en La Habana en 1928, y se encuentra también ratificado por el Perú, al igual que por muchos otros países de Latinoamérica. En su título IV contiene normas de vinculación en materia de obligaciones y contratos internacionales. La profesora Revoredo (1994: 234) denota que a primera vista, el texto del Código pareciera también imponer a los contratantes una ley determinada: la ley personal común, y en su defecto, la del lugar de celebración. No obstante, como resalta el profesor Boggiano (1995:16), el propio gran autor del Código Bustamante, cuyo apellido dio nombre al referido Tratado, el doctor Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, expresó que su proyecto reconocía a las partes contratantes autonomía de la voluntad, es decir facultad de elegir la ley rectora de su contrato internacional.

Por tanto, si bien ninguna de las normas del Código, refiere de manera expresa a la autonomía de la voluntad, tampoco existe alguna que prohíba la elección por las partes de la ley aplicable al contrato. Y al igual que el caso del Tratado de Montevideo de 1889, siguiendo la tendencia prevaleciente de los países del continente, consideramos factible que la autonomía de la voluntad sea considerada como factor de conexión válido en el marco de los países firmantes del Código Bustamante, dado que éstos se inclinan por esta tesis en su DIPr interno (Tovar Gil: 641).

¹¹Ratificado por quince países de América Latina: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

En este mismo sentido se pronuncia la profesora Albornoz (2008), al comentar el texto de este importante Tratado, señalando que la ausencia de una norma general que expresamente acepte la autonomía de la voluntad conflictual, no debería llevarnos a interpretar como un rechazo al principio de autonomía. Por el contrario, resalta Albornoz, tres de los artículos de este Código relativos a contratos y también los relativos a la elección del tribunal competente, son indicios de que la autonomía sería admitida:

- (i) El artículo 184¹², que alude al supuesto en que se discute cuál es la ley del contrato y ésta deba resultar de la voluntad tácita de las partes.
- (ii) El artículo 185¹³, relativo a los contratos de adhesión, que refiere a la voluntad expresa o tácita respecto de la ley aplicable al contrato.
- (iii) El artículo 186¹⁴, que establece el derecho aplicable incluso "para el caso previsto en el artículo anterior"; y
- (iv) Los artículos 318¹⁵ y siguientes, que consagran bajo ciertas condiciones el pacto de prórroga de jurisdicción o sumisión por las partes a un juez determinado. La profesora Albornoz considera que dado que el contexto jurisdiccional incide en la determinación de la ley aplicable al caso iusprivatista multinacional, es posible interpretar que —indirectamente— se autorizaría una elección del derecho aplicable.

Lo cierto es que a pesar de su compleja, minuciosa y casuística reglamentación (art. 164 y 222), como puntualizan los profesores Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez (2007: 395), que lo hace denso y para algunos "enigmático", como recuerda Boggiano (16) al citar a Rabel, la inspiración que tuvo el Código en la obra de Mancini, hace presumir la admisión de la autonomía conflictual de las partes. Incluso,

¹² El artículo 184 del Código Bustamante establece que: "La interpretación de los contratos debe efectuarse como regla general, de acuerdo con la ley que los rija. Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad"

¹³ El artículo 185 del Código Bustamante establece que: "Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara".

¹⁴ El artículo 186 del Código Bustamante establece que: "En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración".

¹⁵ El artículo 318, primer párrafo del Código Bustamante establece que: "Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos, por lo menos, sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario".

opina Boggiano (16), que todos los límites que imponen los diversos artículos de este Tratado, hacen presumir la admisión del principio de autonomía antes que su negación.

Respecto a la intervención del orden público en DIPr contemplada en el Código Bustamante, ésta se encuentra regulada en sus artículos 8 y 175. El art. 175 del Código prescribe que son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarios a las leyes, a la moral y al orden público. Por su parte, el art. 8 del mismo Código ordena que los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este cuerpo legal tengan plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que una regla del orden público internacional se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias. No obstante, igual que en el caso del Tratado de Montevideo, el texto del Código también está teñido de vaguedad, pues no hace precisión alguna que aterrice y ayude a delimitar el ámbito de protección del orden público en DIPr, también llamado orden público internacional.

c. Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de Montevideo de 1979 (CIDIP II)¹⁶

Esta Convención, ratificada por el Perú el 4 de setiembre de 1980, y que entrara en vigor para el Perú el 6 de octubre de 1981, en sus artículos 5 y 7¹⁷, consagra la excepción de orden público como instrumento para la inaplicación de la ley extranjera en principio competente, que en el campo contractual es la ley elegida por las partes, cuando el juzgador considere que ésta es manifiestamente contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. También consagra el reconocimiento en los Estados Partes de las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero (derechos adquiridos), siempre que éstas no sean contrarias a los principios esenciales del ordenamiento jurídico del juzgador que conoce del caso.

Al respecto, resulta importante y pertinente citar la precisión y declaración hecha por Uruguay al firmar la Convención (Registro de firmas B-45 de 05/08/79) y dar su voto afirmativo sobre la fórmula de la CIDIP II relativa a la excepción de orden público

¹⁶Ratificada por diez países de América Latina: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹⁷ El art. 5 de la CIDIP II establece que: "La ley declarada aplicable por una Convención de DIPr podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público." Por su parte el art. 7 de la misma CIDIP II prescribe que: "Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público".

(art.5 y 7); ésta refleja la necesidad de contar con un texto que aterrice mejor y de manera más explícita y puntual qué debe entenderse por orden público. El país gauchó manifestó al respecto que deseaba dejar expresa y claramente señalado que:

- (i) La referida excepción se refiere al orden público internacional, que no debe ser identificado con el orden público interno de cada Estado.
- (ii) Por tanto, concluyó, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los Estados Partes para que de manera no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales del orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.

d. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980¹⁸

Esta Convención, de fecha 11 de abril de 1980, cuenta con ochenta y tres Estados parte de todo el mundo, entre ellos el Perú, que ratificó esta Convención el 18 de febrero de 1999 (D.S. 11-99-RE, que determinó su entrada en vigor el 1 de abril de 2000). Esta, a diferencia de los Tratados de Montevideo de 1889 y de La Habana de 1928, no es un instrumento internacional que contiene normas de atribución (normas de conflicto), sino más bien es un cuerpo legal que crea derecho material en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías, orientado exclusivamente a regular la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador partes de este contrato (art. 4, primera parte) (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez 2007: 406 - 407).

Como bien resalta la profesora Alborno (2008), la Convención de Viena es un instrumento de derecho uniforme que: (i) contiene normas materiales, que fueron concebidas teniendo en cuenta la naturaleza internacional del contrato de compraventa; y que (ii) consagra la supremacía de la voluntad de los contratantes, quienes quedan facultados por la Convención (art. 6)¹⁹ a excluir la aplicación de esta Convención, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones, o modificar sus efectos. Por tanto, las normas convencionales son dispositivas y pueden ser excluidas y/o modificadas total o parcialmente por los contratantes. Por ello, como

¹⁸ Ratificada por ochenta y tres países de los cinco continentes.

¹⁹ El art. 6 de la Convención de Viena de 1980 señala que: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o... establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos".

señala Boggiano (1995: 82), la Convención constituye fundamentalmente un modelo para las partes en las compraventas internacionales.

4.2. Propuesta de adecuación normativa del derecho peruano relativo a la determinación de la *lex contractus* y a los alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad

4.2.1. Propuesta de ajustes al Libro X del Código Civil (C.C.) peruano en lo relativo a las normas que regulan y tienen incidencia respecto a la ley aplicable a los contratos

a. Propuesta relativa a la posibilidad de voluntad expresa o tácita:

El C.C. peruano (art. 2095), a diferencia de la Ley de arbitraje peruana (art. 57) exige que la elección sea expresa, no admitiendo la posibilidad de que la elección sea tácita. Hay cuerpos legislativos como el Convenio de Roma de 1980 (art. 3), el Reglamento Roma I de 2008 (art.3.1), que lo sustituye desde su entrada en vigencia el 17 de diciembre de 2009 (art. 3), la CIDIP V de 1994 (art. 7), el nuevo Libro de DIPr del C.C. argentino (art. 2651) -modificado por Ley N° 26.994 del 01.10.2014-, el Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay de 2013 (art. 48.3 y 49), entre muchos otros, que permiten que la elección de las partes de la ley aplicable sea hecha de forma expresa o resulte inequívocamente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (elección tácita), es decir de manera indubitable.

El C.C. peruano tampoco precisa, como sí lo hace la mayoría de los textos antes citados: (i) que la selección que realicen las partes respecto del derecho competente debe entenderse referida a sus normas materiales y no a las normas de conflicto; ni (ii) que la elección de la ley aplicable no debe confundirse con la selección del tribunal competente.

Por tanto, teniendo como base las fórmulas previstas por los textos normativos antes citados y por la propuesta formulada por los profesores de DIPr de la Facultad de Derecho de la PUCP (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela 2007: 501-502), se propone la modificación del siguiente artículo del Título III del Libro X del C.C.:

Título III – Libro X: Obligaciones contractuales y elección del derecho aplicable

Artículo 2095.a - Propuesta de modificación

“Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias

del caso. La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

La elección de la ley aplicable no supone la elección de foro, ni la elección de foro supone la elección del derecho aplicable.”

b. Propuesta relativa a la posibilidad de variar la *lex contractus*:

El C.C. no contempla de manera explícita la facultad de las partes de cambiar la ley aplicable a su contrato. Cuerpos normativos modernos como el Reglamento Roma I de 2008 (art. 3.2), la CIDIP V de 1994 (art. 8), la Ley Japonesa de DIPr 78/2006 (art. 9), el nuevo Libro de DIPr del C.C. argentino (art. 2651.a), el Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay de 2013 (art. 48.4), entre otros, sí reconocen de manera expresa esta facultad de las partes, siempre y cuando el cambio no afecte la validez formal del contrato, ni perjudique los derechos de terceros adquiridos al amparo de la ley anterior, ni lo ya ejecutado al amparo del derecho oportunamente aplicable.

Teniendo como base las fórmulas previstas en los textos normativos antes citados, se propone adicionar un segundo nuevo artículo (2095.b) al Título III del Libro X del C.C. sobre Ley Aplicable:

Título III – Libro X: Obligaciones contractuales y variación del derecho aplicable

Artículo 2095.b - Propuesta de adición

”En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros ni lo ya ejecutado conforme al derecho oportunamente aplicable.”

c. Propuesta relativa a la posibilidad de aplicar varias leyes a partes separables del contrato

El C.C. peruano no ha previsto de manera explícita esta posibilidad, como sí lo hacen otras normas modernas, como el Reglamento Roma I de 2008 (art.3.1), la CIDIP V de 1994 (art.7), la CIDIP II de 1979 (art.9), el nuevo Libro de DIPr del C.C. argentino de 2014 (art. 2651), el Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay de 2013 (art. 48.3 y 11), que de manera expresa permiten escoger más de una ley aplicable a distintas partes del contrato que sean separables del resto (*dépeçage*), pero sin perjudicar el correcto funcionamiento del entero contrato, que queda sujeto a una Ley diferente. El C.C.

peruano también ha omitido consagrar una norma que establezca la obligación del juzgador de aplicar armónicamente las diversas leyes que puedan ser competentes para regular una relación privada internacional.

Teniendo como base las fórmulas previstas en los textos normativos antes citados, se propone adicionar un nuevo artículo al Título III del Libro X del C.C. (2095.c) y otro al Título I (2050.c) sobre Disposiciones Generales:

Título III – Libro X: Obligaciones contractuales y elección de varios derechos aplicables al contrato

Artículo 2095.c - Propuesta de adición

“La elección que hagan las partes sobre el derecho aplicable a su contrato puede referirse a la totalidad o a partes separables del mismo”.

Título I – Libro X: Aplicación armónica de diversas normas

Artículo 2050.c - Propuesta de adición

“Las diversas normas que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de las normas.

Las eventuales dificultades que puedan surgir por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta la equidad en el caso concreto”.

- d. Propuesta relativa a la posibilidad de contemplar nuevos factores de conexión subsidiarios o supletorios más flexibles a falta de elección de las partes y eventualmente de diferenciarlos por tipo de contrato

Hay legislaciones, como el C.C. peruano (art. 2095), que imponen determinados factores de conexión ante el silencio de las partes, a ser usados por los jueces en todo tipo de contratos (p.e. lugar de cumplimiento o lugar de celebración del contrato). También están los cuerpos normativos como la CIDIP V de 1994 (art. 9), la Ley Japonesa 78/2006 (art. 8.1), el *Restatement (Second) of Conflicts of Law* de E.E.U.U., modificado en 1989 (art. 187) y la misma Ley de arbitraje peruana (D. Leg. 1071, art. 57) que ante falta de elección de las partes, dejan al juzgador la determinación de la *lex contractus*; en los dos primeros casos, en base a la ley que estimen tiene vínculos más estrechos con el contrato,

en el tercero en base al derecho que tenga vinculación más relevante y en el cuarto en base al derecho que el tribunal arbitral considere más apropiado.

Y aquí resulta fundamental resaltar el nuevo rol del juez contemporáneo, incluso de aquél que no pertenece al sistema del *common law*, que ha pasado de ser un mero aplicador del derecho designado por las partes o por el legislador ante silencio de las mismas, a ser quien determina el derecho aplicable frente al caso concreto cuando las partes no han hecho uso de su facultad, por considerar que es quien está más cerca del caso, y por ende en mejor capacidad para evaluar y discernir cuál es el derecho más cercano, más estrechamente vinculado o más apropiado para regir cada situación o caso específico. A tal efecto, como resalta la CIDIP V (art.9), debería tomarse en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Además existen convenios internacionales como el Convenio de Roma de 1980 (art. 4.1) y el Reglamento Roma I de 2008 (art.4.1) que teniendo como base el principio de proximidad, ofrecen a los jueces presunciones el primero y pautas o criterios de conexión el segundo para seguir según el tipo de contrato que se trate; no obstante, estas pautas pueden finalmente ser descartadas si se determina que el contrato tiene vínculos manifiestamente más estrechos con otro país.

Del análisis efectuado en los capítulos precedentes respecto a las distintas tendencias, fórmulas y criterios de conexión hoy existentes para determinar la *lex contractus* en ausencia de elección de las partes, podemos concluir que, dada la inmensa gama de contratos que pueden hoy celebrarse diariamente, lo más apropiado pareciera ser no encasillar al juzgador con fórmulas rígidas y predeterminadas por el legislador; sino más bien, concederle la facultad de elegir la *lex contractus*, en base, al derecho que “tenga una vinculación más estrecha con el contrato” (principio de proximidad o de mayor relevancia respecto a la relación contractual), la cual le permitirá tomar la decisión más adecuada para cada caso concreto, y lograr lo que algunos denominan la “justicia conflictual”. Complementariamente, para ayudar al juzgador, podría considerarse la inclusión en las normas de DIPr de una batería de pautas orientadoras que le sirvan de guía para formular su análisis respecto al derecho más estrechamente vinculado con el contrato. Como bien señala la profesora Albornoz (2008) lo más adecuado a la realidad mercantil actual, que cambia a una velocidad inusitada, sería optar por una solución flexible fundada en el principio de proximidad.

Teniendo como base las fórmulas previstas en los textos normativos antes citados, se propone adicionar dos nuevos artículos 2095.d y 2095.e al Título III del Libro X del C.C.:

Título III del Libro X: Obligaciones contractuales y derecho aplicable a falta de elección

Artículo 2095.d - Propuesta de adición

“Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.”

Título III del Libro X: Presunciones respecto al lugar que presenta vínculos más estrechos con el contrato

Artículo 2095.e - Propuesta de adición

“Se presumirá que el contrato tiene vínculos más estrechos con:

- 1. En el caso del contrato de compraventa de mercaderías, con el derecho del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;*
- 2. En el caso del contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, con el derecho del lugar de su situación.*
- 3. En el caso del contrato de prestación de servicios, con el derecho del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual.*
- 4. En el contrato de franquicia, con el lugar donde el franquiciado tenga su residencia habitual.*
- 5. En el contrato de distribución, con el lugar donde el distribuidor tenga su residencia habitual.*
- 6. En el contrato de venta de bienes mediante subasta, con el lugar donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse.*
- 7. En los demás contratos, se presumirá que los vínculos más estrechos están con el lugar del cumplimiento. Si hubieran varios lugares de ejecución y no pudiera determinarse el lugar de cumplimiento de la prestación característica del contrato, o si este no estuviera designado o no resultare de la naturaleza de la relación, se*

presumirá que los vínculos más estrechos están con el lugar de celebración del contrato.

Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados anteriores se aplicará la ley de este otro país”.

e. Propuesta para mejor determinación y precisión del alcance del orden público en DIPr y como limitante de la autonomía de la voluntad de las partes -también llamado “orden público internacional”-

Como hemos analizado en los capítulos precedentes, todos los países reconocen limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Estas restricciones están referidas fundamentalmente al alcance de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable, siendo las más importantes las que defienden el respeto de las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata (de policía u orden público o *fundamental policy*, como le llama el derecho estadounidense) de la *lex fori* y otros derechos estrechamente vinculados; y la no contravención de los principios fundamentales del foro, pudiendo el juez rechazar la aplicación de la ley elegida (excepción de orden público en DIPr) y aplicar en su lugar la *lex fori* (p.e. art. 2049 y 2050 del C.C. peruano).

La legislación peruana de DIPr de fuente interna, Libro X del C.C, ha dado un tratamiento bastante pobre al tema de los límites de la autonomía de la voluntad en el Perú. No tiene una disposición que consagre de manera clara y abierta la aplicación de las normas de aplicación necesaria o inmediata, sólo se refiere de manera expresa -y con un texto teñido de vaguedad e imprecisiones- a la excepción de orden público en DIPr (art. 2049 y 2050 del C.C.), normas donde además cuele otra excepción relativa a las “buenas costumbres”, la que por el alto nivel de abstracción y subjetividad que implica, debiera ser descartada; así se evitaría el particular peligro que podría suponer su arbitraria aplicación frente al caso concreto.

A continuación nuestra propuesta de modificación normativa sobre tan importante asunto. Respecto a las normas internacionalmente imperativas se propone la adición de un nuevo artículo (art. 2050.b) en el Título I del Libro X (Disposiciones Generales), y la modificación de otro ya existente, el artículo 2096, del Título III (Ley Aplicable), que atañe a la ley aplicable a los contratos. Respecto a la excepción de orden público se propone la modificación de los artículos 2049 y 2050 (Disposiciones Generales) del Título I del Libro X. Estos tienen como base la propuesta formulada por los profesores

de DIPr de la Facultad de Derecho de la PUCP (Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela 2007: 380 y 2008: 501-502) y las fórmulas previstas por los art. 2599 y 2600 del nuevo Libro de DIPr del C.C. argentino (modificado por Ley N° 26.994 del 01.10.2014), los art. 6 y 9 del Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay de 2013, los art. 11 y 18 de la CIDIP V de 1994 y los art. 9 y 21 del Reglamento Roma I. Sobre esta base, se propone las siguientes modificaciones al Libro X del C.C:

Título I del Libro X: Normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata

Artículo 2050.b – Propuesta de adición

“Las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata, en consideración de su objeto y de su finalidad, serán aplicadas cualquiera que sea el derecho designado por las normas conflictuales nacionales. Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones internacionalmente imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes.

Una norma de aplicación necesaria o inmediata es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese el derecho aplicable según el presente Código”.

Título III del Libro X: Límites a la autonomía de la voluntad y normas de aplicación necesaria

Artículo 2096 - Propuesta de modificación

“El derecho competente de conformidad con el artículo 2095 determina las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. Se aplicarán necesariamente las disposiciones del foro cuando tengan el carácter de internacionalmente imperativas.

Será discreción del foro cuando lo considere pertinente aplicar las disposiciones de aplicación necesaria del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.

Título I del Libro X: Incompatibilidad con principios fundamentales y excepción de orden público

Artículo 2049 - Propuesta de modificación

“Las disposiciones de la ley extranjera pertinentes según las normas peruanas de derecho internacional privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. Rigen en este caso las normas de derecho interno peruano”.

Título I del Libro X: Derechos adquiridos

Artículo 2050.a - Propuesta de modificación

“Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado extranjero de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenía una conexión al momento de su creación serán reconocidas en el Perú, siempre que no sean manifiestamente contrarias a los principios fundamentales del derecho peruano.”

- f. La incorporación de normas de conflicto particulares, complementarias a la fórmula general del artículo 2095 del C.C, para ciertos contratos especiales donde se presume que hay una parte débil que es necesario proteger (p.e. contratos de trabajo y de consumo)

Uno de los retos a los que se enfrenta el DIPr hoy, es determinar la *lex contractus* y los límites de la ley elegida por las partes, cuando se presume que éstas no están en situación de igualdad y hay una parte débil que proteger -p.e. en los contratos de trabajo y de consumo-. Ello ha llevado a cuestionar y hasta suprimir la voluntad como factor de conexión principal y a condicionar su intervención a no privar a la parte débil de la protección que le aseguran las conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, como el lugar de realización habitual del trabajo para los contratos laborales y el de la residencia habitual del consumidor para los de consumo. La voluntad queda destronada como conexión principal, salvo que la ley elegida fuera más favorable a la parte débil. Así lo han plasmado importantes normas modernas como el Convenio de Roma de 1980 (art. 5 y 6), el Reglamento Roma I de 2008 (art. 6 y 8) y la Ley Japonesa 78/2006 (art.11 y 12), que tienen normas de conflicto especiales para ciertos contratos para contrarrestar el riesgo que la parte “fuerte” imponga la ley aplicable. En contraposición, el C.C. peruano solo contiene una norma de conflicto (art. 2095) de aplicación general a todo tipo de contratos.

Teniendo como base las fórmulas previstas en los textos normativos antes citados, se propone adicionar dos nuevos artículos 2095.f y 2095.g al Título III del Libro X del C.C.:

Título III - Libro X: Contratos de consumo

Artículo 2095.f – Propuesta de adición

1. *“El contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por el derecho del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:*
 - 1.1. *Ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual; o*
 - 1.2. *Por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.*
2. *No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 2095. a. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.*
3. *Si no se reúnen los requisitos señalados en los incisos 1.1. y 1.2 del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 2095. a, b, c, d y e.”*

Título III - Libro X: Contratos individuales de trabajo

Artículo 2095.g – Propuesta de adición

1. *“El contrato individual de trabajo se regirá por el derecho que elijan las partes de conformidad con el artículo 2095.a. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud del derecho que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.*
2. *En la medida en que el derecho aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por el derecho del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.*
3. *Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por el derecho del país donde esté situado el establecimiento a*

través del cual haya sido contratado el trabajador.

4. *Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará el derecho de ese otro país.”*

4.2.2. La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994²⁰ (CIDIP V) y la relevancia de su incorporación al ordenamiento peruano

Hoy la autonomía de la voluntad de las partes -autonomía conflictual- se erige como el factor de conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos; no obstante, cada Estado, a través de sus normas de DIPr, le da un alcance distinto a esta facultad de las partes; es más, los Estados han consagrado diferentes factores de conexión para determinar la ley aplicable ante la falta de elección de las partes contratantes y han previsto además normas de conflicto distintas según sea un tribunal estatal o arbitral el que conozca del caso. Ello implica que las soluciones respecto del régimen jurídico aplicable a un contrato y, por tanto, la decisión de los tribunales respecto a un mismo caso, pueden variar de país a país, dependiendo del tribunal al que se someta el caso, que en el campo contractual, puede ser también un tribunal arbitral. Ello afecta la previsibilidad de las soluciones y la seguridad jurídica requerida por la contratación internacional e incrementa los costos de las transacciones, situación que reclama un urgente y necesario trabajo de uniformización y armonización de las soluciones previstas por los ordenamientos jurídicos de los diferentes países respecto a la *lex contractus* y su consecuente consagración en convenios o tratados internacionales.

Por ello, en el presente trabajo de investigación no solo realizamos una revisión del contenido, imprecisiones y vacíos, y se proponen ajustes normativos pertinentes respecto de las normas de DIPr peruanas de fuente interna que contemplan y limitan la autonomía de la voluntad de las partes; sino que también se analiza la pertinencia e importancia para el Perú de adherirse a importantes convenciones sobre derecho aplicable a los contratos internacionales que buscan uniformizar y armonizar las soluciones sobre este tema, particularmente la incorporación del Perú a la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, también llamada CIDIP V.

²⁰Entró en vigor el 15 de diciembre de 1996. A la fecha está suscrita por cinco países: Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela; y está ratificada por dos: México y Venezuela.

La CIDIP V es fruto de un esfuerzo sin precedentes de los expertos y funcionarios de los países pertenecientes a la OEA para enfrentar los grandes desafíos y problemas de la contratación internacional ante el vertiginoso crecimiento del tráfico jurídico internacional, que demanda a los Estados mecanismos, instrumentos y reglas uniformes y eficaces que garanticen la fluidez del comercio internacional. Como bien señala González de Cossío (1997: 118-119), una de las maneras más efectivas en que los Estados buscan combatir los problemas propios y resultantes del tráfico jurídico internacional, constituye la celebración de convenios o tratados internacionales en los cuales se uniformiza y armoniza el tratamiento de los problemas vinculados con las relaciones privadas internacionales. De esta manera se garantiza una mayor seguridad jurídica de las transacciones y contratos que traspasan las fronteras de los Estados y al hacerlo se vinculan con dos o más ordenamientos jurídicos.

Es aquí precisamente, denota González de Cossío (1997: 119), donde la CIDIP V de 1994 encuentra su razón de ser, cuya elaboración responde a la necesidad de evitar de antemano (*a priori*) el surgimiento de controversias que obstaculicen el flujo normal de las relaciones y operaciones contractuales internacionales. Por tanto, mediante este Tratado internacional, producto de varios años de trabajo, y fruto de un esfuerzo sin precedentes, que significó extensas, largas y fructíferas discusiones iniciadas en el seno de la CIDIP II de 1979, los Estados Parte del mismo acuerdan el derecho que regulará los contratos internacionales. No obstante, reconocemos que, a pesar de su importancia, este representa solo un primer paso a nivel de la región, pues ésta no será una tarea acabada si no se completa, en el largo plazo, con la creación de un Tribunal regional que garantice una interpretación y aplicación uniformes del instrumento normativo común.

A continuación presentamos las características e innovaciones más importantes que trae la CIDIP V y las ventajas más importantes de su incorporación al ordenamiento peruano.

a. Innovaciones más importantes de la CIDIP V en el ámbito del derecho aplicable a la contratación internacional a nivel interamericano

a.1. Consagra la autonomía de la voluntad de las partes de alcance amplio para elegir la ley aplicable a su contrato, al no exigir que la ley elegida por las partes tenga una vinculación con el contrato.

a.2. Reconoce de manera explícita la posibilidad de que la elección de las partes sea tácita y no necesariamente expresa, aunque sí indubitable.

- a.3. Contempla abiertamente la posibilidad de variar la ley rectora del contrato, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros.
- a.4. Acepta de manera explícita la posibilidad de pactar más de una ley aplicable pero a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*).
- a.5. No impone factores de conexión subsidiarios al juzgador, que deban ser aplicados para determinar la ley aplicable a todo tipo de contrato, cuando las partes no han elegido la *lex contractus*. Concede, más bien, una amplia libertad al juzgador para determinar la *lex contractus*, en función de cuál sea, a su criterio, el derecho con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos, y regular el contrato por la ley de dicho lugar. A tal cometido, el juzgador deberá tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato. A su vez, el tribunal, a efecto de determinar el derecho rector de, contrato internacional en cuestión, deberá hacer alusión a los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, vale decir, aludir a la *lex mercatoria* existente. Como bien señala la profesora Albornoz, en el ámbito de la contratación mercantil, resulta acertado no solo permitir al juzgador una amplia flexibilidad para atender la gran variedad y tipo de contratos que suelen presentarse, sino también facultarle para aplicar la *lex mercatoria*, tanto cuando las partes han elegido el derecho aplicable al contrato, como cuando no lo hayan hecho.
- a.6. Asimismo, la CIDIP V (art. 10) prescribe que el tribunal deberá aplicar cuando corresponda las normas, costumbre y principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación (*lex mercatoria*); todo ello, con el fin de realizar las exigencias impuestas por la justicia y equidad en la solución del caso concreto.
- a.7. A la par de consagrar el principio de autonomía, reconoce importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes y a su poder autorregulador fundadas en la protección de principios fundamentales o directrices básicas del ordenamiento del foro -orden público en DIPr-. Consagra la prevalencia de la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro, y eventualmente del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos, -normas de policía u orden público-, sobre la norma elegida por las partes para regir su contrato (función positiva del orden público). También prevé el recurso a la excepción de orden público (función negativa del orden público) como instrumento para rechazar la aplicación de la ley extranjera de contenido intolerable para la ley del foro.
- a.8. La CIDIP V no ha incorporado normas de conflicto particulares y complementarias a la fórmula general prevista en el art. 7, para regir ciertos contratos especiales donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger -p.e. contratos de trabajo y de consumo-. Ello, no obstante, no significa que la parte débil de la relación

quede desprotegida, pues siempre están las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata que invariablemente protegen a la parte débil de la relación, en tanto defienden intereses fundamentales del foro, y eventualmente del derecho de otro foro con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos; las nuevas normas de conflicto especiales son una protección adicional.

b. Ventajas principales de su incorporación al ordenamiento jurídico peruano

La salvaguarda de la armonía jurídica internacional de las soluciones, que reclama la comunidad internacional, exige un mínimo de respeto recíproco entre los Estados, el cual debe expresarse en la adopción de reglas de DIPr que permitan una igualdad de trato entre la ley del foro y la ley extranjera. Un grado superior de coordinación de sistemas nacionales, se logra mediante la uniformización de las normas de conflicto a través de las convenciones internacionales, como la Convención Interamericana 1994 y el Reglamento de Roma I de 2008, los dos sobre Ley aplicable a los contratos internacionales. Ambos cuerpos internacionales -hoy los más importantes en el campo contractual- han encontrado en la autonomía el eje de convergencia y consenso entre los Estados participantes, habiendo privilegiado la voluntad de las partes como punto de conexión para determinar el derecho aplicable a los contratos.

Por tanto, una de las maneras más efectivas en que los Estados buscan combatir los problemas propios y resultantes del tráfico jurídico internacional, constituye la celebración de convenios o tratados internacionales en los cuales se uniformiza y armoniza el tratamiento de los problemas vinculados con las relaciones privadas internacionales. Eso pasa por un necesario trabajo de coordinación de las soluciones previstas por los ordenamientos jurídicos de los diferentes países respecto a la *lex contractus* y su consecuente consagración en convenios o tratados internacionales. Solo así se dota de mayor seguridad jurídica a las transacciones y contratos que traspasan las fronteras de los Estados, y al hacerlo, se vinculan con dos o más ordenamientos jurídicos (González de Cossío 1997: 118-119).

Por ello luego de varios años de trabajo, los Estados miembros de la OEA dieron nacimiento en 1994, en la ciudad de Montevideo, a la primera Convención interamericana especializada sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, también conocida por algunos como la CIDIP V y por otros como la CIDACI.

De allí la importancia de que el Perú, país pionero en la región latinoamericana en el reconocimiento amplio, explícito y expreso del principio de autonomía desde la dación de su C.C. de 1984, incorpore entre sus normas de fuente internacional sobre el derecho aplicable a los contratos la CIDIP V de 1994 --que entró en vigor el 15 de diciembre de 1996--, sumándose así a países también de avanzada en este campo como México y Venezuela. Ello revitalizará este esfuerzo de unificación sin precedentes y promoverá que se adhieran otros países de la región, también en proceso de afianzamiento y reconocimiento expreso de la autonomía de la voluntad conflictual como Argentina, quien aprobó hace poco más de un año (octubre de 2014) su nuevo Libro de DIPr que consagra de manera explícita la autonomía de la voluntad de las partes en el marco de sus relaciones contractuales internacionales.

Son muchas las ventajas de la incorporación de la CIDIP V a la normatividad peruana, pero podemos sintetizarlas en seis centrales:

b.1. La CIDIP V es fruto de un singular esfuerzo de más de quince años de trabajo de los expertos y funcionarios de los países pertenecientes a la OEA para enfrentar los grandes desafíos y problemas de la contratación internacional ante el vertiginoso crecimiento del tráfico jurídico internacional, que demanda a los Estados mecanismos, instrumentos y reglas uniformes y eficaces que garanticen la fluidez del comercio internacional.

b.2. La elaboración de la CIDIP V responde y atiende a una necesidad fundamental de la contratación internacional: evitar de antemano (*a priori*) el surgimiento de controversias que obstaculicen el flujo normal de las relaciones y operaciones contractuales internacionales. Es aquí precisamente, denota González de Cossío (1997: 119), donde la CIDIP V de 1994 encuentra su razón de ser.

b.3. La CIDIP V ha consagrado a la voluntad de las partes como factor de conexión principal para determinar la *lex contractus*, entrando el legislador a normar en forma subsidiaria sólo para el supuesto de falta de elección, y le ha dado a la autonomía de la voluntad un posicionamiento y aceptación a nivel continental.

b.4. La relevancia que concede la CIDIP V a la autonomía de la voluntad de las partes, permite que éstas identifiquen desde el inicio la ley que regirá cualquier problema o incumplimiento contractual, facilitando la previsibilidad de las soluciones. Ello no solo beneficia la seguridad jurídica de los derechos y obligaciones derivados de los contratos, sino que, además, posibilita una solución flexible, adecuada a la multiplicidad de relaciones contractuales que pueden entablarse, ambos supuestos indispensables para el óptimo desarrollo de la contratación internacional.

b.5. En suma, la CIDIP V, permite afianzar cuatro pilares claves de la contratación internacional que le dan fundamento y justifican su pertinencia y utilidad. Estos son: previsibilidad, seguridad jurídica, adecuación y equidad; y permite potenciar la armonía internacional de las soluciones y promover el incremento del intercambio y comercio internacional en nuestra región latinoamericana.

b.6. Por tanto, la incorporación de la CIDIP V de 1994 a la normatividad peruana de fuente internacional sobre el derecho aplicable a los contratos, revitalizará este necesario y sin precedentes esfuerzo de unificación a nivel de la región que significa este importante Tratado, y promoverá que se adhieran otros países de la región a este imperioso proceso en marcha de afianzamiento de la autonomía de la voluntad conflictual en el campo de la contratación internacional.



CONCLUSIONES

El trabajo desarrollado en la presente tesis nos permite arribar a conclusiones importantes, las cuales hemos organizado en función de los cuatro ejes en los que reposa nuestra investigación:

1. *La voluntad de las partes contratantes y los objetivos del DIPr*

El trabajo desarrollado en este eje nos permite arribar a tres conclusiones importantes:

- (i) Hoy el **principio de autonomía** de las partes es de aceptación internacional, siendo la voluntad de las contratantes el factor de conexión privilegiado y mejor posicionado – bien que sujeto a límites – para determinar la ley rectora del contrato. Este reconocimiento reposa sobre la base de **tres pilares**: la garantía de seguridad jurídica de las partes; una necesaria conciliación de intereses de los contratantes en elegir la ley que más les satisfaga, y de la sociedad, que el Estado debe resguardar para garantizar la adecuada satisfacción de los intereses ciudadanos; y la armonía internacional de las soluciones que promueve la comunidad internacional para afianzar la seguridad jurídica en la contratación internacional y la fluidez del comercio internacional.
- (ii) **Privilegiar la voluntad de las partes** como factor de conexión para designar el derecho aplicable, no sólo beneficia la **seguridad jurídica**, sino que, además, posibilita una **solución flexible, adecuada** a la multiplicidad de relaciones contractuales que pueden entablarse.
- (iii) Así configurada, la **autonomía de la voluntad** reposa sobre la base de cuatro principios claves en la contratación internacional, que le dan fundamento y justifican su utilidad, pertinencia y efectividad. Estos son: **previsibilidad, seguridad jurídica, adecuación y equidad**; ello permite potenciar la armonía internacional de las soluciones y afianzar el crecimiento del comercio internacional, lo que posiciona a la autonomía como un instrumento de regulación internacional del contrato indispensable para promover el incremento del intercambio y comercio internacional.

2. *Lex contractus, autonomía de la voluntad y ley aplicable en ausencia de elección de las partes en el marco de un proceso judicial*

El trabajo desarrollado en este campo nos lleva a nueve constataciones primordiales:

- (i) En el siglo XXI la **autonomía de la voluntad** de las partes es el **factor de conexión principal** para **determinar la *lex contractus*** en el ámbito de la contratación internacional, y el que mejor aporta a la seguridad jurídica de las transacciones internacionales; no obstante, cada Estado, a través de sus normas de DIPr, le da un alcance distinto y reconoce diferentes

límites a esta facultad de las partes, a la vez que diferencia escenarios según sea un tribunal estatal o uno arbitral quien resuelva el caso. Por ello, las decisiones de los tribunales respecto a un mismo caso, pueden variar de país a país, dependiendo del tribunal al que se someta el caso. Ello afecta la previsibilidad de las soluciones y limita la seguridad jurídica requerida por la contratación internacional.

- (ii) Actualmente se perciben **dos corrientes** distintas sobre **cómo designar la *lex contractus***: la primera reconoce clara y abiertamente la autonomía de la voluntad conflictual de las partes, y lo plasma de manera expresa en los textos legislativos; y la otra es expresión de un proceso de maduración aún en curso que muestra el conjunto de ambigüedades y reticencias existentes.
- (iii) Respecto a la manera en que las partes eligen la *lex contractus*, la **tendencia moderna** se orienta a **favorecer**: la posibilidad de que la **elección sea tácita y no necesariamente expresa**, aunque sí indubitable; la posibilidad de **variar la ley pactada**, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros; la posibilidad de **pactar más de una ley** aplicable pero a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*); la posibilidad de contemplar **nuevos y más flexibles factores de conexión** a falta de elección de las partes y eventualmente de diferenciarlos por tipo de contrato, entre otros.
- (iv) Sobre la **posibilidad de elegir un derecho no estatal** como *lex contractus*, existe una gran polémica, sobre todo cuando estamos fuera del terreno del arbitraje internacional; en este campo, la autonomía de la voluntad de las partes no se limita a la posibilidad de elegir el derecho de un Estado, sino que se permite a las partes elegir un cuerpo normativo que forma parte del *Soft Law* o la *Lex Mercatoria*. En el marco del proceso judicial, existe una amplia discusión sobre el tema; las posturas más representativas están marcadas por dos convenios internacionales importantes sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales: (a) La CIDIP V, que es bastante progresista y permite expresamente a las partes elegir como *lex contractus* un derecho no estatal; y (b) El Reglamento Roma I, que al referir a la “ley” elegida, limitaría la elección a un derecho estatal.
- (v) La ***lex contractus* regula el fondo** de las relaciones contractuales, brindando la cobertura jurídica del contrato en todos sus ámbitos sustantivos, no exigiéndose en la mayoría de los casos que la ley elegida tenga una vinculación con el contrato. La *lex contractus* no incluye aspectos relativos a la capacidad de las partes, los derechos reales derivados del contrato y, en muchos casos, tampoco la forma del contrato.
- (vi) **En ausencia de elección de las partes**, existen dos corrientes, cuyo eje central gira en conceder o no flexibilidad al juzgador para determinar la *lex contractus*:
 - a. La primera corriente, corresponde a la tendencia moderna que concede flexibilidad al juzgador para determinar la ley aplicable al contrato en base al “principio de proximidad”, que lo lleva a seleccionar como *lex contractus* la “ley más estrechamente vinculada con el

contrato”, buscando en todo momento la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. En el marco del arbitraje internacional se acepta que sean los mismos árbitros quienes determinen, según su propio criterio, cuál es el derecho más “apropiado” para fungir como *lex contractus*. Esta fórmula está marcada por dos tendencias, las cuales se distinguen fundamentalmente por el margen de discrecionalidad que confieren al juzgador para determinar la *lex contractus*:

- a.1. La primera, lo deja en total libertad para que, según su libre albedrío, defina los criterios a primar en cada caso concreto para determinar “el derecho más estrechamente vinculado al contrato”.
 - a.2. La segunda, busca enmarcar la labor del juzgador al designar la *lex contractus*, mediante presunciones o criterios de conexión por tipo de contrato, que éste debe usar para valorar y determinar “el derecho más estrechamente vinculado con el contrato”.
 - b. La segunda corriente, que predominó en el siglo pasado, consagra factores subsidiarios predeterminados en base a conexiones fijadas por el legislador. Hoy aún existen múltiples legislaciones, como la peruana y argentina, que siguen este estilo, imponiendo determinados factores de conexión a ser usados por las autoridades jurisdiccionales en todo tipo de contratos en ausencia de elección de las partes. Entre los favoritos están el lugar de ejecución o celebración del mismo (privilegiados por el C.C. peruano), domicilio o residencia habitual de las partes, lugar de situación de los bienes inmuebles, la relación más significativa, la prestación más característica, entre otros.
- (vii) A falta de elección de las partes de la *lex contractus*, **lo más apropiado** pareciera ser **no encasillar al juzgador con fórmulas rígidas y predeterminadas** por el legislador; sino, permitirle, caso por caso, elegir la *lex contractus*, en base al derecho que “tenga una vinculación más estrecha con el contrato”, y lograr lo que se conoce como “justicia conflictual”. Se recomienda la inclusión de una batería de pautas orientadoras que sirvan de guía al juzgador para el análisis respecto al derecho más estrechamente conectado con el contrato.
- (viii) El siglo XXI está inmerso en un **proceso de consolidación y afianzamiento del principio de autonomía; sin embargo, ésta no es ilimitada**. Los límites al poder autorregulador de los particulares hoy presentes se manifiestan esencialmente a través de la emisión de normas de conflicto especiales protectoras de determinadas categorías sociales consideradas parte débil de la relación; y mediante las normas internacionalmente imperativas establecidas por el legislador que permiten al juez restringir la autonomía de la voluntad, cuando su ejercicio afecta principios fundamentales o directrices básicas del ordenamiento jurídico del foro y leyes de policía (orden público en DIPr).

3. *Limitaciones a la autonomía de la voluntad conflictual en razón del intervencionismo estatal*

El trabajo desarrollado en este ámbito nos permite arribar a siete conclusiones importantes:

- (i) Si bien es un hecho que la **posición predominante** en el **siglo XXI** es la adhesión a la **Autonomía de la Voluntad**, el ámbito dentro del cual las partes pueden elegir la ley siempre está **delimitado**, aunque con diversos matices y grados. Así lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia e importantes convenciones internacionales sobre el tema.
- (ii) El DIPr convencional es escenario de **dos realidades** que caminan **paralelas**: por un lado, una **tendencia expansionista** de la función prioritaria de conexión de la voluntad; y por el otro lado, la **puesta en cuestión de la autonomía** por la presencia e intervención de: (i) **normas de policía** de aplicación necesaria o inmediata (método autolimitativo o exclusivista); y de (ii) **normas de conflicto especiales protectoras de la parte débil** de una relación contractual, como el trabajador y el consumidor en los contratos de trabajo y de consumo, respectivamente (método del conflicto de leyes).
- (iii) El **método del conflicto de leyes y el cuestionamiento intrínseco de la autonomía**, parte de la existencia de ciertas categorías de contratantes débiles con desigual poder de negociación, que requieren especial protección. Ello lo hace, creando normas de conflicto especiales protectoras, que restringen la autonomía de voluntad para que no se prive a la parte más débil (p.e. trabajador y consumidor) de la protección jurídica que le hubiera dado el ordenamiento jurídico objetivamente aplicable en defecto de elección de la ley por las partes; éste normalmente es el del Estado de residencia habitual del consumidor para los contratos de consumo, y del Estado del lugar de realización habitual de labores para los contratos de trabajo. La autonomía de la voluntad queda condicionada a que la ley elegida contenga disposiciones más favorables para las personas protegidas.
- (iv) El **método autolimitativo o exclusivista de las normas de policía y cuestionamiento extrínseco**, parte de la presencia de normas de policía que imponen conexiones imperativas absolutas por la función social que cumplen, que determina su aplicación internacional necesaria e inmediata en cualquier situación donde se vulneren principios y derechos que el foro considera fundamentales. Son normas de aplicación necesaria e inmediata - internacionalmente imperativas-, que protegen todos los principios que son considerados esenciales por el ordenamiento jurídico del foro y no sólo ciertas categorías jurídicas consideradas parte débil de la relación; y excluyen, por tanto, la aplicación de la ley elegida por las partes.
- (v) Dado que el contrato internacional presenta contactos y afecta a normas de varios países, que pueden o no coincidir con la *lex contractus*, se considera válido que el juez que está conociendo el caso aplique normas de policía de otros ordenamientos jurídicos vinculados

al contrato. Tanto la CIDIP V (art.11), como el Reglamento Roma I (art. 9) lo autorizan expresamente, aunque el segundo con matices.

- (vi) Hoy existen **dos métodos** en el DIPr para **proteger a la parte débil** de la relación contractual, situación que comprende, pero también trasciende, el caso de los trabajadores (en los contratos de trabajo) y consumidores (en los contratos de consumo), e involucra cada vez más otro tipo de contratos de adhesión y financiamiento internacional; estos métodos son: el tradicional autolimitativo o exclusivista, que trabaja con las normas internacionalmente imperativas (normas de policía); y el conflictual, que se ha sumado a este propósito mediante la creación de normas de conflicto especiales que han roto su neutralidad para proteger a ciertas categorías sociales consideradas parte débil de la relación. Por ello, en países como Perú, que aún no cuentan con normas de conflicto especiales protectoras, siempre se puede reclamar la intervención de las normas de policía de aplicación necesaria e inmediata para proteger a la parte contractual débil.
- (vii) Respecto a las **normas de policía y la excepción de orden público**, podemos concluir que existen dos limitaciones a la autonomía de la voluntad referidas al orden público internacional del foro: un efecto negativo tradicional que funciona como una excepción *a posteriori* (excepción de orden público en DIPr), que sin obstar al funcionamiento de la norma conflictual impide la aplicación del derecho extranjero, si es violatorio de principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro; y otro efecto positivo, donde el orden público funciona *a priori*, inmediatamente con la aplicación de las normas de policía de aplicación necesaria e inmediata, que intervienen antes del juego de las reglas de conflicto, llegando a cumplir una función de conexión.
- (viii) Sobre las normas de policía y los **límites a la autonomía de la voluntad en el sistema jurídico peruano**, la legislación peruana de DIPr de fuente interna, Libro X del C.C. ha dado un tratamiento bastante pobre al tema. Entre sus principales características y falencias están:
- 1° No tiene una disposición que consagre de manera clara la aplicación de las normas de aplicación necesaria o inmediata; sólo tiene un artículo, el 2096, que trata de establecer algunas limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad en presencia de normas imperativas, pero que es bastante inadecuado y cuestionable.
 - 2° Sólo se refiere de manera expresa (y no del todo adecuada) a la excepción de orden público en DIPr (Art. 2049 y 2050 del CC), aunque ello no debe ser óbice, ni impedimento, para que los jueces peruanos hagan valer las normas internacionalmente imperativas que reclamen su aplicación necesaria o inmediata a una relación contractual concreta.
 - 3° Los artículos 2049 y 2050 contemplan en realidad dos tipos de excepciones, pues refieren a la exclusión de la aplicación de la ley extranjera y el no reconocimiento de derechos válidamente adquiridos en el extranjero, cuando ésta sea incompatible con:

a. El “orden público internacional”, que es un término bastante vago, que requiere ser precisado, haciendo referencia concreta a los principios e intereses fundamentales que protege (del foro).

b. Las “buenas costumbres”, que es un concepto demasiado abstracto y subjetivo, que debería descartarse, por el particular peligro que supondría su arbitraria aplicación frente al caso concreto.

Además, el art. 2050 añade otra condición para el reconocimiento en el Perú de la eficacia de un derecho adquirido en el extranjero: que éste haya sido adquirido de manera regular al amparo de un ordenamiento extranjero competente según las normas peruanas de DIPr; exigencia que es un despropósito, porque lo que interesa es que la situación jurídica haya sido válidamente creada en un Estado extranjero de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenía una conexión al momento de su creación, como lo consagra la CIDIP II de 1979 (art.7) ratificada por el Perú.

- (ix) Por ello, deberíamos hacer **ajustes y modificaciones al Libro X del C.C.**, que lleven, entre otros a: 1° Abordar de manera expresa y adecuada la aplicación de las normas de policía de aplicación necesaria o inmediata; 2° Eliminar la excepción de las “buenas costumbres”; y 3° Aterrizar la referencia del C.C. a la excepción de orden público en DIPr, aclarando que ésta sólo involucra supuestos de violación manifiesta de principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro y eliminando en el caso de los derechos adquiridos la errónea referencia a las normas de DIPr peruanas.

4. Propuestas de adecuación normativa sobre derecho aplicable a los contratos internacionales

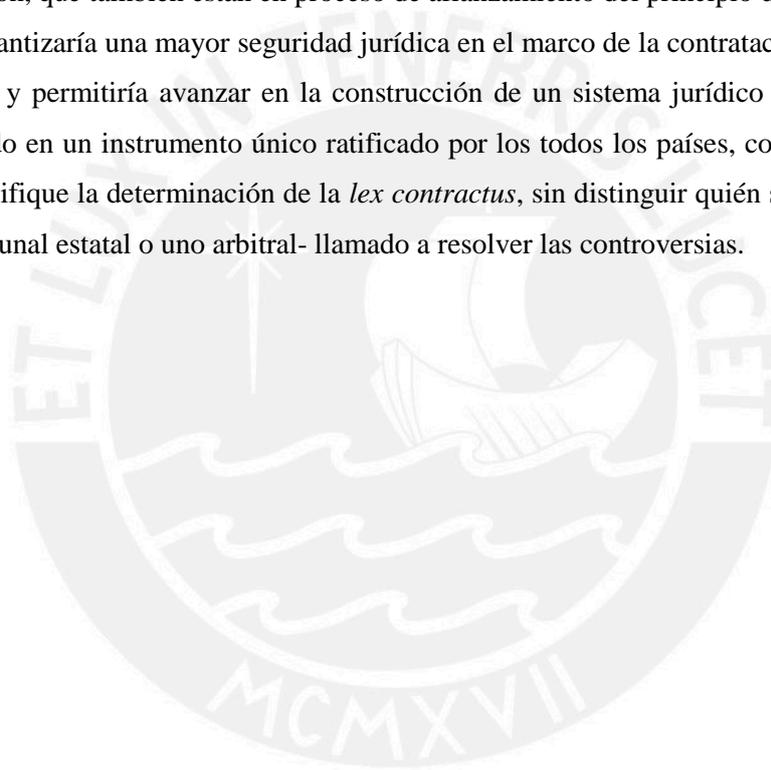
El último eje de nuestro trabajo de investigación concluye con cinco constataciones y con una **propuesta normativa** orientada a **armonizar y mejorar la legislación peruana respecto a la autonomía de la voluntad en dos niveles**: su marco legal de **fuerza interna**, para optimizar las normas del Libro X del C.C. que tienen incidencia sobre la *lex contractus*, sus alcances y sus limitaciones: y su marco legal de **fuerza internacional**, con la incorporación al derecho peruano de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 -CIDIP V-:

- (i) Hoy, siglo XXI, la pregunta *¿cómo determinar el derecho aplicable a un contrato internacional en los países de América Latina?* no puede ser respondida de una manera única, dado que, a diferencia de la Unión Europea, en Latinoamérica, no existe un cuerpo normativo de fuerza internacional sobre la materia vigente en todos los países, que establezca una solución general. Por tanto, hay que buscar la respuesta, por separado, en los

sistemas nacionales de DIPr de cada país. Dada la divergencia entre estos sistemas, podemos obtener soluciones distintas dependiendo del tribunal que le toque resolver el caso.

- (ii) Por ello, consideramos necesario estimular y retomar el esfuerzo de unificación, o por lo menos de armonización de la reglamentación del derecho aplicable a los contratos internacionales en el marco de los países de la región.
- (iii) Para garantizar una mayor seguridad jurídica en el marco de la contratación a nivel de la región, lo ideal sería que contáramos con un instrumento único ratificado por los todos los países, que debiera ser la CIDIP V, que unificara la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, sin distinguir si el juzgador es un tribunal arbitral o un tribunal estatal. Ello implicaría un avance muy importante en la consolidación de un sistema jurídico latinoamericano. De allí la pertinencia e importancia de que el Perú se adhiera a esta Convención que busca uniformizar y armonizar las soluciones sobre este tema.
- (iv) Ahora bien, la anhelada uniformización normativa podría verse afectada por una eventual des unificación en la interpretación jurisdiccional de los tribunales nacionales que les toque resolver. Por ello, el siguiente paso debería ser la creación de un Tribunal regional que garantice una interpretación y aplicación uniformes del instrumento normativo común.
- (v) De manera paralela, siguiendo las tendencias del DIPr contemporáneo y lo analizado en la presente investigación, resulta **primordial realizar ajustes a las normas peruanas de DIPr**, tanto internas como internacionales **vinculadas con la autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas**.
 - a. Respecto de **las normas internas** del Libro X del C.C, proponemos reformas puntuales que se orientan esencialmente a consagrar de manera explícita seis temas primordiales:
 - 1° La posibilidad de que la elección sea tácita y no necesariamente expresa, aunque sí indubitable;
 - 2° La facultad de las partes de variar la ley pactada, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros;
 - 3° La posibilidad de pactar más de una ley aplicable pero a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*);
 - 4° Nuevos factores de conexión supletorios más flexibles fundados en el “principio de proximidad” y acompañados por pautas orientadoras según tipo de contrato;
 - 5° Mayor precisión al alcance del orden público en DIPr -“orden público internacional”-, limitante por excelencia de la autonomía de la voluntad, al ser la expresión del conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento social, político, económico y cultural que fundamentan una sociedad en un momento histórico determinado; y

- 6° Nuevas normas de conflicto protectoras para ciertos contratos especiales, donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger -p.e. contratos de trabajo y de consumo-, como lo hacen otros cuerpos legales más modernos.
- b. Respecto de las **normas peruanas de fuente internacional**, proponemos la incorporación del Perú a la CIDIP V de 1994; ello brindaría tres grandes ventajas:
- 1° Modernizaría y armonizaría el marco normativo peruano sobre ley aplicable a los contratos, fundado en la autonomía de la voluntad.
 - 2° Estimularía y revitalizaría el esfuerzo de unificación regional, o por lo menos de armonización de la reglamentación del derecho aplicable a los contratos internacionales en el marco de los países de Latinoamérica; y fomentaría la adhesión de otros países de la región, que también están en proceso de afianzamiento del principio de autonomía.
 - 3° Garantizaría una mayor seguridad jurídica en el marco de la contratación a nivel de la región y permitiría avanzar en la construcción de un sistema jurídico latinoamericano fundado en un instrumento único ratificado por los todos los países, como la CIDIP V, que unifique la determinación de la *lex contractus*, sin distinguir quién sea el juzgador - un tribunal estatal o uno arbitral- llamado a resolver las controversias.



BIBLIOGRAFÍA

Libros, Tesis y Artículos

ALBORNOZ, María Mercedes

2008 “El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en los Estados del Mercosur”. *Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual*. Ciudad de México, número 125. Consulta: 31 de julio de 2015.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art3.htm/>

AGUIRRE VELOSO, Patricio Andrés

2006 “La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional“. *Revista Ius et Praxis, versión On-line* ISSN 0718-001212. Talca, volumen 12, número1, pp. 155 – 179. Consulta: 31 de mayo de 2015.

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100007&script=sci_arttext/

AGUILAR RUIZ, Leonor, José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO y Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

2014 *Autonomía Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro*. Thomson Reuters (Legal) Limited. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., pp. 15-18 y pp. 303.

ALFONSÍN, Quintín

1955 *Teoría Del Derecho Internacional Privado*. Montevideo: Editorial Martín Bianchi, pp. 561

ASAMI, Etsuko

2013 *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*. Tesis para optar el Grado de Doctor. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, pp. 254-265; pp. 296-325; pp. 387-394; pp. 404-411.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max.

1985 “Exposición de motivos y comentarios”. En *Libro Código Civil VI*. Lima: Okura editores S.A., pp. 2008.

BATIFFOL, Henri y Paul LAGARDE

1981 *Droit International Privé. Tome I*. Septiem Edition. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pp. 263.

BATIFFOL, Henri

1949 *Traité Élémentaire de Droit International Privé*. París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

BATIFFOL, Henri.

1938 *Les conflicts de lois en matiere de contrats*. Paris: SIREY, pp. 74-104.

BOGGIANO, Antonio

1995 *Contratos Internacionales*. 2ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, pp. VII-XXX y 1-186.

1983 *Derecho Internacional Privado*. 2ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, t.11, pp.701 y ss.

BOUZA VIDAL, Nuria

2005 “Aspectos Actuales de la Autonomía de la Voluntad en la Elección de la Jurisdicción y de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales”. *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004 de la Universidad del País Vasco*. Barcelona. Consulta: 7 de diciembre de 2014.

http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf/

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis.

2009 *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales: Cuestiones Escogidas*. Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 1, No 2, pp. 52-133.

1997 *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada: Editorial COMARES.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ.

2015 *Derecho Internacional Privado*. Vol. II, Decimoquinta edición. Granada: Editorial COMARES, pp. 740-920.

2012 *Derecho Internacional Privado*. Vol. II, Decimotercera edición. Granada: Editorial COMARES, pp. 547-760.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier

2009 “La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I”. *Textos de Derecho internacional privado* © 2009. pp. 1-141. Colex. Madrid. Consulta: 31 de mayo de 2015.

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CEQQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.mastersdip.es%2Flearning%2Ftemario%2F1%2FPILaw%2520Texts%2520002%2520-0-%2520Ley%2520aplicable%2520contratos.doc&ei=mru6UbWxLarL0gHAK4GwCw&usg=AFQjCNE3VDV3S_i1TyAgnZzf5jMF4HIV-Q&sig2=3K40Y_JbxiBwFcs4gsaaw/

2000 “Elección Múltiple y Elección Parcial de la Ley Aplicable al Contrato Internacional”. *Anales de Derecho*. Murcia, número 18, pp. 7-40.

COMISIÓN DE DERECHO CIVIL DEL TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889

1911 “Primer Congreso Sud-americano de DIPr Montevideo, Uruguay”. *Actas y Tratados Celebrados por el Congreso Internacional Sud-Americano de Montevideo [1888-1889]*. Montevideo: Impr. "El Siglo Ilustrado", pp. 474-483. Consulta: 16 de noviembre de 2015.

<http://catalog.hathitrust.org/Record/100794243/Cite/>

DELGADO BARRETO, César

- 2015 “La Autonomía de la Voluntad Conflictual y sus Límites en el Ordenamiento Jurídico Peruano”. *Revista de la Asociación Civil IUS ET VERITAS de la Facultad de Derecho de la PUCP. Reflexiones en Torno al Derecho Civil a los Treinta Años del Código Civil*. Lima, pp. 327-346.
- 2014 “Principales inclusiones y modificaciones generales y patrimoniales al Libro X: Derecho Internacional Privado”. *THEMIS-Revista de Derecho de la Asociación Civil THEMIS de la Facultad de Derecho de la PUCP por el 30 Aniversario del Código Civil*. Lima, número66, pp. 347-358.

DELGADO BARRETO, César y María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ

- 2011 “El arbitraje comercial internacional y el orden público. Incidencia del orden público en la decisión arbitral”. En LIBRO DE HOMENAJE A FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, Lima: Idemsa, pp. 369-389.
- 2008 “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional”. En LIBRO DE HOMENAJE A FELIPE OSTERLING PARODI. Lima: Palestra Editores SAC., pp. 2231-2250.

DELGADO BARRETO, César, María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ, César CANDELA SÁNCHEZ y Milan PEJNOVIC DELGADO

- 2015 “Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo III. Conflicto de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 141-286.

DELGADO BARRETO, César, María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ y César CANDELA SÁNCHEZ

- 2009 “Legislación Nacional y Extranjera para el Análisis de la Reforma del Libro X del Código Civil sobre Derecho Internacional Privado”. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP.
- 2008 “Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. Conflicto de Leyes – Parte General”. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 79-85, 201-208, 305-306, y 337-340.
- 2007 “Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo II. Conflicto de Leyes – Parte Especial”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 375-406.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO

- 2016 “A prueba de balas. El Principio de Validación como mecanismo de protección del arbitraje”. En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio Arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra Editores S.A.C., pp. 59-68.

Inédita “*Lex contractus*”. En COLLANTES, Jorge Luis (Director). *Enciclopedia Jurídica del Arbitraje en Español*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, en proceso de edición y publicación.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y María del Carmen DELGADO MENÉNDEZ

1985 *La Ley Aplicable a Contratos Generadores de Derechos Reales sobre Bienes Corporales*. Tesis para optar el Grado Académico de bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, pp. 125-147.

ESPLUGES MOTA, Carlos

2008 “Capítulo I: El nuevo entorno de la contratación internacional: La Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías”. En ESPLUGUES MOTA, Carlos, HARGAIN, Daniel y PALAO MORENO, Guillermo (directores). *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Buenos Aires-Montevideo: B de F Ltda., pp. 1-24.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego

1954 “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado”. *Revista Anales del Derecho la Universidad de Murcia*. Murcia, pp. 9 – 59. Consulta: 30 de mayo de 2015. revistas.um.es/analesumderecho/article/download/103081/98061.
https://www.google.com.pe/search?q=Los+l%C3%ADmites+de+la+autonom%C3%ADa+de+la+voluntad+en+el+Derecho+privado&aq=chrome..69i57.1375j0j7&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8/

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO

2013 *Derecho Internacional privado*. Séptima edición. Madrid: Editorial Civitas, pp.569.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos

2010 “Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia”. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Madrid, volumen. 3, nº 2, pp. 377 – 409.

2004 “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”. *Anuario español de derecho internacional privado – AEDIPr*. Madrid, tomo IV, pp. 35-78.

FERRAND NORIEGA, Alberto

2007 *El orden público en el Derecho Privado*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Consulta: 1 de octubre de 2015.
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4680/FERRAND_NORIEGA_ALBERTO_ORDEN_PUBLICO.pdf?sequence=1/

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia

- 2004 'La autonomía de la voluntad en la contratación internacional'. En FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia(coordinadora). *Curso de derecho internacional CJI*, publicación digital XXXI. Montevideo: OAS, pp. 323-390. Consulta: 25 de octubre de 2015.
http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXI_curso_derecho_internacional_2004_Cecilia_Fresnedo_de_Aguirre.pdf/
- 1991 “*La autonomía de la voluntad en la Contratación Internacional*”. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, pp. 98-101.
- GARCÍA CALDERÓN, Manuel
- 1968 *Derecho Internacional Privado*. Lima: Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pp. 246-248.
- GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco J.
- 2014 *Derecho Internacional Privado*. Segunda edición. Pamplona: Editorial Arenzadi S.A., pp. 382, 403-405.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco
- 1998 “La Convención Interamericana y los Contratos Internacionales”. *Revista de Derecho Privado, Año 8, N° 27. Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM*. Ciudad de México, ISSN 0188-5049, pp. 120- 173. Consulta: 1 de octubre de 2015.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/27/pr/pr9.pdf/>
- 1997 “La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del Derecho conflictual internacional”. *Revista de Derecho Privado, Año 8, N° 24. Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM*. Ciudad de México, ISSN 0188-5049, pp. 117-149. Consulta: 1 de octubre de 2015.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf/>
- GRIGERA NAON, Horacio
- 2002 “Los árbitros internacionales: ¿Pueden o deben aplicar las leyes de policía?” En KLEINHEISTERKAMP, Jan y LORENZO, Gonzalo (coordinadores). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina: liber amicorum de Jurgen Samtleben*. La Rioja - España: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 599-600 y 603-616.
- HARGAIN, Daniel y Gabriel MIHALI
- 2008 “Capítulo XX: URUGUAY”. En ESPLUGUES MOTA, Carlos, HARGAIN, Daniel y PALAO MORENO, Guillermo (directores). *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Buenos Aires-Montevideo: B de F Ltda., pp. 765-787.
- HOLLEAUX, Dominique, Jacques FOYER y Geraud DE LA PRADELLE
- 1987 *Droit International Privé*. París: Edition Masson, pp. 590-592.
- LANDA ARROYO, César.
- 2014 “La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites”. *THEMIS-Revista de Derecho de la Asociación*

Civil THEMIS de la Facultad de Derecho de la PUCP por el 30 Aniversario del Código Civil. Lima: número66, pp. 309-327.

LEIBLÉ, Stefan.

2011 “La importancia de la Autonomía Conflictual para el Futuro del Derecho de los Contratos Internacionales”. *Revista Chilena de Derecho. Cuadernos de Derecho Transnacional*. Santiago: volumen 3, N°1, pp. 214-233.

LORENZ, W.

1957 *Vertragsschluss und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands*. Heidelberg: pp. 154.

LOUSSOUAN, Y; BOUREL, P.

1988 *Droit international privé*. 3eme éd.Paris: Dalloz, pp. 182.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia

2013 “Instituciones Generales de DIPr. Más allá del Problema Conflictual”. En: GUERRA, V.H, MADRID MARTÍNEZ, C., y PÉREZ, Y (coordinadores). *Estudios de Derecho internacional privado en Homenaje a Tatiana Maekelt*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, pp. 155-226.

MONROY CABRA, Marco Gerardo

2012 *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., pp. 338-360

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio

2014 *Contratación y arbitraje internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Editorial Temis. Colección Internacional N° 48.

2013 *Autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado paraguayo*. s/l. Consulta: 31 de julio de 2015, pp. 409-451

<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/JOSE-MORENO-Autonomia-de-la-voluntad-en-el-derecho-internacional-privado-paraguayo.pdf/>

OVIEDO ALBÁN, Jorge

2012 La ley aplicable a los contratos internacionales. *Revista Colombiana de Derecho Internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana*. Bogotá, 2012, volumen 10, número 21, pp.117-157. Consulta: agosto 15, 2015.

<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13695>

PEÑA VALENZUELA, Daniel

2005 “Comunidades virtuales: ¿crisis del paradigma contractual internacional?”. En ZAPATA DE ARBELAÉZ (compiladora). *Derecho Internacional de los Negocios. Tomo II*: Impreso en Lima: Universidad del Externado de Colombia, pp. 275-294.

POMMIER, Jean-Christophe

1992 *Principe D'Autonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventionnel. Collection Droit Civil.* En SERIE: Etudes et Recherches. Paris: Ed. Económica, pp. 15-35, 172-177, 186-190.

REVOREDO DE MUR, Delia

1994 “La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica”. *THEMIS-Revista de Derecho de la Asociación Civil THEMIS de la Facultad de Derecho de la PUCP por el 10 Aniversario del Código Civil.* Lima: número 30, pp. 231-241.

1985 *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios.* Tomo VI. Lima: Diagramación E.I.B.M.

REVOREDO, Delia

1985 *Derecho Internacional Privado, exposición de motivos y comentarios. Libro X.* En *REVOREDO DELIA* (coordinadora). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI.* Lima: OKURA Editores S.A., pp. 1005-1006.

RIVERA, Julio César

2008 “Arbitraje internacional: la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto”. En SOTO COAHUILA, Carlos Alberto (director) y MENDOZA MURGADO, Katty (coordinadora). *El arbitraje en Perú y en el mundo.* Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 249 – 280.

RODRÍGUEZ, Mónica S.

2011 “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”. *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales - UCES.* Buenos Aires, volumen XV, número 1, pp. 112-143. Consulta: 26 de setiembre de 2015.

<http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/1269/>

RUBIO CORREA, Marcial

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993.* Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 346-347.

SANCHEZ LORENZO, Sixto

2009 “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”. *Repositorio institucional de la Universidad de Granada.* Granada, volumen LX.I. Consulta: 31 de mayo de 2015.

<http://digibug.urg.es/bitstream/10481/19920/1/derecho%20aplicable%20arbitraje.pdf>.

R.E.D.I./

SAVIGNY, Federico Carlos

1879 *Sistema de Derecho Romano Actual*. Tomo VI. Madrid, pp. 36.

STRINGER, Dana

2006 "Choice of Law and Choice of Forum in Brazilian International Commercial Contracts: Party Autonomy, International Jurisdiction and the Emerging Third Way". *Columbia Journal of Transnational Law*. Columbia, volumen 44, número. 3, pp. 988-990.

TALLON, Denis

1968/1969 "Comparative Law: Expanding Horizons". *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, volumen X. s/l. pp. 271.

TOVAR GIL, Javier y María del Carmen TOVAR GIL

2008 "Capítulo XVII: PERÚ". En ESPLUGUES MOTA, Carlos, HARGAIN, Daniel y PALAO MORENO, Guillermo (directores). *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Buenos Aires-Montevideo: B de F Ltda., pp. 617 - 663.

TRIGUEROS GAISMAN, Laura

1994 "La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales". *Revista Alegatos de la UNAM*. Ciudad de México, número 28, pp. 383-394. Consulta: 16 de noviembre de 2015.

<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/25/28-04.pdf/>

VIAL UNDURRAGA, María Ignacia

2013 "La Autonomía de la Voluntad en la Legislación Chilena de Derecho Internacional Privado". *Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, versión On-line* ISSN 0718-3437. Santiago, volumen 40, número 3, pp. 891 – 927.

VILLAROEL BARRIENTOS, Carlos; VILLAROEL BARRIENTOS, Gabriel

1990 "Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones emanados de los Contratos Internacionales". *Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* ISSN 0716-0747. Santiago de Chile, volumen 17, número 2, pp. 351-365. Consulta: 7 de enero de 2015.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649697/>

VIRGOS SORIANO, Miguel

1995 *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Sexta edición. Madrid: Eurolex, pp. 174-178.

WILNER, Gabriel M.

1981 "Symposium - Conflicts of Law in Contracts between Developed and Developing Nations". *Georgia Journal of International and Comparative Law de la Universidad de Georgia*, volumen 11 GA, número 3, J. INT'L & COMP. L. 589, pp. pp.107. Consulta: 30 de mayo de 2015. <http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol11/iss3/8/>

Convenios y Convenciones Internacionales

Código Bustamante, La Habana 1928

http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf/

Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), Ciudad de México 1994

http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm/

Convención interamericana sobre normas generales de DIPr (CIDIP II), Montevideo 1979 y Declaración hecha por México y Uruguay al firmar la Convención, según consta en el Registro de firmas B-45 de 05/08/79.

<http://oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html/>

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena 1980.

<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf/>

Reglamento Roma I de 2008

Reglamento (CE) N°593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales L177/6.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF/>

Convenio de Roma de 1980

Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41980A0934/>

Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo 1889

<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/tratados/trat02207-2.htm/>

Constituciones Políticas, Códigos Civiles, Proyectos de Códigos, Leyes internas de DIPr y Arbitraje. Reglamentos de Arbitraje y Leyes Modelo

Constitución Política del Perú de 1993

Código Civil Argentino de 1869

Ley Argentina N° 26.994 del 01.10.2014, promulgada el 07.10.2014 que aprueba nuevo título de DIPr del CC. Argentino.

Consulta: 30 de noviembre de 2015

Código Civil Español de 1889

Consulta: 18.09.15

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/tprel.htm/>

Código Civil Peruano de 1984

Consulta: 1 de febrero de 2016

Código Civil Uruguayo de 1868, modificado por Ley 10.084 del 03.12.1941

Consulta: 17 de setiembre de 2015

<http://www.fder.edu.uy/2013/documentos/codigo-civil.pdf/>

<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975/>

http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/proyectos/2013/09/mrree_3044.pdf/

Ley Chilena N° 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional.

Consulta: 17 de setiembre de 2015

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697/>

Ley de Arbitraje Peruana (D. Leg. 1071) de 2008

Consulta: 01 de febrero de 2016

http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf/

Ley de Arbitraje de Brasil de 1996, Ley 9307.

Consulta: 1 de febrero de 2016

<http://www.leyprocesal.com/leyprocesal/de/ley-brasilena-de-arbitraje.asp?nombre=4306&cod=4306&sesion=1/>

Ley Japonesa de DIPr sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes 78/2006 de 21 de junio.

Entrada en vigor el 1 de enero de 2007. Consulta 6 de agosto de 2015.

<http://eprints.ucm.es/18138/1/T34237.pdf/>

Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Consulta: 17 de setiembre de 2015

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html/

Ley Venezolana N° 36.511 de DIPr, publicada el 06 de agosto de 1998

Consulta: 17 de setiembre de 2015

http://www.cne.gob.ve/registrocivil/uploads/repoDocs/f3da5e0a751b6624f84ac8169c28a92764ccc2c3_1293024671.pdf/

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010).

Consulta: 30 de setiembre de 2015

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf/>

Principles of European Contract Law – PECL (Parts I and II revised 1998, Part III 2002)

Consulta: 17 de setiembre de 2015

<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay de 2013 (remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en octubre 2013).

Consulta: 1 de febrero de 2016

Restatement (Second) of Conflict of Laws de E.E.U.U de 1971, (modificado 1989).

Consulta: 17 de setiembre de 2015

<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html/>

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

Consulta: 15 de agosto de 2015

<http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp/>

Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid

Consulta: 15 de agosto de 2015

http://www.arbitramadrid.com/web/corte/reglamento_corte/

Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (vigente desde 1.10.14)

Consulta: 15 de octubre de 2015

http://www.lcia.org//Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx/

Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional

Consulta: 15 de octubre de 2015

https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_spanish.pdf/

Jurisprudencia

- Nacional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 *Expediente N° 2670-2002*. Sentencia: 30 de enero de 2004. Fundamento Jurídico 3, inc. d y e.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02670-2002-AA.html/>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 *Expediente N° 0008-2003*. Sentencia: 11 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 26, inc.b.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html/>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 *Expediente N° 01963-2006*. Sentencia: 5 de diciembre de 2006. Fundamento Jurídico 25.

http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.html

PODER JUDICIAL

2014 *Expediente CAS N°04800-2012-0-5001-SU-CI-01*. Sentencia: 3 de marzo de 2014.

PODER JUDICIAL

2009 *Expediente CAS N° 000637-2009-1425733726041[1]*. Sentencia: 6 de agosto de 2009.

PODER JUDICIAL

2002 *Expediente CAS N° 2945-2001*. Sentencia: 11 de enero de 2002.

- **Internacional**

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (T.J.C.E)

2011 *DO C 80, de 27.3.2010, asunto C-29/10, 2011/C 139/14*(petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'Appel — Luxemburgo) — Heiko Koelzsch/ État du Grand-duché de Luxembourg. Sentencia: 15 de marzo de 2011. Consulta 5 de octubre de 2015.

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=84441&doclang=ES/http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.139.01.0009.01.SPA/

DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y EL NOTARIADO DE ESPAÑA (D.G.R.N)

1979 *Resolución de la D.G.R.N. de España del 6 de abril de 1979*. BOE. De 18 mayo 1979, pp. II.061.

PODER JUDICIAL DE ARGENTINA

1981 *Causa N° 28.895 de la Corte Suprema*. Sentencia:25 de marzo de 1981 (Caso “Bayaud Enrique s/Sucesión”).



ANEXO I

PROPUESTA NORMATIVA DE MODIFICACIÓN Y AJUSTES AL C.C. PERUANO LIBRO X: NORMAS VINCULADAS CON EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES, LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, SUS ALCANCES Y LIMITACIONES

LIBRO X

TÍTULO I

Disposiciones Generales

Incompatibilidad con principios fundamentales y excepción de orden público

Artículo 2049 - Propuesta de modificación

“Las disposiciones de la ley extranjera pertinentes según las normas peruanas de derecho internacional privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. Rigen en este caso las normas de derecho interno peruano”.

Derechos adquiridos

Artículo 2050.a - Propuesta de modificación

“Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado extranjero de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenía una conexión al momento de su creación serán reconocidas en el Perú, siempre que no sean manifiestamente contrarias a los principios fundamentales del derecho peruano”.

Normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata

Artículo 2050.b – Propuesta de adición

“Las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata, en consideración de su objeto y de su finalidad, serán aplicadas cualquiera que sea el derecho designado por las normas conflictuales nacionales. Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones internacionalmente imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes.

Una norma de aplicación necesaria o inmediata es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación

comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese el derecho aplicable según el presente Código”.

Aplicación armónica de diversas normas

Artículo 2050.c - Propuesta de adición

“Las diversas normas que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de las normas.

Las eventuales dificultades que puedan surgir por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta la equidad en el caso concreto”.

TÍTULO III

Ley Aplicable

Obligaciones contractuales y elección del derecho aplicable

Artículo 2095.a - Propuesta de modificación

“Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

La elección del derecho aplicable no supone la elección de foro, ni la elección de foro supone la elección del derecho aplicable.”

Obligaciones contractuales y variación del derecho aplicable

Artículo 2095.b - Propuesta de adición

”En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros ni lo ya ejecutado conforme al derecho oportunamente aplicable.”

Obligaciones contractuales y elección de varios derechos aplicables al contrato

Artículo 2095.c - Propuesta de adición

“La elección que hagan las partes sobre el derecho aplicable a su contrato puede referirse a la totalidad o a partes separables del mismo”.

Obligaciones contractuales y ley aplicable a falta de elección

Artículo 2095.d - Propuesta de adición

“Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.”

Presunciones respecto al lugar que presenta vínculos más estrechos con el contrato

Artículo 2095.e - Propuesta de adición

“Se presumirá que el contrato tiene vínculos más estrechos con:

- 1. En el caso del contrato de compraventa de mercaderías, con el derecho del país donde el vendedor tenga su residencia habitual.*
- 2. En el caso del contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, con el derecho del lugar de su situación.*
- 3. En el caso del contrato de prestación de servicios, con el derecho del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual.*
- 4. En el contrato de franquicia, con el lugar donde el franquiciado tenga su residencia habitual.*
- 5. En el contrato de distribución, con el lugar donde el distribuidor tenga su residencia habitual.*
- 6. En el contrato de venta de bienes mediante subasta, con el lugar donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse.*
- 7. En los demás contratos, se presumirá que los vínculos más estrechos están con el lugar del cumplimiento. Si hubieran varios lugares de ejecución y no pudiera determinarse el lugar de cumplimiento de la prestación característica del contrato, o si este no estuviera designado o no resultare de la naturaleza de la relación, se presumirá que los vínculos más estrechos están con el lugar de celebración del contrato.*

Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados anteriores se aplicará la ley de este otro país.”

Contratos de consumo

Artículo 2095.f – Propuesta de adición

1. *“El contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por el derecho del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:*

1.1. Ejercza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual; o

1.2. Por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir el derecho aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 2095. a. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.*

3. *Si no se reúnen los requisitos señalados en los incisos 1.1. y 1.2 del apartado 1, el derecho aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con el artículo 2095.a.”*

Contratos individuales de trabajo

Artículo 2095.g – Propuesta de adición

1. *“El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 2095.a. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.*

2. *En la medida en que el derecho aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por del derecho del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.*
3. *Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, el derecho aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.*
4. *Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará el derecho de ese otro país.”*

Límites a la autonomía de la voluntad y normas de aplicación necesaria

Artículo 2096 - Propuesta de modificación

“El derecho competente de conformidad con el artículo 2095 determina las normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria o inmediata y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. Se aplicarán necesariamente las disposiciones del foro cuando tengan el carácter de internacionalmente imperativas.

Será discreción del foro cuando lo considere pertinente aplicar las disposiciones de aplicación necesaria del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.