

LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES
EN EL DERECHO PERUANO*

*THE LAW GOVERNING INTERNATIONAL CONTRACTS IN
PERUVIAN LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 944-969

* Trabajo realizado en el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC).



Luz MONGE
TALAVERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de agosto de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El problema de la determinación de la ley más adecuada para regular los contratos internacionales ha sido actualizado en este contexto de crisis sanitaria. El presente artículo examina el régimen conflictual previsto en el Derecho Internacional Privado peruano. A partir de un acercamiento comparativo, pone en relieve un sistema conflictual completamente liberal que, desde 1984, marcó un claro alejamiento del criterio territorialista vigente en Latinoamérica. Hoy por hoy, la evaluación de su aplicación muestra sus limitaciones.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional Privado peruano, contratos internacionales; conflicto de leyes.

ABSTRACT: *The problem of determining the most appropriate law to regulate international contracts has been updated in this health crisis context. This article examines the conflictual regime provided in Peruvian Private International Law. Starting from a comparative approach, it highlights a completely liberal conflict system, which marked, since 1984, a clear detachment from the territorial criteria in force in Latin America. Today, an evaluation of its application shows its limitations.*

KEY WORDS: *Peruvian International Private Law, international contracts, Conflict of Laws.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y TERRITORIALISMO.-
1. La libertad de elección como principio.- 2. Alcance del principio de autonomía conflictual.-
A) Manifestación de la elección.- B) Momento de la elección.- 2. Subsidiaridad de los criterios territorialistas.- A) La ley del lugar de su cumplimiento.- B) Ley del cumplimiento de la obligación principal.- C) Ley del lugar de celebración del contrato.- 3. La forma del contrato internacional.- A) Locus regit actum.- B) Ley que regula la relación jurídica objeto del acto.-
III. EVALUACIÓN DEL REGIMEN CONFLICTUAL.- IV. POSIBILIDAD DE RECURRIR A NORMAS DE SOFT LAW.

I. INTRODUCCIÓN.

En el mundo globalizado de hoy, caracterizado por la multiplicación de contratos que traspasan las fronteras de los Estados, unido al desarrollo exponencial del “ciberspacio contractual”, queda siempre sobre el tapete la interrogante relativa a la ley que debe regir la relación jurídica.

La crisis sanitaria derivada de la propagación del covid-19 y sus consecuencias, el confinamiento obligatorio y el cierre de fronteras, ha actualizado la misma pregunta en el ámbito mundial. Basta mirar a nuestro alrededor para comprobar el devastador impacto de la pandemia en la esfera de los intercambios internacionales. Infinidad de contratos no han podido, no pueden y, posiblemente, no podrán ejecutarse más. Las partes y sus abogados intentarán encontrar a partir de la relectura de las cláusulas contractuales, una respuesta que las habilite a invocar la imposibilidad de la ejecución de las obligaciones, la excesiva onerosidad de la prestación, alguna cláusula que exonere su responsabilidad, la resolución, la rescisión o la resciliación del contrato. En la ausencia de respuestas previstas en el contrato, corresponderá al Derecho Internacional Privado de los Estados designar la conexión que permita identificar la ley aplicable.

Hoy más que ayer, apremia la determinación de la ley más apropiada para regular los contratos internacionales. Si, por un lado, el viejo sistema conflictual que remite a una ley estatal particular es fuente de insatisfacción pues termina por “nacionalizar”¹ las transacciones transfronterizas; por el otro, su eliminación en vista de la unificación global del derecho de los contratos tampoco se vislumbra

1 BONELL, M. J.: “The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review*, vol. 23, Issue 1, March 2018, pp. 15-41.

• Luz Monge Talavera

Profesora Asociada, Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC). Correo electrónico: LMonge@ulima.edu.pe

en un futuro próximo². Queda voltear la mirada a los derechos nacionales para identificar las coincidencias que nos permitan abrir caminos comunes.

El vigente régimen conflictual relativo a los contratos internacionales en el Perú fue consagrado en los años ochenta³. Si bien, no data de una época decimonónica, tuvo el mérito de alejarse del criterio territorialista que marca la legislación latinoamericana, para consagrar desde entonces principios que condicen con los criterios conflictuales que presiden hoy en día instrumentos internacionales. Actualmente, luego de aproximadamente 40 años, el análisis de su aplicación exige un reexamen.

II. AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y TERRITORIALISMO.

Tradicionalmente, en Derecho Internacional Privado peruano, los contratos y las obligaciones que de ellos se derivan se regían por la *lex loci contractus*. El principio fue consagrado en el Código Civil de 1852⁴ y recogido, con una redacción ligeramente diferente, en el Código Civil de 1936. Expresamente, este último precisaba que “La naturaleza y los efectos de la obligación se rigen por la ley del lugar donde fue contraída”⁵. Al optar por la *lex contractus*, el Perú se apartó de los Tratados de Montevideo, que se afiliaban a la *lex solutionis*⁶.

Advertimos, sin embargo, que el viraje fundamental en la evolución de la ley peruana se opera con la promulgación del Código Civil de 1984⁷. Para designar la ley aplicable al contrato internacional, este Código opta por un sistema mixto. Prioriza, en primer lugar, el criterio subjetivo, pero prevé también con carácter subsidiario un conjunto de criterios de naturaleza objetiva. La norma de conflicto consagra el principio de autonomía conflictual; paralelamente prevé, en caso de ausencia de elección, una pluralidad de factores de conexión vinculados al principio de proximidad. A ello se agrega que únicamente la forma del contrato podría obedecer –en caso de silencio de las partes– a la clásica regla *locus regit actum*.

2 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 10ª ed., 2018, núm. 447, p. 618.

3 Es aplicable también la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), cuya adhesión fue aprobada por el Estado peruano mediante Decreto Supremo 011-99-RE. Por otra parte, el Perú ha ratificado el Código Bustamante y Tratado de Montevideo de 1889. No ha hecho lo propio con el Tratado de Montevideo de 1940.

4 Art. 40: “Siempre que se trate de una obligación contraída en país extranjero, las leyes del país donde se celebró, sirven para juzgar del contrato, en todo aquello que no esté prohibido por las del Perú. Regirán sólo las leyes peruanas, si a ellas se sometieron los contratantes”.

5 Código Civil peruano de 1936, art. VII del Título Preliminar.

6 Como lo señala García Calderón, “la disconformidad explica, las reservas formuladas por la delegación peruana al Tratado de Montevideo de 1940”. Tratado que finalmente no se ratificó. GARCÍA CALDERÓN, M.: *Derecho Internacional Privado*, UNMSM, Lima, 1969, p. 248.

7 En 1984, se reserva el Libro X el Código Civil, al conjunto de normas Derecho Internacional Privado.

I. La libertad de elección como principio.

Desde 1984, el sistema conflictual en materia de contratos internacionales, se decanta por una técnica completamente liberal. Tomando como base, un principio considerado en la actualidad como “uno de los paradigmas más ampliamente aceptados del derecho internacional privado contemporáneo”⁸, la ley peruana ubica la voluntad de los contratantes en el corazón del régimen conflictual. En efecto, el art. 2095 CC prevé expresamente que “Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes”.

La libertad de elección, en tanto principio rector de la ley aplicable a los contratos internacionales, tiene en Perú, como podemos constatar, origen legislativo. Contrariamente, en países como Francia, España, Alemania o Bélgica, fue primero sancionado por la práctica jurisprudencial⁹ y luego recogido en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, transformado posteriormente en el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (2008).

A nivel latinoamericano, la norma peruana marcó en 1984 un claro alejamiento del criterio territorialista que dominaba la legislación, tanto en el ámbito interno como a nivel convencional¹⁰. Cabe precisar que el criterio de la *lex solutionis* consagrado en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, fue seguido tanto en Chile¹¹ como en Colombia¹². La legislación común de los países del Mercosur prefirió guardar silencio sobre el particular; a pesar de pronunciarse sobre los aspectos procesales¹³. Si bien desde 1994, con la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales, vientos de reforma soplan en el hemisferio sur, la incorporación de la ley de autonomía en las legislaciones internas es relativamente lento. A parte de México y Venezuela que ratificaron dicha Convención; el principio de la autonomía de la voluntad en la elección de la

8 SYMEONIDES, SYMEON, C.: “The Hague Principles on Choice of Law for International Contratos: Some Preliminary Comments”, *The American Journal of Comparative Law*, 2013, núm. 4, pp. 873- 875. Vid. OEA (2016), *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas*, OEA/SG, DDI/doc. 3/16, p. 6.

9 GIULIANO, M. et LAGARDE P.: *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE 31 Oct. 1980, núm. C282, p. 15.

10 REVOREDO DE MUR, D.: “La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica”, *Themis*, núm. 30, Lima, 1994, pp. 231-241.

11 VILLARROEL BARRIENTOS, C. y VILLARROEL BARRIENTOS, G.: “Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales”, *Revista chilena de derecho*, 1990, vol. 17, pp. 351-365.

12 En Colombia el Código de Comercio, art 869, precisa que “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”.

13 ALBORNOZ, M.M.: “El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del Mercosur”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, XLII (125), pp. 631-666.

ley aplicable ha sido consagrado, por ejemplo, en Argentina (2014)¹⁴, en Paraguay (2015)¹⁵ y también en Uruguay (2020)¹⁶.

A) Alcance del principio de autonomía conflictual.

La ley peruana reconoce a los contratantes un extenso poder que les habilita a someter el contrato al imperio de una ley designada por ellos mismos según sus propios intereses (*lex voluntatis*). Así de común acuerdo ambos contratantes pueden apartar la aplicación de la ley estatal que normalmente debería regir el contrato, –ley del país en el cual se celebra y/o a la ley del país en el cual se ejecutan las obligaciones– para someterlo en virtud de un pacto de *electio juris* a una tercera ley.

La libertad de elección prevista en la ley peruana es amplísima. Al igual que lo establecido en los Principios de La Haya¹⁷, los contratantes pueden optar por la ley de cualquier Estado. Inclusive por aquella ley que no presente vínculo alguno con el contrato. Contrariamente, el Código Civil español, por ejemplo, luego de reconocer la misma libertad de elección, exige que la ley designada tenga “alguna conexión con el contrato”¹⁸.

Más allá, la eficacia de la elección se subordina naturalmente al carácter internacional de la relación jurídica, pues si el contrato no presenta elementos de extranjería esa libertad simplemente no existe. Voces autorizadas remarcan que “la internacionalidad del contrato es un presupuesto de la autonomía conflictual”¹⁹.

Es entonces obvio que, en materia de contratos internacionales, las partes benefician de una libertad muchísimo más extensa que aquella que la ley les reconoce en el ámbito contractual interno. Esta irrestricta libertad ha motivado naturalmente objeciones pues se manifiesta preferir la designación de una “ley

14 Código Civil y Comercial, art. 2651: “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”. Se entiende que el artículo se refiere a los contratos internacionales a pesar de que no lo precisa expresamente pues se encuentra en el Título IV (Disposiciones de Derecho Internacional Privado).

15 Ley núm. 5393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” vigente desde enero de 2015 y que recoge los Principios de La Haya sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales. Vid. ESTIGARRIBIA GUTIÉRREZ, H.: “Aporte desde el derecho internacional privado a la legislación paraguaya: La Ley núm. 5393/15 Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.*, vol. 5, Asunción, marzo, 2017.

16 Art. 45 (Ley aplicable por acuerdo de partes): “Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan”. Ley general de Derecho Internacional Privado aprobada por la Cámara de Representantes el 17 de noviembre 2020. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19920-2020>.

17 Art. 2, Libertad de elección: “No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación”. *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, Hague Conference on Private International Law, 2016.

18 Art. 10.5, Título Preliminar del Código Civil (introducido en la Reforma de 1974).

19 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional privado*, cit., núm. 451, p. 621.

material efectivamente vinculada a la relación jurídica sustantiva²⁰. Nosotros consideramos lamentable, dentro del sistema peruano, la ausencia de excepciones al principio de autonomía conflictual tratándose, por ejemplo, de contratos de consumo, de seguros o de trabajo. En estos supuestos debería excluirse el principio con la finalidad de proteger a la parte débil de la relación contractual, como lo prevé tanto Los Principios de La Haya²¹ como, implícitamente, los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Cabe sin embargo precisar que, dentro de la perspectiva de la legislación peruana, no estamos frente a una libertad todopoderosa ni del todo ilimitada. La elección será válida siempre que sea compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres²². Igual postulado prevé también la Convención de México²³. El legislador busca de este modo levantar tibias barreras para evitar el abuso de derecho o el fraude a la ley.

Más allá, la preferencia por la aplicación de una ley diferente puede justificarse por múltiples razones. Es posible que las partes estimen que el derecho elegido es más adecuado, porque encaja mejor con las necesidades de los intercambios internacionales. Igualmente, su motivación podría centrarse en el hecho de que en ese país –en tanto ya ha sido ratificado– es aplicable un convenio internacional determinado, o, simplemente, porque eligiendo la ley de un tercer Estado se opta por una ley que puede ser calificada como “ley neutra”²⁴. Es evidente por otra parte que la existencia de una cláusula de *electio juris* facilita la administración de justicia, al eliminar todo tipo de duda sobre la identificación de la ley aplicable en la eventualidad de un litigio. Así, es consenso que, “la elección por las partes del derecho regulador del contrato produce una serie de beneficios que van, desde la previsibilidad y uniformidad en la respuesta aportada, hasta la consecución de un régimen jurídico estable que, además, toma en consideración las expectativas de las partes”²⁵.

En todo caso la voluntad de los contratantes se erige claramente en el criterio de conexión que designará la ley destinada a regir todo lo relativo la formación y los efectos de los contratos internacionales. Pudiendo, como observa Sandrine

20 GARCÍA CALDERÓN, G.: “Comentario al art. 2095 CC”, en *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Tomo X, Lima, 2005, p. 859.

21 Art. 1: *Ámbito de aplicación. Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, Hague Conference on Private International Law, 2016.

22 Código Civil peruano, art. 2049.

23 Art. 18: “El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro”.

24 MAYER, P. et HAEUZÉ, V.: *Droit international privé*, 11ª ed, LGDJ, Paris, 2014, p. 519.

25 ESPUGLES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho Internacional Privado*, 11ª ed, Valencia, 2017, p. 592.

Clavel²⁶, “invalidar algunas cláusulas introducidas por las partes en el contrato, y aun invalidar el contrato en su conjunto”.

Conviene precisar, aun cuando la ley peruana no lo dice, que el pacto de elección de ley aplicable es naturalmente un negocio distinto del contrato internacional. El pacto podría ser nulo pero el contrato válido y viceversa. Sobre el particular subrayamos la meridiana claridad del art. 10.I del Reglamento Roma I donde se precisa que la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, se someten a la ley que sería aplicable si el contrato o la disposición fueran válidos. Dicha ley, como lo precisan los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, “no es otra que la propia ley señalada en la cláusula de elección, aplicada como ley hipotética o ficticia”²⁷. Asimismo, el Reglamento permite que cualquiera de las partes invoque la ley de su residencia habitual para demostrar que no ha manifestado su consentimiento.

B) Manifestación de la elección.

Podemos preguntarnos ahora si la elección de la ley aplicable debe resultar de una declaración expresa o si podría ser deducida a partir de la interpretación del contrato o de la conducta de las partes. ¿Es posible pensar en una elección implícita? La respuesta es afirmativa para la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales²⁸ como para el Reglamento Roma I. Este último instrumento legislativo permite una elección tácita²⁹, pero “basado en una elección real, es decir, en la auténtica voluntad subjetiva de las partes”³⁰.

Contrariamente, para el Código Civil peruano la elección de la Ley reguladora del contrato no puede resultar de una voluntad tácita. El legislador descarta toda posibilidad de interpretación de las cláusulas contractuales o de las tratativas precontractuales para buscar una supuesta voluntad de someter el contrato a una ley diferente. En efecto, el pacto de *lege utenda* no solamente debe surgir de la voluntad común de las partes, sino que la elección debe manifestarse de manera expresa; es decir, en cláusula contractual específica. Así lo entiende también la doctrina al señalar que la ley peruana “no reconoce la voluntad tácita o presunta de las partes en el sentido de que se pueda interpretar el contrato, para efectos

26 CLAVEL, S., *Droit international privé*, 4^a ed., Dalloz, Paris, 2016, p. 588, núm. 967.

27 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 622, núm. 452.

28 Art 7: “el acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”.

29 Reglamento Roma I, art. 3.

30 Se trata, en realidad, como lo señala el profesor Fernández Rozas, de “extraer del propio contrato y de los elementos circundantes o circunstanciales la convicción acerca de un consentimiento real, aunque implícito, de las partes en la ley aplicable”. El criterio es en realidad “restrictivo”. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., núm. 453, p. 623.

de someter la búsqueda de la solución del conflicto a una ley determinada, sólo reconoce la voluntad expresada en él"³¹.

En ese sentido, la posición legislativa deja de lado, por seguridad jurídica, toda posibilidad de que el magistrado o las mismas partes puedan invocar, mediante un proceso de interpretación de las cláusulas contractuales, la supuesta existencia de un acuerdo implícito de las partes para someter el contrato a una ley cuya designación no obedece a la libre, verdadera y manifiesta intención común de los contratantes.

Siguiendo esta idea, nada impide tampoco que las partes puedan prever una (o más) cláusula de *electio juris* en la cual designen la competencia de una determina ley para regir una parte del contrato y una ley diferente para otra parte del mismo (*dépeçage*). A diferencia de la Convención de Roma que consagra expresamente que las partes pueden designar la ley aplicable a la totalidad del contrato o a una parte del mismo; la ley peruana, admite de manera explícita que la forma del contrato pueda obedecer a una ley diferente de aquella que rige la relación jurídica objeto del acto. Así rompiendo la unidad del estatuto contractual queda permitido, que las partes prevean que una misma relación jurídica sea regida por leyes de diversos países³². En esa eventualidad, diremos con el profesor Lagarde que en la hipótesis de fraccionamiento "la elección debe ser coherente"³³.

Por otro lado, conviene interrogarse si la existencia de una cláusula expresa de elección de fuero en el contrato internacional, ¿podría llevarnos a deducir una voluntad implícita de someterse a la ley de ese país? Como lo remarca M. Bernard Audit "una cláusula atributiva de jurisdicción es naturalmente interpretada como manifestación de elección de la ley del referido país"³⁴. En efecto, parece poco probable –como también lo advierte el profesor Audit– que las partes reconozcan jurisdicción al juez de un país y paralelamente sometan el contrato a la ley de otro Estado.

No obstante, en el estado de la legislación peruana, carece de significación el proverbio *qui elicit iudicem elicit jus*. La existencia de una cláusula atributiva de jurisdicción que designa al foro peruano, no vincula el fondo del contrato a la ley peruana. Y la jurisprudencia peruana así lo ha entendido y aplicado.

31 GARCÍA CALDERÓN, G.: "Comentario al art. 2095 CC", en *Código Civil comentado*, cit., p. 860.

32 "Un contrato constituye un todo es entonces deseable verlo regido por una sola ley". AUDIT, B.: *Droit international privé*, Economica, 3ª ed., Paris, 2000, p. 701, núm. 819.

33 GIULIANO M. et LAGARDE P.: *Rapport*, cit, p. 15 y ss.

34 AUDIT, B.: *Droit international privé*, cit., p. 680.

C) Momento de la elección.

El Código Civil de 1984 no se pronuncia si la elección de la *lex contractus* debe ser antes o después de la formación del contrato. En principio, la designación debería realizarse en el momento de la celebración; sin embargo, nada impide que pueda ser posterior e incluso cabe la posibilidad que mediante un acuerdo ulterior las partes modifiquen un acuerdo precedente.

En esta última hipótesis conviene afirmar que la modificación de la ley seleccionada no podría afectar la validez formal del contrato. Así, es consenso que "la elección tardía, como la modificación de una elección anterior; operan retroactivamente, bajo reserva de un límite importante: la nueva ley elegida es reputada haber regido el contrato desde el momento de su celebración, pero no podría afectar ni la validez formal del contrato ni los derechos de terceros"³⁵.

2. Subsidiaridad de los criterios territorialistas.

En algunos casos las partes no designan *lex contractus*, sea por que pasaron por alto la posibilidad de elección, no llegaron a un acuerdo o, simplemente, porque a pesar de la elección, el *pactum de lege utenda* deviene nulo o ineficaz. Aun cuando a primera vista, las hipótesis planteadas parecen raras, en realidad se trata de supuestos "más frecuente(s) de lo que se piensa"³⁶. Corresponde entonces indagar si ¿estamos frente a un *contrato sin ley*?

En realidad, no existe contrato sin ley. "Todo contrato internacional esta necesariamente vinculado a la ley de un Estado"³⁷. En este último caso corresponderá al juez de la causa designar la *lex contractus* aplicando la conexión establecida en el Derecho Internacional Privado del fuero. En el ámbito del derecho comparado los criterios utilizados para la designación de la Ley reguladora del contrato son, por ejemplo, aquella del país donde debe cumplirse la prestación característica³⁸ o aquella más estrechamente vinculada a la relación jurídica; considerando, el lugar de celebración o de cumplimiento de las obligaciones, o en fin el domicilio de alguna de las partes (especialmente el del deudor).

Para localizar geográficamente el contrato, el legislador peruano ha optado por un sistema que descarta toda búsqueda de una voluntad implícita o presunta

35 CLAVEL, S.: *Droit international privé*, cit., p. 589, núm. 972.

36 Debido al hecho de que "la designación de la Ley reguladora del contrato se toma "de modo precipitado e incluso inadecuado. Es el *champagne hour syndrome*". CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018, núm. 152, p. 987.

37 Corte de Casación Francesa, *Messageries Maritimes*, Civ. 21 junio 1950, *Rev. Crit.* 1950. 609.

38 Es el criterio retenido por Convenio de Roma y el Reglamento "Roma I". Dentro de los cuales la prestación característica es aquella obligación que caracteriza el tipo contractual y define la función económico social del negocio.

de las partes. Consagra, con carácter subsidiario a la autonomía de la voluntad, una pluralidad de criterios de conexión que toman en consideración elementos materiales u objetivos dejando al juez un margen de apreciación especialmente estrecho; tal como sucede en el derecho internacional privado español o italiano. Se trata de conexiones territorialistas rígidas que deben aplicarse en cascada y que automáticamente ubican el contrato en un país determinado eliminando toda posibilidad de presunción o interpretación casuística en particular.

En efecto, el art. 2095 CC establece, “Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración”.

Observamos entonces una pluralidad de factores de conexión dirigidos a someter el contrato a la ley del país que presente los vínculos estrechos. Sin embargo, la rigidez de la fórmula legislativa podría desembocar en un resultado opuesto al espíritu de la norma. Así en la aplicación de una ley sin vinculación concreta alguna o que enmascara una situación de fraude o *forum shopping*.

A) La ley del lugar de su cumplimiento.

En defecto de cláusula expresa que someta el contrato y a las obligaciones al imperio de una ley estatal determinada, el Código peruano establece como primer criterio de conexión la ley del lugar donde las obligaciones deben cumplirse.

Se trata de una conexión de naturaleza objetiva que se inclina por ley del lugar que presenta vínculos muy estrechos con el contrato. Así, si las obligaciones del contrato deben cumplirse en un país determinado, cae por su propio peso que se reconozca a la ley interna del mismo, competencia para calificar la conformidad de su ejecución de cara a las previsiones de las partes. Generalmente, la *lex solutionis* presenta, vínculos significativos con el desenvolvimiento de la relación contractual y consideramos justificado el carácter preponderante que la ley peruana le reconoce.

La sumisión del contrato al imperio de la ley del lugar de su ejecución, *locus executionis*³⁹, no es, sin embargo, una solución que satisfaga a todos pues las obligaciones contractuales pueden ejecutarse en diversos países y en consecuencia podrían regirse por leyes estatales diferentes en función del país en cuyo territorio

39 Es una conexión utilizada durante el Siglo XIX en diversos países europeos, entre ellos Alemania y Suiza.

deben cumplirse. Lo cual podría ser fuente de inseguridad jurídica. Contrariamente, esa posibilidad no parece generar el mismo rechazo en la jurisprudencia alemana pues admite que si las obligaciones de un mismo contrato deben ejecutarse en países diferentes, cada obligación puede ser regida por la ley del país donde debe ejecutarse.

B) Ley del cumplimiento de la obligación principal.

En la eventualidad de que el lugar de cumplimiento no pueda determinarse o que las obligaciones deban cumplirse en países distintos, la *lex contractus* será aquella del lugar donde debe cumplirse la obligación principal.

La identificación de la obligación principal puede generar dificultades. En términos generales nos referimos a ella como aquella prestación por la cual se adeuda el pago. Así en el contrato de compraventa el lugar del cumplimiento de la obligación principal, será aquel en el cual debe efectivamente entregarse del bien. En el contrato de prestación de servicios, debe tomarse en consideración la ley del lugar donde el trabajador debe cumplir la prestación. Cuando el contrato (compraventa, arrendamiento, donación) tiene por objeto un bien inmueble será, naturalmente, la ley del lugar donde se localiza efectivamente el mismo. Obviamente, en todos los casos se encuentra a cargo de la otra parte una prestación indiferenciada que es el pago de una suma de dinero.

Si con todo no es posible identificar la obligación principal o que obligaciones de la misma naturaleza se deben en Estados diferentes (contrato de prestación de servicios, obligaciones de dar o hacer que deben ejecutarse en diversos países) corresponde voltear la mirada, finalmente, hacia la ley del lugar de celebración.

C) Ley del lugar de celebración del contrato.

En el caso de que no pueda determinarse con precisión el lugar del cumplimiento de la obligación principal o si ese lugar es indeterminado o ambiguo según la naturaleza de la obligación, la *lex contractus* será aquella del país en el cual el contrato ha sido celebrado. El sometimiento de la integralidad del contrato a la ley del lugar donde se forma, propugnado desde la doctrina por Savigny y Story, es un principio general en diversos ordenamientos jurídicos⁴⁰.

Conviene observar, sin embargo, que esta opción legislativa no es necesariamente la mejor; primero, porque vincula el contrato a un elemento que no guarda

⁴⁰ Es el caso, por ejemplo, de España o Italia o el Tratado de Benelux de 1969 que no entró en vigor. En España, el art. 10.5 Título Preliminar del Código Civil, prevé una pluralidad de criterios de conexión: a) la ley expresamente elegida por las partes siempre que la misma tuviere alguna conexión con el contrato, b) en su defecto, la ley nacional común a las partes; c) a falta de nacionalidad común, la ley de residencia habitual común; d) finalmente, la ley del lugar de celebración del contrato.

relación con la “esencia de la obligación”⁴¹. En efecto, no tiene incidencia alguna sobre el desenvolvimiento de las obligaciones y podría revelarse completamente desarticulado de la relación contractual. Por ejemplo, en la contratación internacional de reaseguro tiene una importancia decisiva la localización del riesgo o el establecimiento de las partes⁴². Igualmente, un contrato celebrado en Nueva York entre una empresa peruana y otra mejicana, cuya ejecución de obligaciones contractuales se desarrollará íntegramente en el Perú (entrega de la mercancía) y Méjico (pago del precio), tiene con Estados Unidos un vínculo irrelevante para examinar la conformidad de las obligaciones contractuales.

En fin, nos preguntamos si resulta más pertinente designar como ley reguladora del contrato, simplemente, aquella que presente los vínculos más estrechos con el contrato. La respuesta creemos que es negativa. La opción nos motiva algunas reservas, pues si bien exige la búsqueda de la ley más apropiada en función del análisis de cada contrato en particular; deja, sin embargo, un margen de apreciación demasiado amplio que podría ser fuente de inseguridad jurídica.

En realidad, los criterios territorialistas como el lugar de celebración del contrato (*locus regit actum*) o de ejecución de las obligaciones (*lex solutionis*), además de ser criterios rígidos, tienen un “potencial localizador débil”⁴³. Y muchas veces desembocan en una “gran incertidumbre”⁴⁴. El grado de vinculación sólo puede ser determinado mediante el análisis de cada contrato en particular. Así lo estima el profesor Fernández Rozas al señalar que “lo fundamental no es la circunstancia geográfica, sino la medida en que tal vinculación responde a las exigencias de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad de las partes a tenor de la finalidad económica y jurídica de un contrato determinado”⁴⁵

Creemos que la mejor solución, frente a la ausencia de ley de autonomía, será siempre optar por la competencia de la ley que tenga los vínculos más estrechos, pero estableciendo parámetros que simplifiquen su búsqueda y determinación. Tal como lo prevé, por ejemplo, la Convención de Roma⁴⁶ o la Convención de Méjico de 1994. Esta última dispone en su art. 9 que: “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”.

41 GIULIANO, M. et LAGARDE, P.: *Rapport*, cit., p. 20.

42 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 625, núm. 457.

43 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 1010, núm. 197.

44 MAYER, P. et HAEUZÉ, V.: *Droit international privé*, cit., p. 535.

45 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 625, núm. 457.

46 Convención de Roma, art. 4, línea 2.

3. La forma del contrato internacional.

El sistema peruano de Derecho Internacional Privado no contiene norma específica que disponga la ley que debería regir la forma de los contratos internacionales. Consagra más bien una norma de alcance general tanto para actos jurídicos patrimoniales como para actos jurídicos no patrimoniales. Así, el art. 2094 establece que: “La forma de los actos jurídicos (...) se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto”. (...).

Dos constataciones se desprenden. En primer lugar, siendo los contratos la categoría más importante de los actos jurídicos patrimoniales debe entenderse que estos se encuentran englobados bajo la denominación genérica de *actos jurídicos* a los que se refiere el art. 2094⁴⁷.

Se advierte, en segundo lugar, que el art. 2094 consagra, una regla de conflicto alternativa que prevé una doble conexión. Así, la forma de los contratos internacionales se somete, *in primis*, a la ley del lugar de su celebración; sin embargo, esta regla no tiene carácter imperativo pues la norma de conexión admite la posibilidad de que, por acuerdo de voluntades, los contratantes puedan apartarla. En esta hipótesis, la celebración del contrato puede someterse a la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. El contrato será válido si satisface las exigencias formales de cualquiera de esas dos leyes.

A) *Locus regit actum*.

El establecimiento de formalidades o solemnidades para la celebración de un contrato, tiene por finalidad garantizar que la manifestación de voluntad de las partes sea libre, consciente y real; pero además esa voluntad debe ser conforme al orden público. Lo que se busca es garantizar seguridad jurídica, no solamente a las partes sino también a terceros.

En esa línea, para regir la forma de los contratos internacionales, el Código peruano opta –con carácter facultativo– por la tradicional y famosa regla *locus regit actum* (el lugar rige el acto). La máxima implica que los actos jurídicos celebrados en país extranjero deben ser revestidos de las solemnidades previstas en la legislación del mismo. Su observancia subordina su eficacia en el Perú. La disposición toma en cuenta, simplemente, que “los actos reciben el ser en el lugar

47 El artículo de la referencia reproduce textualmente el texto del artículo XX del Título Preliminar de su predecesor Código Civil de 1936. Una referencia similar se encuentra en Francia, en el art. 6: *Sous réserve de l'application des articles 10 à 13, "les formes de tous les actes juridiques volontaires, et notamment des contrats, sont déterminées par la loi du lieu de la passation de l'acte, les règles de la procédure, par la loi de la juridiction saisie. Loi prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé"*.

donde son celebrados, es la ley de ese lugar que les da la vida⁴⁸. En ese sentido, la ley del lugar de su celebración aparece como una “conexión natural”⁴⁹.

La regla, acuñada por los post-glosadores Bartolo y Baldo⁵⁰, es de alcance universal. Fue admitida primero por la doctrina y la jurisprudencia; posteriormente consagrada en la generalidad de codificaciones del mundo⁵¹. En efecto, numerosos países la incorporan en forma expresa⁵², otros restringen su aplicación a ciertos actos jurídicos⁵³; y hay también aquellos en los que si bien, no se encuentra referencia legal, la doctrina y la jurisprudencia la aplican. Es el caso, por ejemplo, del Código Civil Colombiano que a pesar de no tener norma expresa en la materia, la doctrina⁵⁴, interpreta el art. 21 referido a la formalidad de los instrumentos públicos, para acoger el principio de que los contratos internacionales se rigen por la ley del lugar de su celebración.

Sin embargo, autores latinoamericanos expresan su desconfianza. Se dice, por ejemplo, que la regla *locus regit actum* podría favorecer el fraude a la ley en el caso de que los contratantes decidan celebrar el negocio en el lugar en un lugar determinado, “no por sus conexiones reales con él, sino para lograr la aplicabilidad de un Derecho que les conviene⁵⁵. Si la objeción es insoslayable, queda siempre que la elección debe ser compatible con el orden público internacional y las buenas costumbres⁵⁶.

Más allá, la aplicación del viejo adagio *locus regit actum* se justifica por razones de orden práctico. Normalmente, las partes conocen la ley del lugar donde se encuentran, lo cual facilita el cumplimiento de las formalidades exigidas para la celebración de cualquier contrato.

En la misma línea, para garantizar la validez del contrato, la ley peruana dispone que la capacidad de los contratantes, en tanto y en cuanto es un requisito esencial

48 DI STEFANO NAPOLITANI, G. : *La maxime 'locus regit actum'. Etude de droit international privé*, Imprimerie L. Brusset Blanc, 1887, p. 14. Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

49 BATTIFOL, H. : *Droit international privé*, T II, LGDJ, Paris, 1971, p. 208.

50 Corresponde también a los post-glosadores el mérito de distinguir el procedimiento del fondo. Así sometían las reglas de procedimiento (ordinaria litis) a la ley del foro y las reglas de fondo (decisoria litis) a la regla *locus regit actum*.

51 Aun cuando no fue finalmente consagrado, en el primer proyecto del Código Napoleón se establecía que “la forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés”.

52 El Código civil argentino consagra el principio en al art. 2649: “Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado”.

53 Formalmente consagrada en el Código Napoleón para los actos de estado civil y los testamentos.

54 MONROY CABRA, M.: *Tratado de Derecho Internacional privado*, Temis, Bogotá, 1999, p. 304 y s., núm. 12 y 18.

55 GOLDSCHMIDT, W.: *Derecho Internacional privado*, A. Perrot, Buenos Aires, 2011, núm. 228, p. 385.

56 Art. 2049 CC.

para su validez, se somete también a la *locus regit actum*⁵⁷. Esta solución, instaurada por el derecho francés se funda, naturalmente, en la necesidad de brindar seguridad jurídica y coincide con el Convenio (art. 11) y el Reglamento Roma I (art. 13), que prevén que cuando ambos contratantes se encuentran en un mismo país, una persona física capaz según la ley de ese país no puede invocar una incapacidad que resulta de otra ley.

Por otro lado, si bien la contratación por medios electrónicos ha trastornado y transformado nuestros clásicos esquemas, la fórmula *locus regit actum* brinda siempre seguridad jurídica ya que como lo remarca Battifol, el lugar de celebración es “generalmente uno y determinado, mientras que el lugar de ejecución podría ser múltiple e indeterminado”⁵⁸. Es claro también que al conceder –como escribe García Calderón– “valor a los actos realizados en el extranjero y obligando a aceptar el efecto extraterritorial de las leyes que regulan la forma de los actos”⁵⁹, la regla peruana favorece la celebración de contratos internacionales.

Sin embargo, dado que la norma no tiene carácter imperativo, las partes podrían preterir la ley del lugar donde celebran el contrato, para optar por otra que corresponda mejor a sus intereses y expectativas.

B) Ley que regula la relación jurídica objeto del acto.

En el régimen conflictual peruano la forma de los contratos internacionales puede ser sometida a una conexión alternativa a la ley del lugar de su celebración; es decir, a la “ley que regula la relación jurídica objeto del acto” (art. 2094). Basta que las partes -en ejercicio de la amplia libertad que la ley les reconoce- decidan de común y expreso acuerdo, dejar de lado la *lex loci celebrationis* para someter a una sola ley la totalidad del contrato. Es decir, la forma puede sujetarse a la ley de autonomía o a la ley del cumplimiento de las obligaciones. Aun aquí, la designación podría recaer en la ley interna de cualquier país del mundo.

Se admite así, que un contrato internacional celebrado en el Perú pueda sujetarse a la forma prevista por una ley extranjera. Mutatis mutandis, se reputará como válido el contrato concluido en el extranjero en estricto cumplimiento de las exigencias formales previstas en el ordenamiento jurídico de un tercer o cuarto país. Conviene tener presente no obstante que, en cualquiera de las dos hipótesis una eventual acción de nulidad debería quedar desestimada sólo si la forma del contrato se sujeta, “tanto a la *lex loci actus*, como a la *lex causae*, o sea a la ley

57 Código Civil, art. 2070: “No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de las obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana”.

58 BATTIFOL, H.: *Droit international privé*, cit., p. 214.

59 GARCÍA CALDERÓN, M.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 135.

que gobierna el contenido intrínseco de la relación jurídica que es objeto de dicho acto"⁶⁰.

Contrariamente el Código Civil no se pronuncia sobre la ley que rige la forma del contrato en la hipótesis que las partes se encuentren en el momento de su celebración en países diferentes. Hipótesis cada vez más frecuente debido al desarrollo exponencial de la celebración de contratos mediante internet. Al respecto, el Reglamento Roma I prevé que el contrato será válido si satisface las condiciones de forma de la ley que rige el fondo o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento (art. 11.2).

III. EVALUACIÓN DEL REGIMEN CONFLICTUAL

De cara a los desafíos del Siglo XXI, queda a preguntarse, si el régimen conflictual de los contratos internacionales, brinda previsibilidad y seguridad jurídica. En realidad, la legislación nacional, diseñada para regular los intercambios transfronterizos del siglo pasado, presenta imperfecciones, "imprecisiones y omisiones"⁶¹ que no conciben con las exigencias del comercio internacional, actualmente globalizado. Es lo que explica tal vez, la escasez de resoluciones judiciales sobre la materia y posiblemente la fuga al arbitraje de los litigios en la materia

En el sistema de Derecho Internacional Privado peruano, diversos aspectos quedan sin respuesta o sujetos a disposiciones ambiguas cuya interpretación no siempre es la más adecuada. Por ejemplo, si la ley aplicable a la forma de celebración del contrato internacional ha merecido, por lo menos, un artículo de carácter general, éste engloba únicamente a la hipótesis en la cual los contratantes se encuentran en el mismo país. Adolece de respuesta frente al extraordinario desarrollo de la celebración de contratos internacionales utilizando medios electrónicos. Tampoco ha merecido atención del legislador la designación de ley aplicable al consentimiento contractual y los vicios que podrían afectarla. El objeto y la causa del contrato internacional han sido ignorados, lo cual ha colocado en aprietos a los operadores del derecho.

Mas allá, el Código Civil no contiene disposición que precise cuál es el ámbito de la ley reguladora del contrato como si se precisa tanto el Reglamento de Roma I como en la Convención de Méjico. Ninguna referencia existe respecto a la especificidad de los contratos internacionales que involucren consumidores, trabajadores o asegurados. Tampoco se prevé criterio alguno que permita

60 ID., p. 146.

61 DELGADO MENÉNDEZ, M. A.: *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas*, tesis para optar el grado de Magister, PUCP. 2016, p. 91.

identificar la internacionalidad de un contrato. Si bien la Corte Suprema ha precisado que “se requiere la presencia de un elemento extranjero esencial en la relación jurídica”⁶²; en diversos casos, el elemento extranjero es simplemente ignorado.

Así, en una resolución de noviembre 2016, la Corte Suprema -confirmando la resolución de vista- enmienda la plana a los magistrados de primera instancia señalando que “el A-quo no advirtió que habiendo quedado establecida la competencia del Juez Nacional (como efecto de la prórroga tácita de la competencia territorial), era ineludible determinar la ley aplicable para la solución de la controversia (...), tratándose de una relación privada internacional son pertinentes las reglas del Derecho Internacional Privado”⁶³. La resolución de la Corte Superior declaró nula la decisión del juez especializado debido a que se había obviado la cláusula de *electio iuris* por la cual las partes sometían el contrato a las leyes sustantivas Estado de Utah de los E.U.A. Se trataba de una demanda interpuesta por la empresa norteamericana Novell INC contra el Seguro Social de Salud – Essalud, solicitando el pago de una suma de dinero por concepto del servicio de mantenimiento de licencias de software Netware derivado de un contrato Master License Agreement⁶⁴.

En igual sentido se decidió en un asunto relativo a la resolución unilateral de un contrato de arrendamiento de una aeronave (con matrícula en Estados Unidos) por incumplimiento del pago, solicitada por el arrendador domiciliado en Luxemburgo (Wells Fargo Bank Northwest National Association). En este caso la arrendataria (LC Busre SAC) invocaba la aplicación de la ley peruana (ley del lugar del cumplimiento) que exige que la notificación de resolución sea realizada en forma notarial; sin embargo, el Tribunal Registral⁶⁵ deja de lado ese razonamiento advirtiendo que la formalidad para proceder a la resolución del contrato dependía de lo establecido en las leyes del Estado de Nueva York debido a la existencia de una cláusula contractual por la cual las partes se sometían expresamente a las leyes de ese Estado.

Sin embargo, someter un contrato internacional a una ley estatal en particular no siempre es fuente seguridad jurídica. No solamente porque las normas estatales no han sido previstas para regular las transacciones internacionales sino, más

62 Cas. 2447– 2015 Callao. En el presente asunto el marido, con la intención de hacer escapar un bien inmueble de la división de la sociedad de gananciales consecutiva al divorcio, había celebrado en Lima, un contrato simulado de venta de un bien inmueble ubicado en Lima y perteneciente a la sociedad de gananciales como si se tratara de un bien propio. Pretendía así la aplicación de la ley americana invocando la presencia de un elemento de extranjería: el hecho de que su domicilio era en Estado Unidos.

63 Cas. 429 – 2016 Lima, 8 noviembre 2016.

64 El referido contrato estaba sujeto a renovación automática bianual, salvo que las partes comuniquen por escrito su culminación con 60 días de antelación; sin embargo, la demandada no cursó comunicación alguna, por lo que el contrato fue prorrogado durante un año

65 Resolución 1244– 2017-SUNARP-TR-L, 8 junio 2017.

frecuentemente, por la escasa preparación de los jueces nacionales y la dificultad que representa acceder al conocimiento e interpretación de la ley extranjera. Es lo que explica posiblemente que en algunos supuestos los magistrados pasen por alto el elemento extranjero, eludiendo así la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto.

Así sucedió en un proceso sobre obligación de dar suma de dinero, relativo a un contrato de distribución internacional celebrado en Estados Unidos entre la empresa Mettler Toledo Inc. y la empresa Faminco S. A. Aquí, los magistrados obvian el *pacto de electio iuris* por el cual las partes se habían sometido expresamente a las leyes del Estado de Ohio, Estados Unidos⁶⁶, invocando como excusa su propio desconocimiento de la ley extranjera designada. En efecto, precisan que el principio *iura novit curia* “presupone que el juez conoce el Derecho nacional, pero no tiene la obligación de conocer el Derecho extranjero”. Agregan además que las partes no habían cumplido con su deber de “realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido”. Todo a pesar de que el propio Código Civil ordena la aplicación de oficio de la ley extranjera designada por las normas de Derecho Internacional Privado peruanas (art. 2051). Observamos entonces que la existencia de una cláusula de *lege utenda* no garantiza, en la práctica, su aplicación efectiva.

Por otro lado, si bien el principio de autonomía conflictual, considerado actualmente como un “principio universal”⁶⁷, rige desde 1984, ha desembocado, en ocasiones, en la nulidad de la cláusula. En efecto, frente a las dificultades para llegar a un acuerdo, los contratantes se inclinan por una “ley neutra”. Es decir, por la ley interna de un tercer país, completamente desconocida para ellos y cuya prueba de su contenido y aun existencia no puede ser aportada. Situación que contradice la certeza, seguridad jurídica y previsibilidad que debería aportar el principio de autonomía conflictual.

Es lo que aconteció en un asunto en el cual la empresa peruana Exmek Pharmaceuticals Sociedad Anónima Cerrada interpuso demanda por incumplimiento de contrato contra Alkem Laboratories Limited con sede en India, exigiendo, además, como pretensión accesoria, el pago de una indemnización de daños y perjuicios⁶⁸. La particularidad aquí es que el contrato de suministro de productos farmacéuticos celebrado entre las partes, contenía una cláusula expresa por la cual los contratantes acordaban que cualquier diferendo debía resolverse

66 Cas. 2945– 2001 Lima, 11 enero 2002, “El Peruano”, 2 diciembre 2002.

No habiendo cumplido con ese requisito declararon improcedente el recurso de casación interpuesto por la empresa Faminco S. A. y, su coadyuvante Suminco S. A. en los seguidos por Mettler Toledo Inc. Sobre obligación de dar suma de dinero

67 KOHLER, C.: *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme*, Académie de Droit International de La Haye. Maubeuge, Adi-Poche, 2013, p. 105.

68 Cas. 4800-2012 Lima, “El Peruano”, 31 marzo 2014.

bajo la “ley de Reino Unido”. Ley que no tenía punto de contacto alguno con la relación jurídica. Los magistrados remarcan que las partes no habían precisado “a cuál de los tres sistemas legales se acogen (el derecho de Inglaterra, el derecho de Irlanda del Norte o la Ley Escocesa)”. Añaden además que la designación de la ley de Reino Unido resultaba “ambigua, pues dicha comunidad se encuentra sometida a las normas de los países que la conforman, como también a leyes de la Unión Europea”. No habiendo ofrecido medio probatorio alguno para acreditar la existencia de la ley del Reino Unido, la sentencia concluye que la aplicación de esa ley al contrato sub litis deviene “jurídica y físicamente imposible”. En consecuencia, someten el asunto al derecho interno peruano, conforme lo dispone el art. 2095 del Código Civil, “por tratarse de una demanda sobre obligaciones contractuales cuyo cumplimiento debía ser verificado en el Perú”.

Comprobamos entonces que las normas de conflicto que designan una ley estatal determinada, y aun el principio de autonomía conflictual, que preside todo sistema que se considere adaptado al globalizado siglo XXI, puede colocar la relación contractual y el litigio que se derive en una situación de incertidumbre. Cae entonces por su propio peso la constatación de que esta forma de abordar el problema podría crear en realidad un obstáculo para la contratación internacional. Es posible que la solución esté en el derecho creado por aquellos que no son legisladores.

IV. POSIBILIDAD DE RECURRIR A NORMAS DE *SOFT LAW*.

El estado actual del régimen conflictual de los contratos internacionales, en el ámbito mundial, es controvertido. Los esfuerzos en vista de la unificación no han dado lugar a resultados positivos. Particularmente en Latinoamérica la situación es desalentadora. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales⁶⁹, obra de reconocida calidad, sólo fue ratificada por México y Venezuela⁷⁰. La falta de interés de los Estados latinoamericanos en ratificarla se debe posiblemente al interés de privilegiar la solución de litigios en la materia en el ámbito arbitral o porque los factores de conexión allí consagrados no llegan finalmente a motivar el consenso. Con todo debemos admitir como mínimo que esta vía de construcción de un derecho unificado no parece exitosa.

Creemos que corresponde voltear la mirada hacia la armonización sustantiva de las normas aplicables a los contratos comerciales internacionales. Y aquí se yergue la autoridad de los Principios de Unidroit, instrumento normativo elaborado por

69 Adoptada en México en 1994. V Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). OEA La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas.

70 Fue firmada por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela.

expertos reconocidos tomando en consideración la diversidad de los sistemas jurídicos y que representan una verdadera codificación de la *lex mercatoria*. Su pertinencia radica en que se trata de normas específicamente creadas y adaptadas a las necesidades del comercio internacional y que deberían servir como una ley modelo para los Estados.

Aun cuando dentro del espacio europeo, se excluye la aplicación de normas de *Soft Law*⁷¹ al punto que un contrato que se refiera exclusivamente a los Principios de Unidroit es considerado no contener cláusula alguna de *electio iuris*⁷² y la generalidad de autores concuerda en esa posición⁷³; en América Latina el panorama es diferente. En efecto, a ellos alude claramente la Convención de Méjico cuando en su art 9 precisa que el Tribunal tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales⁷⁴.

En ese contexto nos interrogamos sí, en el estado de la legislación peruana, podrían tener aplicación normas de derecho de *Soft Law* como los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales.

Creemos que la respuesta es positiva si las partes acuerdan incluirlos en tanto cláusulas del contrato que celebran⁷⁵ y aquí la fuerza obligatoria de los Principios se deriva naturalmente del acuerdo de los contratantes. En efecto, el principio de autonomía de la voluntad es extensamente reconocido en el Derecho Internacional Privado peruano. La interrogante que se desprende es si las partes disponen de la facultad de establecer en cláusula expresa que se someten, no al sistema legal de un Estado sino, por ejemplo, a los principios de Unidroit.

La respuesta es de plano positiva si la controversia es llevada al ámbito arbitral. Para la Ley de arbitraje peruana⁷⁶, el fondo de la controversia puede ser resuelto de conformidad a una "norma jurídica" (art. 57) y tal designación puede derivarse del acuerdo de las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral puede recurrir a las "normas jurídicas" que considere más apropiadas. Obviamente, la expresión

71 Luego de señalar como "inconcebible" la aplicación de los Principios de Unidroit, los profesores Mayer y Heuzé señalan que el único dominio razonable en el cual es posible aplicarlas es en los contratos que vinculan Estados a empresas extranjeras. MAYER, P. et HAEUZÉ, V.: *Droit international privé*, cit., núm. 741 y 742, pp. 525 y 526.

72 CLAVEL, S.: *Droit international privé*, cit., núm. 967, p. 588.

73 Vid. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Los contratos internacionales y el mito de la nueva *lex mercatoria*", *Estudios sobre contratación internacional*, Constitución y Leyes, Colex, 2006, pp. 55-80.

74 La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas (Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados). OEA/SGDDI/doc. 3/1615, marzo 2016.

75 PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C.: "Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 253-268.

76 Decreto Legislativo 1071, 1 setiembre 2008, elaborada según la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

“normas jurídicas” se refiere, tanto a normas que tienen carácter legal como a las que no emanan de un órgano legislativo nacional. Así, el tribunal arbitral podría, aun cuando las partes no lo hayan acordado, recurrir a normas de *Soft Law* como los Principios de Unidroit o a la Nueva *Lex Mercatoria*⁷⁷, si estos últimos son considerados como más “apropiados” con base a la relación contractual.

De donde se podría deducir que la misma solución debería presidir las controversias derivadas de un contrato internacional ante la jurisdicción judicial. *Ubi eadem ratio, idem jus*. La identidad del supuesto exige igual tratamiento jurídico. Al igual que en el ámbito arbitral, en sede judicial los magistrados deberían estar habilitados para invocar normas de *Soft Law* en la solución de controversias en la materia; nuevamente si se estima que son más “apropiadas” y, naturalmente, si no contradicen el orden público internacional peruano.

Mas allá, creemos que, en el estado de la legislación peruana, los Principios de Unidroit, calificados como principios generales del derecho comercial internacional podrían también ser invocados en la eventualidad de que la ley estatal designada por la norma de conflicto no pueda aplicarse o presente deficiencias o vacíos. En efecto, el art. 139 de la Constitución prevé que el juez no puede dejar de administrar justicia y ordena en esa eventualidad aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Lo cual naturalmente, no alude a los principios generales del derecho relativos al orden interno; sino reenvía directamente a los principios generales del derecho comercial internacional; abriéndose así una puerta a la aplicación de los principios aceptados por organismos internacionales como es el caso de Unidroit.

Otra vía que habilita el recurso a los Principios de Unidroit es la interpretación e integración de contratos internacionales. A pesar de que la jurisprudencia judicial peruana no se ha pronunciado sobre esa eventualidad, tal como si lo ha hecho no solo la jurisprudencia francesa⁷⁸ sino en Latinoamérica la jurisprudencia brasileña⁷⁹, colombiana⁸⁰ y paraguaya⁸¹; es importante mencionar que el Tribunal

77 Entendido como un “método” que habilita al árbitro o juez a extraer las “normas más adecuadas” para solventar el litigio, “sistema legal” alternativo a la Ley de los Estados y conformado por los principios generales del derecho, los usos y prácticas uniformes del comercio internacional y la jurisprudencia arbitral. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Lex Mercatoria and Private International Arbitration”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 66-85.

78 FAUVARQUE-COSSON, B.: “Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: Les principes d’Unidroit relatifs aux contrats du commerce international”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, núm. 2, Avril-juin 1998, pp. 463-489.

79 <https://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2017/03/Apela%C3%A7%C3%A3o-C%C3%ADvel-n.%C2%BA-70072362940-3-1.pdf>.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 febrero 2012. Vid. OVIEDO ALBAN, J.: “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Rev. Colomb. Derecho*, July/Dec. 2012.

81 La jurisprudencia paraguaya alude, en repetidas resoluciones, a los Principios de Unidroit en tanto “instrumento que, entre otras funciones, permite interpretar y complementar el derecho nacional”. Resolución de 5 junio 2013. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1692>, Resolución del 24 octubre 2014. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1866>

Constitucional peruano ha apelado al rol de instrumentos de *Soft Law* en tanto “guía con efectos jurídicos en la interpretación” a pesar de estar desprovistos de carácter vinculante. Así, resolvió para afirmar la necesaria protección de los derechos humanos de los pueblos originarios del Perú, derecho a la identidad cultural⁸² y derecho a la identidad étnica⁸³. Igualmente, para reconocer el derecho a la identidad de género de personas *trans*⁸⁴.

Creemos que ha llegado la hora de dejar atrás el enfoque conflictual del siglo XIX que sometiendo los contratos internacionales a la ley de un país en particular termina por tratarlos como si fueran contratos puramente internos. Esperamos que, en un futuro no muy lejano, así como se adoptó en materia de arbitraje la ley-modelo de Uncitral, se incorpore también los Principios de Unidroit en vista de la modernización del régimen legal de los contratos internacionales de cara al Siglo XXI.

82 En una resolución del 27 de setiembre de 2005, el TC invoca normas de *soft law*, para evidenciar la naturaleza de “patrimonio cultural inmaterial de carácter biológico”, del “uso tradicional de la planta de la hoja de coca (chaccheo, mágico religioso, ceremonial y medicinal)”, el cual -subraya el TC- forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. STC 00020-2005-AI, STC 00021-2005-AI. f. 105 a 111.

83 En resolución del 9 de junio de 2010, el TC señala que a pesar de no tener carácter vinculante las normas de *soft law* constituyen “códigos de conducta” y “guías” a seguir. STC 0022-2009-PI/TC. f. 8

84 El 18 de mayo de 2014 el Tribunal invoca el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género”. STC 00139-2013-PA/TC.

BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOZ, M.M.: "El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del Mercosur", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, XLII (125), pp. 631-666.

AUDIT, B.: *Droit international privé*, Economica, 3^a ed., Paris, 2000.

BATTIFOL, H. : *Droit international privé*, T II, LGDJ, Paris, 1971.

BONELL, M. J.: "The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles", *Uniform Law Review*, vol. 23, Issue 1, March 2018, pp. 15-41.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Lex Mercatoria and Private International Arbitration", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 66-85.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Los contratos internacionales y el mito de la nueva *lex mercatoria*", *Estudios sobre contratación internacional*, Constitución y Leyes, COLEX, 2006, pp. 55-80.

CLAVEL, S. : *Droit international privé*, 4^a ed., Dalloz, Paris, 2016.

DELGADO MENÉNDEZ, M. A.: *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas*, tesis para optar el grado de Magister, PUCP, 2016, p. 91.

DI STEFANO NAPOLITANI, G.: *La maxime 'locus regit actum'. Etude de droit international privé*, Imprimerie L. Brusset Blanc, 1887, p. 14. Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

ESPUGLES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, 11^a ed., Valencia, 2017.

ESTIGARRIBIA GUTIÉRREZ, H.: "Aporte desde el derecho internacional privado a la legislación paraguaya: La Ley núm. 5393/15 *Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*", *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis*, vol. 5, Asunción, Marzo, 2017.

FAUVARQUE-COSSON, B.: "Les contrats du commerce international, une approche nouvelle: Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, núm. 2, Avril-juin 1998.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 10ª edición, 2018.

GARCÍA CALDERÓN, G.: "Comentario al art. 2095 CC", en *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Tomo X, Lima, 2005.

GARCÍA CALDERÓN, M.: *Derecho Internacional Privado*, UNMSM, Lima, 1969.

GIULIANO, M. et LAGARDE P.: *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE 31 Oct. 1980, núm. C282.

GOLDSCHMIDT, W.: *Derecho Internacional privado*, A. Perrot, Buenos Aires, 2011.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, 2016.

KOHLER, C.: *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme*. Académie de Droit International de La Haye. Maubeuge: Adi-Poche, 2013, p. 105.

MAYER, P. et HAEUZÉ, V.: *Droit international privé*, 11ª ed, LGDJ, Paris, 2014.

MONROY CABRA, M.: *Tratado de Derecho Internacional privado*, Temis, Bogotá, 1999.

OEA (2016): *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas*, OEA/SG, DDI/doc. 3/16.

OVIDIO ALBÁN, J.: "La ley aplicable a los contratos internacionales", *Rev. Colomb. Derecho Internacional*, July/Dec. 2012.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C.: "Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. cláusulas modelo para los contratantes", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 253-268.

REVOREDO DE MUR, D.: "La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica", *Themis*, núm. 30, Lima, 1994.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A.: "El Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General del 2016", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, núm. 23, 2018, pp. 423-453.

VILLARROEL BARRIENTOS, C. y VILLARROEL BARRIENTOS, G.: "Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales", *Revista chilena de derecho*, 1990, vol. 17, pp. 351-365.