

# TEMAS ACTUALES DEL DERECHO BANCARIO Y SOCIETARIO

ipdbs | Instituto Paraguayo  
de Derecho Bancario  
y Societario

**INTERCONTINENTAL**  
E D I T O R A

Asunción, Paraguay  
Mayo, 2015

**2015**

© **INSTITUTO PARAGUAYO DE DERECHO BANCARIO Y SOCIETARIO**

© **INTERCONTINENTAL S.A.**

Caballero 270 c/ Mcal. Estigarribia

*Teléfs.:* 496 991 - 449 738; *fax:* (595-21) 448 721

*Pág. web:* [www.libreriaintercontinental.com.py](http://www.libreriaintercontinental.com.py)

*E-mail:* [agatti@libreriaintercontinental.com.py](mailto:agatti@libreriaintercontinental.com.py)

*Edición al cuidado de:* Felicita Argaña Bendlin

*Diagramación:* Gilberto Riveros Arce

Mucho celo y técnica fueron empleados en la edición de esta obra. No obstante, pueden ocurrir errores de digitación, impresión o duda conceptual. En cualquiera de las hipótesis, solicitamos la comunicación a nuestra Casa Central, para que podamos esclarecer o encaminar cualquier duda.

La Editora y el compilador no asumen responsabilidad alguna por eventuales daños o pérdidas a personas o bienes originados por el uso de esta publicación.

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1328/98.

Derechos reservados.

**ISBN: 978-99967-37-84-8**

## NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES: ¿REGRESO AL PASADO?

*José Antonio Moreno Rodríguez\**

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL PÉNDULO SE BALANCEA NUEVAMENTE. III. NO UNO SINO DOS “CABALLOS DE TROYA” CONFLICTUALISTAS. IV. CONTENIDO DE LA NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES. V. EN LÍNEA CON EL MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL MUNDO. VI. EL LEGISLADOR PARAGUAYO ES UN PERFECTO LADRÓN. VII. UN PASO INICIAL GIGANTE PARA UN CAMINO DE MIL LEGUAS. VIII. UNA DEFENSA A LOS ESPECIALISTAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. IX. CONCLUSIONES

### I. Introducción

No hace mucho, el gran iusfilósofo francés Michel Villey se quejaba de que, luego de los antiguos griegos y romanos, quizás nada se ha avanzado para aprehender eficazmente las concepciones del derecho y la justicia<sup>1</sup>.

---

\* Redactor de la nueva ley paraguaya de contratos internacionales. Miembro del Grupo de Trabajo sobre contratos internacionales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Delegado por Paraguay ante la Comisión Especial sobre el tema contractual en 2012 y la sesión general del Consejo en 2014, ambas de dicho organismo. Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Profesor de grado y de posgrado en la UNA y la UCA. Profesor de posgrado en las universidades de París II y Heidelberg, entre otras.

1. M. VILLEY, *Filosofía del Derecho* (traducida al portugués bajo el título *Filosofia do Direito*), São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2003, p. 51 y siguientes. El texto allí reunido data de mediados de los años ochenta del siglo pasado.

En cuestiones más “mundanas”, el profesor de la Universidad de California Davis Friedrich Juenger, también en fecha relativamente reciente, deja entrever recurrentemente que el viejo *ius gentium* romano y el *ius commune* medieval se mostraban mucho más efectivos para regir vinculaciones privadas con elementos foráneos que las reglas “de conflicto” extendidas en el mundo “multi-estatal” consolidado —a la par que estas reglas— en el siglo XIX<sup>2</sup>.

El Paraguay comienza el año 2015 con una flamante ley de contratos internacionales. Podría calificársela como una pieza normativa vanguardista, en línea con propuestas avanzadas por prestigiosas organizaciones codificadoras del mundo y las Américas que toman en cuenta desarrollos actuales y las necesidades del comercio del día a día. Pero de igual forma podría ella bien allanar el camino para un retorno al espíritu cosmopolita del antiguo *ius gentium* y *ius commune*, abortado con la concepción nacionalista, que resulta a todas luces inapropiada para regirlas.

En esta contribución, su redactor presenta y explica la nueva ley paraguaya, contextualizándola en el espíritu universalista en el cual se inserta y hacia el cual se encaminan sus disposiciones.

## II. El péndulo se balancea nuevamente

En efecto, el mundo se encamina en nuestros días hacia el espíritu universal de tiempos idos, interrumpido en el siglo XIX con la nacionalización del derecho luego de la consolidación de los modernos Estados-Naciones, lo que dio un tremendo ímpetu a la disciplina del Derecho internacional privado entendida, en su vertiente “conflictualista”, como una destinada a resolver “conflictos de leyes”.

---

2. Ver en particular el siguiente artículo: JUENGER, “The lex mercatoria and Private International Law”, *Louisiana Law Review*, 60 La. L. Rev. 1133, año 2000, pp. 1133 y siguientes. En general, ver la joya de libro: F. K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, New York, Transnational Publishers Inc., 2005. Esta obra ha sido traducida al español.

Muchos factores están contribuyendo para el giro cosmopolita<sup>3</sup>. *Inter alia*, la autonomía de la voluntad se viene consolidando como principio en materia de derecho aplicable a la contratación internacional. Ello lleva a que frecuentemente las partes apunten a evitar el inseguro mecanismo de “conflicto de leyes”, mediante estipulaciones detalladas en sus acuerdos o selecciones claras del régimen jurídico que regirá los mismos.

Así también, el arbitraje se viene extendiendo como el medio normal de resolución de disputas comerciales, dotando a sus juzgadores de poderosas herramientas para arribar a una solución justa de un problema transfronterizo más allá de una mera obsesión por la aplicación mecánica de leyes nacionales según algún mecanismo de conflicto de leyes.

En el plano teórico, los cimientos del cerrado “conflictualismo” clásico padecieron incontables embates, y en la praxis se ha demostrado recurrentemente que el sistema sencillamente no funciona, por no dar respuesta adecuada o satisfactoria a las necesidades de la actividad comercial internacional.

Organismos internacionales se han hecho eco de las necesidades de homogeneizar las normas que rigen la actividad mercantil transfronteriza para así dejar atrás en esta esfera el conflictualismo ortodoxo, y son notables en este sentido esfuerzos mundiales como los de UNIDROIT, creado en 1926 bajo el auspicio de la entonces Liga o Sociedad de Naciones<sup>4</sup>; y UNCITRAL, originado en el seno de las propias Naciones Unidas

- 
3. De esto me he ocupado en numerosos trabajos; recientemente, en: “Los Contratos y La Haya: ¿Ancla al Pasado o Puente al Futuro?”, en *Contratación y Arbitraje, Contribuciones Recientes*, CEDEP, Asunción, 2010, pp. 5 y siguientes (<http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2014/11/Los-Contratos-y-La-Haya1.pdf> - último acceso: 22 de mayo de 2015).
  4. Ver en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) – (último acceso: 22 de mayo de 2015). Me he ocupado de los Principios UNIDROIT en J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?”, *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Editorial Legis, 2005, reproducido en: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores y CEDEP, 2006.

en el año 1966<sup>5</sup>; además de organizaciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>6</sup>, entre varias otras, que proponen normas uniformes para regir distintas áreas de la contratación internacional.

### III. No uno sino dos “caballos de Troya” conflictualistas

Dentro de este marco, los últimos dos decenios han visto la aparición de dos instrumentos conflictualistas con un poderoso potencial para dejar atrás la ortodoxia del Derecho internacional privado decimonónico. Tales son los Principios de La Haya y la Convención de México, de los cuales me ocupo sucesivamente a continuación.

#### 1. Principios de La Haya

Establecida en La Haya en 1893, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado constituye desde 1955 un organismo intergubernamental y es en la actualidad la organización de –indudablemente– mayor prestigio en la materia. Conformada por 78 Estados más la Unión Europea, la Conferencia de La Haya tiene como objetivos la codificación parcial y gradual de Derecho internacional privado y el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial internacional. Sus trabajos se diferencian de los de otras organizaciones como UNCITRAL o UNIDROIT en

---

5. Ver en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) (último acceso: 22 de mayo de 2015). Me he ocupado de ello en mi artículo citado en la nota 3 y en el capítulo de mi libro: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho Aplicable y Arbitraje*, Intercontinental Editora, Asunción, 2013, que cuenta también con ediciones publicadas en Perú, Colombia, España y Brasil.

6. La Cámara de Comercio Internacional, organización no gubernamental con sede en París –con más de 6,5 millones de miembros en 130 países (<http://www.iccwbo.org> - último acceso: 22 de mayo de 2015)–, propone numerosos instrumentos normativos para que los particulares, haciendo uso de la libertad contractual, los incorporen a sus convenios, como ocurre por ejemplo con las reglas relativas a INCOTERMS (que aluden a términos estándares de intercambio usados en el comercio internacional), a cartas de crédito como instrumentos de pago y garantía, y otros. De este tema me he ocupado en otros trabajos, como, recientemente, en los trabajos citados en la nota anterior.

que, en lugar de avanzar en la unificación de los derechos de fondo, la Conferencia de La Haya se ha caracterizado por elaborar más bien textos de Derecho internacional privado conforme al tradicional sistema conflictualista, en cuestiones tan variadas como la protección internacional de menores, familia y derechos de propiedad; cooperación jurídica; internacional, litigios internacionales, derecho comercial y derecho financiero internacional<sup>7</sup>.

En marzo de 2015, la Conferencia de La Haya ha culminado el proceso de aprobación de unos “Principios” de selección del derecho aplicable a los contratos internacionales, ahora comúnmente llamados “los Principios de La Haya”<sup>8</sup>. Este es el primer instrumento jurídico a nivel global que se ocupa de regular la selección del derecho en vinculaciones transfronterizas.

Los Principios de La Haya constan de un Preámbulo, que recoge, explicitándolo, el espíritu del instrumento, y doce artículos, relativos a su ámbito de aplicación, a la libertad de las partes para seleccionar el derecho aplicable a sus contratos, sea estatal o no, a la elección expresa o tácita del derecho, a la validez formal de dicha elección y al orden público como límite a la autonomía de la voluntad, entre otras cuestiones.

Solo quedan comprendidos en la regulación los supuestos en que las partes hayan elegido el derecho aplicable, excluyéndose los casos de ausencia de elección de las partes<sup>9</sup>.

Los Principios de La Haya siguen la técnica de elaboración normativa de los Principios UNIDROIT de derecho contractual. Por tanto, ambos instrumentos contienen un preámbulo, reglas o “principios” –como se las llama<sup>10</sup>–, y comentarios e ilustraciones, cuando necesarios. El suceso de la

---

7. Ver en [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

8. Ver en [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=135](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

9. Ver en <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd06e.pdf> (último acceso: 22 de mayo de 2015).

10. El término “principios” se encuentra utilizado en distintos contextos y con diferentes



técnica de redacción de los Principios UNIDROIT de derecho contractual llevó a la Conferencia de La Haya a seguir este mecanismo, después de considerar las dificultades de redactar un tratado internacional o texto de “derecho duro”<sup>11</sup>.

Como los Principios UNIDROIT, se espera que los de La Haya guíen a legisladores y a las partes en sus contratos, además de coadyuvar en la interpretación tanto en la esfera judicial como en la arbitral.

Estamos, eso sí, ante instrumentos complementarios. Los Principios UNIDROIT se ocupan de cuestiones sustantivas del derecho contractual, como –entre otros temas– la formación, la interpretación, los efectos y la terminación del contrato<sup>12</sup>. Ello en tanto que los Principios de La Haya versan sobre problemas de qué derecho regirá el contrato: uno o varios derechos nacionales, o –en su caso– incluso un derecho no estatal, como pueden serlo, por ejemplo, los Principios UNIDROIT.

Los orígenes de los Principios de La Haya pueden remontarse al año 1980<sup>13</sup>, luego de que con tantos elogios se elaborara en Europa el Convenio Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, conocido también como “Convenio de Roma”, convertido más adelante en Reglamento Co-

---

→ connotaciones, sobre las cuales no existe, en absoluto, consenso en doctrina. A veces se lo emplea como sinónimo de reglas que no tienen la fuerza de ley, tal cual aparece en los Principios UNIDROIT.

11. Se lee en el reporte de la Oficina de La Haya que ello se justifica por varios motivos. Por ejemplo, resulta inviable obtener un número importante de Estados que suscriban un acuerdo de voluntades sobre esta materia. Muchos de ellos ya se encuentran vinculados por un instrumento regional y no sienten la necesidad de invertir esfuerzos en un proyecto de alcance internacional. Se esgrimen también otros argumentos para recurrir a un instrumento no vinculante. Reporte de Oficina Permanente, reproducido en J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.), *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, p. 347.

12. Ver en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

13. Ver en M. PERTEGÁS / I. RADIC, “Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?”, reproducido en J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J. A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.), *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, pp. 341 y siguientes.

munitario 593 de 2008, llamado “Roma I”, que vincula a la casi totalidad de los países del viejo continente<sup>14</sup>.

El proyecto fue, sin embargo, desechado en su momento en La Haya<sup>15</sup>, por entenderse inviable una convención que regulara este tema, dado lo dificultoso de su posible negociación y sobre todo de su eventual ratificación ulterior por un importante número de países.

La idea es retomada en el seno de la Conferencia de La Haya hacia mediados de la década pasada. Se decidió entonces encarar dos estudios preliminares, en 2006 y 2007, que analizaran los instrumentos existentes y que evaluaran la viabilidad de un trabajo de esta naturaleza en el contexto de la contratación internacional<sup>16</sup>. Ello ha llevado a conclusiones y recomendaciones formuladas en los años 2008<sup>17</sup> y 2009<sup>18</sup>.

- 
14. Roma I reproduce las disposiciones esenciales de la convención con algunas modificaciones y agregados. Cuenta con 29 artículos, precedidos de 46 “*recitals*” o “considerandos”, que coadyuvan en la labor interpretativa.
  15. Acta N° 2 de la Primera Comisión, Oficina Permanente de la Conferencia (edit.), *Actas y Documentos de la Decimoquinta Sesión*, t. I, La Haya, 1986, pp. 199-200. Cita estos trabajos M. PERTEGÁS / I. RADIC reproducido en J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.), (nota 13), p. 343.
  16. Los estudios hechos fueron: Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Report on Work Carried Out and Preliminary Conclusions, Note prepared by the Permanent Bureau, Preliminary Document N° 22 A of March 2007: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd22a2007e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22a2007e.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015); Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Overview and Analysis of Existing Instruments – Note prepared by Thalia Kruger for the Permanent Bureau, Preliminary Document N° 22 B of March 2007: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd22b2007e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22b2007e.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015); Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration – Note prepared by Ivana Radic, Legal Officer, Preliminary Document N° 22 C of March 2007: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd22c2007e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22c2007e.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015).
  17. Ver Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_concl08s.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl08s.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015).
  18. Conclusiones y Recomendaciones: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_concl09s.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl09s.pdf), (último acceso: 22 de mayo de 2015). Precedió a esta decisión otro estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales (<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07s.pdf>, último acceso: 22 de mayo de 2015).

Se resolvió, como consecuencia, la elaboración de un instrumento no vinculante, es decir, de derecho “blando”, que tuviera como objetivo fundamental promover la autonomía de la voluntad como criterio para la selección del derecho aplicable.

Para dicho efecto, también en el año 2009 se creó, para su elaboración, un Grupo de Trabajo de quince expertos<sup>19</sup>, además de observadores de instituciones públicas y privadas como UNCITRAL, UNIDROIT, la Cámara de Comercio Internacional y otras.

En 2012 el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya decidió establecer una Comisión para analizar las propuestas del Grupo de Trabajo y hacer recomendaciones sobre los pasos futuros que deban emprenderse. Reunida en noviembre de 2012, la Comisión Especial, una conferencia diplomática con más de cien delegaciones nacionales y observadores, hizo una propuesta de reglas para los Principios de La Haya<sup>20</sup>, difiriendo al Grupo de Trabajo la responsabilidad de formular los comentarios y los ejemplos. La reunión del Consejo de 2013 dio un aval preliminar al documento<sup>21</sup>, en tanto que los comentarios y ejemplos elabo-

- 
19. N. B. COHEN (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde CROFT (Australia); S. E. DARANKOUM (Canada); A. DICKINSON, (Australia); A. S. EL KOSHERI (Egipto); B. FAU-  
VARQUE-COSSON (Francia); L. G. E. SOUZA JR. (Brasil); F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (Es-  
paña); D. GIRSBERGER (Suiza); Y. GUO (China); M. E. KOPPENOL-LAFORCE (Países Ba-  
jos); D. MARTINY (Alemania); C. McLACHLAN (Nueva Zelanda); J. A. MORENO RODRÍ-  
GUEZ (Paraguay); J. L. NEELS (Sudáfrica); Y. NISHITANI (Alemania); R. F. OPPONG  
(Reino Unido); G. SAUMIER (Canadá) e I. ZYKIN (Rusia). Como observadores se designó  
a los siguientes miembros: M. J. BONELL (UNIDROIT); F. BORTOLOTTI (Cámara de  
Comercio Internacional); T. LEMAY (UNCITRAL); F. MAZZA (Corte de Arbitraje de la  
Cámara de Comercio Internacional); K. REICHERT (International Bar Association) y  
P. WERNER (International Swaps and Derivatives Association). Más adelante se su-  
maron al Grupo de Trabajo T. KADNER GRAZIANO (Suiza) y S. SYMEONIDES (Chipre), este  
último de dilatada trayectoria en el derecho norteamericano.
  20. [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt2012e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012e.pdf) (último acceso: 22 de mayo  
de 2015).
  21. [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl_e.pdf) (último acceso: 22 de mayo de  
2015).

rados por el Grupo de Trabajo tuvieron un endoso provisional en la reunión del Consejo de 2014<sup>22</sup>.

Finalmente, en marzo de 2015, la versión final de los Principios de La Haya, con sus comentarios y ejemplos<sup>23</sup>, quedó formalmente aprobada, luego de expirado un plazo para que los países formularan objeciones a este respecto, lo que no ha ocurrido.

El instrumento tiene una enorme importancia, no solo por lo que representa la organización que lo propicia y por el alcance global pretendido, sino porque, consagrando la autonomía de la voluntad de manera amplia, da carta de ciudadanía, en un texto “conflictualista”, al derecho no estatal. Se crean así las condiciones para un retorno al espíritu universalista del *viejo ius gentium* y *ius commune*, puesto que las partes pueden seleccionar un derecho no estatal como los Principios UNIDROIT de derecho contractual por ejemplo, y no limitarse, como lo mandaba la ortodoxia hasta ahora, a derechos nacionales. Por eso puede calificarse al texto como un “caballo de Troya”, de fecundísimas potenciales consecuencias.

## 2. Convención de México

Precede a los Principios de La Haya otro “caballo de Troya”, que ya antes, en el plano interamericano, había hecho algo parecido en lo que respecta al derecho no estatal.

Tal es la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, también conocida como la “Convención de México”, que, inspirada en el Convenio de Roma de 1980 relativo a la misma materia, fue aprobada en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Dicho organismo ha venido organizando desde 1975 sus Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Interna-

---

22. [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

23. [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=135](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

cional Privado (CIDIP), en siete ediciones hasta la fecha; y la Convención de México fue aprobada en la CIDIP V, llevada a cabo en la ciudad cuyo nombre presta, en 1994.

El instrumento cuenta con treinta artículos, que prevén fundamentalmente –al igual que su fuente europea– su ámbito de aplicación; la autonomía de la voluntad para seleccionar el derecho aplicable; los criterios a seguirse en ausencia de selección y, como novedad, yendo más allá del Convenio de Roma, la posibilidad de que se aplique el derecho no estatal. El efecto “troyano” de esta convención surge, además, de una fórmula equitativa incluida en la misma, que da facultades al juzgador para evaluar las vinculaciones transfronterizas con un criterio universal de justicia antes que de cerrazón hacia algún o algunos derechos nacionales.

Ahora bien, pese a ser un instrumento muy aplaudido, cuya incorporación fue sugerida en importantes foros, esta Convención solo fue ratificada por México y Venezuela, quizás debido a la audacia en su momento de sus soluciones, a cuyo respecto había mucha desinformación. Pero ella puede ser recibida además por otras modalidades que no sean la ratificación, como por ejemplo incorporando sus disposiciones en una ley nacional<sup>24</sup>, como ocurrió en el Paraguay.

### 3. ¡Voilà la ley paraguaya!

El 15 de enero de 2015, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 5393 “*Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*”, publicada el 20

---

24. E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, en DeCITA 9, *Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 170. De hecho, más allá de la ratificación del tratado, podría recurrirse a la “incorporación por referencia”, como lo hizo Uruguay cuando en una ley adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de Derecho Civil de Montevideo. O directamente podría apelarse a la “incorporación material”, que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno. E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, p. 186.

de enero de 2015<sup>25</sup>, y en vigor consecuentemente a partir del día siguiente de esta fecha.

El proyecto original había sido presentado en el anterior periodo del Congreso, el 7 de mayo de 2013, por el entonces senador Hugo Estigarribia. En su Exposición de Motivos, el proyecto reconoce su autoría al doctor José Antonio Moreno Rodríguez, expresando que el mencionado jurista fue también miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y luego un representante formalmente designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay ante la Comisión Especial que, en sesión diplomática, aprobó el texto de los Principios de La Haya reproducido casi en su totalidad por la nueva propuesta<sup>26</sup>.

Según la Exposición de Motivos, esta reproducción deviene altamente aconsejable, con algunas adecuaciones que resultan convenientes, para ponerla en sintonía también con la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, cuyo texto a su vez sirvió de inspiración para la elaboración de los Principios de La Haya arriba referidos.

Consecuentemente, según la Exposición de Motivos, en este proyecto de ley se incorporan las bondades de la Convención de México, a la vez que los adelantos recogidos en el instrumento flamantemente aprobado en La Haya, teniéndose en cuenta que los principios mencionados entre otras aplicaciones, deben servir de inspiración a legisladores nacionales para la elaboración de leyes que uniformicen la regulación de la materia, lo que resulta altamente deseable para lograr una mayor predictibilidad en las relaciones comerciales internacionales.

---

25. <http://www.gacetaoficial.gov.py/gaceta.php?action=show&id=2670&num=13> (último acceso: 22 de mayo de 2015).

26. Puede accederse a la Exposición de Motivos en: <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/VerDetalleTramitacion.pmf?q=VerDetalleTramitacion%2F6372> (último acceso: 22 de mayo de 2015). El proyectista recibió valiosos comentarios incorporados al texto hechos por el profesor Diego Fernández Arroyo, aunque obviamente la responsabilidad final por el trabajo y cualquier imperfección que pudiera tener recaen en su autor.

La Exposición de Motivos hace notar que el Paraguay ha tenido participación activa en la elaboración de dicho instrumento, tanto en la representación oficial del país ante la Comisión Especial formada en el organismo de La Haya para dicho fin, como a través de la participación de un connacional en el Grupo de Expertos que por varios años elaboró el proyecto de “Principios”.

Se señala igualmente en la Exposición de Motivos que el Paraguay cuenta con un régimen anacrónico en materia del derecho aplicable a la contratación para el comercio transfronterizo, cuya subsanación es fundamental para un país mediterráneo como el Paraguay. Gran parte de las disposiciones actuales, contenidas en el Código Civil, se inspiran en vetustos tratados o códigos decimonónicos, absolutamente a contramano con las necesidades mercantiles del mundo de hoy.

La Exposición de Motivos concluye que “teniendo actualmente uno de los regímenes más anticuados del mundo en materia de contratación transfronteriza, conforme ya lo señalamos anteriormente, el derecho paraguayo pasará –con este nuevo cuerpo normativo– a estar a la vanguardia, e incluso su ley puede inspirar a otras que eventualmente lleguen a dictarse en el mundo, puesto que marca un derrotero de cómo podrían plasmarse los referidos Principios de La Haya en un texto legislativo. Es importante decir que este proyecto de ley, en el caso de ser aprobado, va a tener una repercusión fenomenal en el mundo, ¡y vamos a pasar a ser el país con la ley más moderna en la materia!”.

#### **IV. Contenido de la nueva ley paraguaya de contratos internacionales**

El texto final de la ley cuenta con 19 artículos. En la primera parte (artículos 1 a 10, y también 13 y 14), relativos a la selección del derecho, básicamente se reproducen los Principios de La Haya con modificaciones menores. Los siguientes artículos de la ley (11 y 12, 15 y 16) mayormente tratan de situaciones de ausencia de selección del derecho, reproduciendo casi literalmente provisiones análogas de la Convención de México de

1994. Finalmente el artículo 17, que se ocupa del orden público, se encuentra en línea con la solución de los Principios de La Haya, y el artículo 18 trata de las derogaciones producidas con esta ley.

### **1. Ámbito de aplicación**

El artículo 1 de la ley paraguaya, en línea con el artículo 1.1 de los Principios de La Haya, señala que “esta ley regula la elección de derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión”.

En consonancia con el título contenido por el entonces proyecto de la Conferencia de La Haya, la ley paraguaya solo alude a “contratos internacionales” y no “contratos comerciales internacionales” como finalmente los denomina los Principios de La Haya en su versión aprobada en 2015, cambio que se produjo luego ya de entrada en vigencia la legislación en nuestro país. Ello se hizo en La Haya sobre todo para ponerlos en sintonía con la denominación de los Principios UNIDROIT de derecho “comercial” contractual y para que quede en claro que en principio no se aplican a contratos “civiles”. Como la distinción entre contratos civiles y comerciales ya no tiene cabida en el derecho paraguayo a partir del año de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en 1987, la aclaración en el título resulta innecesaria, más aún ante el texto de la propia ley que se encarga de aclarar su ámbito de aplicación. Tampoco existe esta aclaración en la ley paraguaya 1879 de 2002 que se denomina “de arbitraje y mediación”, sin agregar en el título la mención de que el arbitraje comprendido en su regulación es el arbitraje comercial.

La ley paraguaya clarifica en su artículo 1 que “sus disposiciones no se aplican a contratos de consumo, a contratos de trabajo, ni a contratos de franquicia, representación, agencia y distribución”.

Los Principios de La Haya solo hacían expresa alusión a los contratos de consumo y de trabajo. La ley paraguaya declara expresamente excluidos de su regulación también a los contratos de agencia, representación y distribución, que en el Paraguay cuentan con una regulación propia, cual

es la de la Ley 194 de 1993, excluyéndose también a los contratos de franquicia, no objeto de una ley específica que se ocupe de ellos en el Paraguay, pero sí análogos a los anteriormente mencionados en esta oración<sup>27</sup>, cuyas disposiciones deben considerarse extensivas.

El artículo 3 (cuestiones no comprendidas en esta ley), basado en el artículo 1.3 de los Principios de La Haya, prevé que “esta ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; d) los procedimientos de insolvencia; y e) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar”<sup>28</sup>.

Expresa el comentario oficial a la presente norma que estas cuestiones se encuentran excluidas de los Principios de La Haya porque existe divergencia en el derecho comparado en calificar o no a algunas de ellas como “contractuales” o en determinar si, a su respecto, debería regirles el sistema de la autonomía de la voluntad.

---

27. Como lo expresa Marzorati, estas figuras persiguen una misma finalidad: permitir al fabricante comercializar en forma regular su producción, mediante la cooperación de carácter permanente con comerciales independientes vinculados a su quehacer económico e incluso integrados a él (O. J. MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, Tomo II, 3ra edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, pp. 30-31).

28. La exclusión de estos temas se encuentra en línea con lo estatuido por el Art. 1º, párrafo 2 del Reglamento Roma I, y el Art. 5º de la Convención de México. Se excluye del artículo, por prestarse a eventuales controversias, la cuestión de los efectos patrimoniales de los contratos, prevista en el inciso f del artículo 1.3 de los Principios de La Haya. Se podría haber previsto una norma de exclusión de los “efectos reales”, para dejar fuera de la regulación de la ley todo lo que tiene que ver con la transmisión de la propiedad. Sin embargo, esto normalmente se rige por disposiciones locales del derecho de propiedad o de tinte imperativo, y en la ley paraguaya se reconoce la prevalencia de las disposiciones de orden público.

## 2. Internacionalidad del contrato

Tradicionalmente, la doctrina del Derecho internacional privado hacía una distinción para determinar la internacionalidad del contrato, a saber: un criterio subjetivo, que atiende el domicilio o establecimiento de los contratantes en distintos países, por un lado; en tanto que, por otro lado, un criterio objetivo atiende al traslado de mercaderías de un país a otro<sup>29</sup>. A esto habría que agregar un criterio que Lorenzo Idiarte califica como “teórico”, según el cual cualquier elemento extranjero “internacionaliza” la vinculación<sup>30</sup>.

Sin necesidad de entrar en este debate, el artículo 2 (internacionalidad del contrato) prevé que “la aplicabilidad de esta ley a los contratos internacionales será interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedarán excluidos aquéllos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado”.

Esta fórmula se encuentra en línea con el comentario 1 al Preámbulo de los Principios UNIDROIT de derecho contractual. Si bien no se define allí el término “internacional”, expresa el comentario oficial de estos principios que este término debe ser interpretado de la manera más amplia posible.

De hecho, la palabra “internacional” tiende a concebirse de manera bien amplia en instrumentos normativos, tanto relativos a contratación

---

29. A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Tratado T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 371. Un pronunciamiento italiano hace alusión a estos dos criterios como alternativos (Corte di Cassazione, *Ministero degli Esteri v. Alenia Marconi System S.p.a.*, Caso 18460, año 2004).

30. G. A. LORENZO IDIARTE, *¿Cuándo un Contrato es Internacional? Análisis Desde una Perspectiva Regional*, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Coordinadores: J. KLEINHEISTERKAMP y G. A. LORENZO IDIARTE, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 105 y siguientes. Según este criterio, no debe buscarse en normas de Derecho internacional privado el elemento internacionalizador. Es posible establecer con criterios teóricos y previa a toda consulta a cualquier ordenamiento positivo, cuando se está ante una relación privada internacional, entendida como aquella que tiene al menos un elemento extranjero (LORENZO IDIARTE, pp. 112-114).

internacional<sup>31</sup> como a arbitraje<sup>32</sup>. Suele bastar por lo común que las partes tengan sus establecimientos en jurisdicciones diferentes o que el lugar de cumplimiento del contrato o el objeto de la contienda estén situados fuera del Estado en que las partes tengan sus establecimientos. Solo suelen excluirse las vinculaciones en que todos los elementos relevantes estén conectados con un solo Estado<sup>33</sup>.

La redacción de la ley paraguaya se ha apartado de la de los Principios de La Haya<sup>34</sup>, aunque su espíritu es el mismo, vale decir, dar al término “internacional” el máximo posible alcance de aplicación<sup>35</sup>. Se apunta a evitar así entrar en distinciones sutiles –como en su momento en Francia– de qué elementos deberían ser relevantes, si los económicos de afectar el

---

31. Por ejemplo, la Convención de México, aludida más adelante.

32. Así, por ejemplo, en el tercer párrafo del artículo primero, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL (análogo a la previsión incluida en el artículo 3 de la ley 1879 de 2002 de Paraguay) establece: “Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.

33. Ver al respecto en el Capítulo 1º de mi libro *Derecho Aplicable y Arbitraje* (Nota Nº 5)

34. Según los cuales solo se excluyen de su regulación los contratos en que cada parte tiene su establecimiento en el mismo Estado y la relación de las partes y los otros elementos relevantes, independientemente al derecho elegido, están conectados solo con ese Estado (artículo 1.2). Esta fórmula se halla inspirada en el artículo 1(2) de la Convención de La Haya sobre Selección de Foro - Art. 1(2). Según el comentario oficial, no se ha adoptado una definición positiva de la internacionalidad en los Principios, como en el Artículo 1 a) y b) de la Convención de La Haya sobre Compra-venta ni la del artículo 3 de la Convención de La Haya sobre Valores Depositados en un Intermediario de 2006 (ver Comentario oficial 1.14).

35. Comentario oficial 1.14.

comercio internacional de un país<sup>36</sup> u otras consideraciones de naturaleza jurídica<sup>37</sup>, sin que –como lo expresa Delaume– la respuesta haya quedado clara<sup>38</sup>.

Ante la amplitud de la solución paraguaya cabe preguntarse si la sola voluntad de las partes puede bastar para “internacionalizar” el contrato.

Intérpretes de la Convención de México entienden que la alusión de su artículo 1.2 a “contactos objetivos” con más de un Estado parte<sup>39</sup> fue hecha a fin de evitar que la sola voluntad de los contratantes pudiera volver “internacional” un acuerdo<sup>40</sup>. La discusión se había planteado en

---

36. Así, se ha fallado que un contrato era internacional aun cuando no existiera circulación de bienes fuera de la frontera si afecta “el interés del comercio internacional”, como la exportación de bienes por franceses para su entrega fuera del país (caso *Société Impex v. Sociétés P.A.Z., Maltería Adriática y Maltería Terrena* - 1972).

37. Caso *Hecht v. Société Bulsmans* (1971).

38. G. R. DELAUME, *What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma* (1979) *Int'l & Comp L Q* 258, pp. 264-279. En los Estados Unidos en el caso *Scherk v. Alberto-Culver Co.* (1974). Allí el tribunal consideró la existencia de tres factores para caracterizar un contrato como internacional. Uno, diferentes nacionalidades de las partes, con lugar principal de negocios y grueso de sus actividades en sus respectivos países. Dos, negociaciones en varios países y consultas con expertos jurídicos en estos países. Y tres, más significativamente, la materia del contrato, concernida la venta de empresas situadas primariamente en países europeos, cuyas actividades estaban largamente, si no enteramente, dirigidas a mercados europeos (DELAUME, pp. 261-262).

39. Dicha norma entiende como un contrato internacional aquel en el cual “las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Parte diferentes”. Sin embargo, inmediatamente después, otorga gran amplitud de evaluación para el caso concreto, al prever que también se considerará que el contrato es internacional si “tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte”.

40. Aunque residencia o establecimiento puedan considerarse conexiones subjetivas por depender de la voluntad de las partes, se los considera no ficticios, sino reales, y en ese sentido objetivos, pues el establecimiento en dos países también afecta la economía de estos (LORENZO IDIARTE, obra nota N° 29, pp. 118-119). También HARGAIN entiende que se requiere objetivamente la internacionalidad, no pudiendo las partes por mutua voluntad reputar internacional un vínculo que no lo es (D. HARGAIN, “Contratos comerciales en el MERCOSUR: Ley aplicable y juez competente”, en *Revista de Derecho del MERCOSUR*, La Ley S.A. Editora e Impresora, Año 1, No. 1, Buenos Aires, 1997, p. 94). OPERTTI opina que cualquier contacto es suficiente para internacionalizar el contrato, salvo que haya sido provocado por la autonomía de la voluntad de las partes (ver FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado en los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, 2003, Editorial Zavalía, p. 95).

torno al entonces vigente Convenio de Roma, con respecto al cual algunos interpretaban que se aplicaría incluso a contratos nacionales, pues la cláusula de sumisión en un contrato al Convenio de Roma introduce, por ese hecho, el elemento de extranjería<sup>41</sup>.

Esto último es factible con la ley paraguaya, aunque, si no existen otros elementos internacionales, la vara del orden público con que se evaluarán eventuales límites a la voluntad será la doméstica, y no la ampliada del orden público que rige en las vinculaciones internacionales<sup>42</sup>, del que me ocupo más adelante.

### **3. Autonomía de la voluntad**

#### **A) Situación anterior**

En las últimas décadas, el Paraguay viene adoptando masivamente distintos instrumentos abiertos al poder de las partes de elegir el régimen jurídico al que someterse en sus vinculaciones transfronterizas.

Así, a nivel convencional el país ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), derivada de la labor codificadora de la OEA, adoptada por Ley 611 de 1976. El país también ratificó la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales<sup>43</sup>, propiciada por las Naciones Unidas y hoy día vigente en más de ciento cincuenta países, que contribuyó poderosamente a propagar de manera efectiva el arbitraje y la autonomía de la voluntad en el mundo<sup>44</sup>.

---

41. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980", en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.), P. BLANCO-MORALES LIMONES (coord.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997, pp. 63-64.

42. Según bien lo fundamenta BONOMI en el contexto europeo (A. BONOMI, "The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation 'Rome I' on the Law Applicable to Contractual Obligations", en DeCITA, *Derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 2005, p. 336).

43. Ello según Ley 948 de 1996.

44. Sobre este tema me he ocupado en varios trabajos. El último es *Derecho Aplicable y Arbitraje* (nota N° 5).

El Paraguay siguió, además, casi fielmente el modelo de UNCITRAL en materia de arbitraje, a partir de la Ley 1879 de 2002. Como bien se sabe, la ley modelo tiene como uno de sus pilares a la autonomía de la voluntad.

En el plano de la integración regional del MERCOSUR, el Paraguay suscribió instrumentos que consagran el principio autonomista, como el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos<sup>45</sup>, e hizo lo propio luego con el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (Decisión Consejo Mercado Común 3/98), ratificado según Ley 3303 de 2007<sup>46</sup>.

Sin embargo, si bien el país modernizó casi todo su marco normativo, quedaban subsistentes confusas normas del Código Civil que planteaban dudas sobre la autonomía de la voluntad desde la óptica del Derecho internacional privado.

Por lo demás, a nivel convencional el país no había suscripto la Convención de México de 1994 que consagra claramente la autonomía en su artículo 7<sup>47</sup>. Si había ratificado el Paraguay los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo<sup>48</sup>. Sin embargo, ellos no traen una solución satisfactoria en este punto. El instrumento de 1889 guarda silencio, y dicha falta de pronunciamiento llevó a algunos a interpretar que se admitió el principio de la autonomía, criterio considerado sumamente discuti-

---

45. Decisión del Consejo Mercado Común N° 1 de 1994, ratificada por Ley 597 de 1995, que permite a las partes elegir la jurisdicción competente, propia o foránea, judicial o arbitral (art. 4°).

46. Que reconoce la autonomía de la voluntad en su artículo 3°.

47. El Paraguay tampoco ratificó el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana de 1928, adoptado por varios países latinoamericanos, que –por otra parte– no resulta claro en este punto. N. DE ARAÚJO, *Contratos internacionales*, 2ª Ed., Río de Janeiro, Librería e Editora Renovar Ltda., 2000, pp. 162-163.

48. Debe considerarse que los Tratados de 1889 fueron ratificados por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay, en tanto que los de 1940 lo han sido por Argentina, Paraguay y Uruguay. De modo que entre Paraguay, Uruguay y Argentina se aplican los Tratados de 1940, que acabaron subsumiendo a los que les antecedieron por versar sobre idénticas materias y entre los mismos Estados (no así con respecto a Bolivia, Perú y Colombia).

ble<sup>49</sup>. Ello en tanto que el de 1940 deja que cada Estado, en ejercicio de su soberanía, determine si admite o no la autonomía de la voluntad<sup>50</sup>. La cuestión queda, pues, diferida al derecho nacional, y en el Paraguay ella no tenía respuesta clara.

En el plano doctrinario no existía coincidencia con respecto a la solución del Código Civil. Silva Alonso, uno de los miembros de la Comisión de Codificación que trabajó activamente en la elaboración del mismo, sostenía que el principio de la autonomía se encuentra allí admitido<sup>51</sup>. Lo propio opinábamos Ruiz Díaz Labrano<sup>52</sup> y yo<sup>53</sup>. Otros, como Díaz Delgado y Pisa-

- 
49. Señalan OPERTTI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE que en Montevideo en 1889 se estudió someter el contrato a la voluntad de las partes, y solo a falta de dicha voluntad a la ley del lugar de cumplimiento, lo que no prosperó. La solución fue adoptar la regla de “ley del lugar de cumplimiento”, quedando subsistente la posibilidad de que esta autorizara la autonomía tal cual lo defendía RAMÍREZ, el delegado uruguayo. (D. OPERTTI BADÁN / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Contratos Comerciales Internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 16).
50. R. SANTOS BELANDRO, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 65. Con ello se consagra el “reenvío”, que sucede cuando las normas de conflicto de un derecho se remiten a otro, y las reglas indirectas de este, a su vez, prevén o toleran que ocurra lo propio hacia un tercer país, la posibilidad de que exista autonomía de la voluntad si el derecho aplicable por remisión de la norma de conflicto autoriza a las partes a elegir un tribunal arbitral estatal diferente al previsto en el artículo 56 de los Tratados de Montevideo (ALFONSÍN / FRESNEDO / HERBERT, citados por M.B. NOODT TAQUELA, “Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños”, en D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavallia Editor, 2003, p. 988).
51. R. SILVA ALONSO, *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Asunción, Intercontinental Editora, 1995, pp. 136-137.
52. R. RUIZ DÍAZ LABRANO, “La ley aplicable y jurisdicción competente en materia contractual”, en: C. A. Soto (dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, t. II, Perú, Grijley, 2007, pp. 1532-1533. Ver también en R. RUIZ DÍAZ LABRANO, *Derecho Internacional Privado*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2010, p. 665.
53. J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Autonomía contractual transfronteriza en el Paraguay: ¡Habemus Jurisprudencia!, en: “A V.V.A.A., *Derecho Internacional Privado y Derecho de la integración – Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, CEDEP (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política), Asunción, 2013, p. 381. Puede accederse al artículo en: <http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2014/11/Autonom%C3%ADa-contractual-transfronteriza-01-ARTICULO-JOSE-M1.pdf> (último acceso: 18 de mayo de 2015).

no, opinaban en sentido contrario<sup>54</sup>, y se sumaba a ellos la brasileña Araújo<sup>55</sup>. Aún otros juristas extranjeros, como la argentina Albornoz<sup>56</sup> y los uruguayos Hargain y Mihali, sostenían la primera de las posiciones, favorable a la admisión de la autonomía.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia del Paraguay se expidió en este sentido, acogiendo de manera favorable el principio de la autonomía de la voluntad en contratos internacionales<sup>57</sup>. Sin embargo, para mayor certeza se volvía imperiosa una ley que zanjara definitivamente la cuestión.

## **B) La autonomía de la voluntad en la nueva ley paraguaya de contratos internacionales**

### **a) Libertad de elección**

El artículo 4 de la ley paraguaya, que trasiega casi textualmente el artículo 2 de los Principios de La Haya, y en consonancia con el artículo 7

---

54. Puede verse al respecto, enfatizándose en distintos matices, las contribuciones de R. DÍAZ DELGADO, “El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje”, en J. A. MORENO RODRÍGUEZ (coord.), *Arbitraje y Mediación*, pp. 223 y ss., Asunción, Intercontinental Editora, 2003; y B. PISANO, “La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo”, en *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, pp. 1 y ss., Año 32, N° 1, Febrero 2009.

55. N. de ARAÚJO, *Contratos Internacionais*, 4ª Edición, Río de Janeiro, Editorial Renovar, 2009, pp. 89-90.

56. Por ejemplo en M. M. ALBORNOZ, “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, en *Journal of Private International Law*, Vol. 6, N° 1, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 58.

57. Acuerdo y Sentencia N° 82 del 21 de marzo de 2013, en la Reconstitución del Expte. *Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato*. La Corte dijo allí lo siguiente: “La doctrina nacional más reciente reconoce, a favor de las partes, la posibilidad de optar por el derecho aplicable al contrato en ejercicio de su autonomía de voluntad, particularmente en este sentido es enriquecedor el aporte de José A. Moreno Rodríguez, quien además reporta el parecer de otros insignes doctrinarios nacionales”. Ver en J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Autonomía contractual internacional en el Paraguay” (nota N° 53), pp. 374 y siguientes.

de la Convención de México<sup>58</sup>, dispone en su primera parte que “un contrato se rige por el derecho elegido por las partes...” (artículo 4.1).

Consagra así el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, lo que a comienzos del siglo XX era “una cuestión altamente contenciosa en ambos lados del Atlántico<sup>59</sup>, alineándose con el objetivo principal del documento de La Haya de promover la autonomía de la voluntad en el mundo, considerado como “una necesidad” por organismos como UNCITRAL y UNIDROIT<sup>60</sup>.

La autonomía de la voluntad confiere certeza sobre el derecho aplicable además de acomodarse mejor a las vicisitudes del accionar transfronterizo, puesto que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para evaluar cuál derecho les resultará más apropiado para regirlas, en vez de que lo hagan en su nombre un legislador de antemano o un juzgador con ulterioridad si el caso va a litigio<sup>61</sup>. No tener reconocida la libertad contractual, por lo demás, genera incentivos a las partes de “hacer shopping” para seleccionar foros que, según anticipan, aplicarán sus reglas de conflicto de manera favorable a sus intereses por aceptar el principio autonomista<sup>62</sup>.

---

58. Ello en un tema que fue muy discutido en su negociación del instrumento interamericano (ver en D. OPERTTI BADÁN, *El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano*, en F. MESTRE y P. DE SEUME, “Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?”, UNIDROIT, 1998, p. 45).

59. M. PERTEGÁS / B. ADELE MARSHALL, “Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Brookly Journal of International Law*, Volume 39, Number 3, 2014, p. 976.

60. Reporte de la Oficina Permanente (nota N° 14), p. 342.

61. Queda fortalecida así la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales (F. VISHER, “General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tomo 232 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 126; también pp. 132 y siguientes).

62. M. PERTEGÁS / B. ADELE MARSHALL (nota N° 59), p. 977.

De allí que la autonomía de la voluntad se ubica “en el corazón del proyecto de los Principios de La Haya”<sup>63</sup> –inspirador de la nueva ley paraguaya–, partiéndose de la base de su “reconocimiento casi universal”<sup>64</sup>.

Pese a ello, aún hoy se registra un rechazo al principio de la autonomía de la voluntad, o dudas sobre su vigencia en países de la región. En Brasil<sup>65</sup> y Uruguay<sup>66</sup> parece desechárselo, o al menos el panorama se encuentra confuso allí. Es cierto que el MERCOSUR desde temprano admitió la autonomía de las partes para la selección del foro, con la suscripción del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos. Sin embargo, en cuanto se admite en el bloque, de manera amplia, que las partes puedan elegir al juez o árbitro, no ocurre lo

---

63. Reporte de la Oficina Permanente (nota 14), 350.

64. Esto se manifiesta tanto en las respuestas a los cuestionarios remitidos por la Conferencia de La Haya en 2007 (*Preliminary Document* N° 5 (nota N° 21), p. 4), como en los más recientes desarrollos en derecho comparado, si bien existe algún anacronismo de ello en algunas regiones de África y de América Latina.

65. Sobre el debate histórico en el Brasil, puede verse en N. de ARAÚJO (nota N° 47), pp. 320-324. También en L.O. PIMENTEL, P. DE OLIVEIRA AREAS y M. COPPETT, en el capítulo sobre Brasil de la obra C. E. MOTA, D. HARGAIN y G. PALAO MORENO (Directores), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica*, Portugal y España, Editorial B de f, Montevideo, Buenos Aires, 2008, p. 137.

66. La actitud histórica uruguaya ha sido de reticencia hacia el principio. Puede verse un amplio recuento en C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, FCU, Montevideo, 1991. Actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: D. OPERTTI BADÁN, “El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año VI, N° 6, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005. Un excelente recorrido histórico y actual de la cuestión específica de la autonomía de la voluntad en Uruguay puede verse en: J. TÁLICE, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo”, en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Operti Badán*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 527 y siguientes, particularmente pp. 560 a 562. Sobre el anacronismo aún hoy en Chile y las dudas sobre doctrinarias sobre este tema, ver J. GALLEGOS ZUÑIGA, “El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aún no zanjada en Chile en los albores del Tercer Milenio”, pp. 213 y siguientes.

propio –está visto– con la selección del derecho aplicable, o al menos hay confusión sobre el tema<sup>67</sup>.

Ello resulta inaceptable, más aún considerando que en los últimos años gran parte de los países de América Latina –entre ellos el Paraguay– modernizaron sus leyes internas de arbitraje, poniéndolas en sintonía con la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de UNCITRAL<sup>68</sup>.

En definitiva, el problema de la autonomía de la voluntad debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales<sup>69</sup>. Sin embargo, se presenta en algunos países el sinsentido que por el simple hecho de recurrirse a este medio de resolución de conflictos puede elegirse el derecho de fondo aplicable a un contrato internacional, en tanto que no ocurre lo propio si uno no tiene pactada una cláusula arbitral. Esta situación resulta, obviamente, inaceptable, y se encuentra felizmente superada en el Paraguay a partir de su nueva ley de contratación internacional.

#### **b) *Dépeçage* o fraccionamiento legislativo**

En Derecho internacional privado el término francés *dépeçage* –o fraccionamiento legislativo en español– alude a la posibilidad de dividirse el contrato a fin de que le sea aplicable más de un derecho. Una conocida metáfora de Wengler expresa que “se trata de montar una bicicleta con

---

67. Así lo expresa, por ejemplo: J. A. TONIOLLO, “Reflexiones acerca del Derecho Internacional Privado Latinoamericano: Especial Referencia al Ámbito del MERCOSUR”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Coordinadores: J. KLEINHEISTERKAMP / G. A. LORENZO IDIARTE, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 439-440.

68. Desde este tema me he ocupado en diversas publicaciones, entre ellas mi libro *Derecho Aplicable y Arbitraje*, citado en la nota N° 5.

69. Diversas aristas del problema se encuentran tratadas en la completa monografía siguiente: J. C. RIVERA, “Arbitraje Comercial Internacional: La cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto”, en C. A. SOTO (Director), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ediciones Magna, Lima, 2008, pp. 249 y siguientes.

piezas de distintos modelos”<sup>70</sup>, lo que ocurre, por ejemplo, cuando un contrato de compraventa se encuentra sujeto al derecho de un país con excepción de su cláusula de garantía regida por otro derecho<sup>71</sup>.

El fraccionamiento constituye una derivación del principio de la autonomía de la voluntad. La doctrina del Derecho internacional privado adversa al fraccionamiento –y, por ende, al principio autonomista– señala argumentos en contra, como la escasa ventaja ante los riesgos que entraña. Ello debido a los inconvenientes técnicos que pueden presentarse en el conocimiento y la aplicación de los distintos derechos elegidos. Se considera también que es un arma puesta en manos de la parte más fuerte en perjuicio de la más débil, al poderse manipular aspectos del derecho aplicable que puedan favorecer a aquella<sup>72</sup>.

Entre los argumentos a favor, se señala que el fraccionamiento constituye un instrumento a disposición de las partes para una mejor regulación de sus intereses, si así lo estiman conveniente. El *dépeçage* cumple la voluntad de las partes, y para impedir que sea una herramienta de la parte fuerte contra la débil, se encuentran las normas imperativas o de orden público<sup>73</sup>.

Hay dos procederes posibles con respecto al fraccionamiento. Uno, las partes pueden elegir una o diferentes leyes para gobernar sus contratos,

---

70. J. M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 79.

71. Por ello, dice WOLFF que en Inglaterra, antes que *proper law* del contrato, se debe hablar de *proper law* de las obligaciones contractuales, pues puede haber varios *proper laws* (M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, Traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Editorial Bosch, 1958, pp. 404-405).

72. J. GRANDINO RODAS, “Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais”, en *Contratos Internacionais*, 3ª Edición, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

73. R. SANTOS BELANDRO (nota N° 50), pp. 100-102. Además, refiere GRANDINO RODAS que hasta quienes se muestran contrarios al fraccionamiento deben admitir que cuestiones como las relativas a la forma del contrato y la capacidad pueden regirse por otros derechos (J. GRANDINO RODAS (nota N° 72), p. 21).

según lo aceptan ciertas codificaciones domésticas, como, por ejemplo, el Art. 3111(3) del Código Civil de Québec (1991) y el Art. 1210(4) del Código Civil ruso. Dos, puede también haber una selección parcial del derecho aplicable, dejándose que el resto de las obligaciones contractuales sea determinado objetivamente. El Reglamento Roma I expresamente permite esta elección parcial, especificando que las partes pueden elegir el derecho aplicable a parte del contrato solamente (Art. 3(1)3)<sup>74</sup>. En esta línea se inscriben la Convención de México de 1994<sup>75</sup>, como así también los Principios de La Haya en su artículo 2.2.

Siguiéndola, prevé el Artículo 4.2 de la ley paraguaya que “las partes pueden elegir: a) El derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y b) Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que éstas sean claramente distinguibles”<sup>76</sup>.

En la elaboración de los Principios de La Haya, cuyo texto inspira la norma de la ley paraguaya, se decidió que los límites a la fragmentación no debían formularse directamente en el cuerpo de los Principios sino debían tratarse en el comentario que explica la disposición. Partiendo de la base de que la fragmentación constituye una derivación de la autonomía de la voluntad, se considera preferible dejar a las partes la posibilidad de utilizar libremente dicho proceder. Las partes deberían, sin embargo, ser coherentes en las soluciones que adopten, teniendo en cuenta las normas elegidas y el propio contrato<sup>77</sup>. Y obviamente entra a tallar también el orden

---

74. [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01s.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01s.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015). Dicho convenio prevé que “las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

75. El fraccionamiento –resalta HERBERT– podría parecer una herejía en el esquema de los Tratados de Montevideo antes imperantes en la región en la materia. Ver R. HERBERT, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *RUDIP*, Año 1 - N° 1, p. 91.

76. “En la medida que éstas sean claramente distinguibles” es un agregado que introdujo el Senado paraguayo, que no altera el sentido de la disposición tal cual fuera concebida por la Conferencia de La Haya.

77. En efecto, en el plano doctrinario se debate la cuestión de saber si existe una condición implícita relativa a la separabilidad de una parte del contrato. Según ciertos autores, existe un límite a nivel de las normas de conflicto de leyes, de tal forma que

público como límite. Debe tenerse presente que el fraccionamiento puede resultar no solo voluntario sino también involuntario. Se da este último caso cuando un juez decide la aplicación de normas de terceros países vinculadas con el contrato o de normas imperativas<sup>78</sup>.

La relación del *dépeçage* con las normas imperativas es delicada. Una posición aboga porque se pueda, a través del fraccionamiento, evitarse la aplicación de disposiciones imperativas del derecho que hubiera resultado aplicable (*lex causae*). Esto –resalta Visser– llevaría al “contrato sin ley”, es decir, al margen de todo control estatal, aunque proponentes de la doctrina, como Boggiano, lo niegan<sup>79</sup>.

La posición prevaleciente es que el control último de límites del *dépeçage* es considerado prerrogativa del foro juzgador. El fraccionamiento sería admitido entonces solo si las partes del contrato pueden ser separadas y tratadas independientemente, y aceptarlo implica admitir que los contratantes tienen autoridad para evitar reglas imperativas, en tanto no exista interés público del Estado del foro concernido<sup>80</sup>.

### c) Cambio voluntario del punto de conexión

Diversos instrumentos convencionales, como Roma I (artículo 3(2)) y la Convención de México (artículo 7.1), admiten que se pueda modificar el

---

→ la escisión tiene que estar en relación con la parte separable del contrato. Otros sostienen que cuando las partes han operado una elección que corre el riesgo de dar lugar a un resultado contradictorio, el problema debería probablemente resolverse en el marco de la ley aplicable, que podría tener que determinarse objetivamente si la elección no lo hace constar con claridad. En todos los casos, incluso para los más liberales, la elección de las partes carece de sentido y es nula cuando la misma conlleva una contradicción evidente. Por esta razón, el Grupo de Trabajo consideró que no era necesaria la inserción de una restricción o de una aclaración en el proyecto de Principios de La Haya ([http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01s.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01s.pdf), p. 18) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

78. R. SANTOS BELANDRO (nota N° 50), p. 104.

79. Ver en F. VISHER (nota N° 61), pp. 140-141.

80. F. VISHER (nota N° 61), pp. 141-142. A esta solución lleva la ley paraguaya.

derecho elegido en el contrato con ulterioridad a su celebración. Ello, con la aclaración de que dicho proceder no afectará la validez del contrato ni los derechos que puedan haber adquirido terceros como consecuencia del mismo (artículo 3 (2), Roma I; Art. 8, Convención de México). Lo mismo ocurre con leyes nacionales de Derecho internacional privado de fecha reciente, como el Código de Derecho Internacional Privado del Japón de 2006 en su artículo 9, y el Código Civil ruso en su artículo 1210(3).

Por su parte, los Principios de La Haya también admiten una modificación posterior (artículo 2.3). Esta solución sigue el artículo 4.3 de la ley paraguaya, según el cual “la elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”.

Resulta importante una previsión expresa en este sentido. En algún momento en Italia, por ejemplo, el Tribunal Supremo sostuvo que la “elección de las partes en cuanto a la ley aplicable no será admisible cuando se haya efectuado con posterioridad a la celebración del contrato”. (Sentencia de 1966, N° 1.680, en el asunto: *Assael Nissim contra Crespi*), lo que fue seriamente cuestionado en la doctrina italiana<sup>81</sup>. Esta solución –está visto– ha quedado alterada en Europa con el Convenio de Roma (actual Reglamento Roma I), para el cual las partes, de común acuerdo, podrán cambiar el derecho aplicable al contrato cuando lo deseen<sup>82</sup>. Ello, obvia-

---

81. M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”, DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992). El informe se encuentra transcrito en C. Esplugues (coord.), *Contratación Internacional*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1994, comentario al artículo 3.

82. En materia arbitral no existe una previsión normativa expresa sobre este tema. A la luz del principio que aboga por la autonomía reflejada en la mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje, las partes deberían poder cambiar el derecho originalmente escogido para gobernar la disputa. Así se ha resuelto en el caso *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce* (Laudo del 23 de enero de 2008, disponible en: <http://www.unilex.info> (último acceso: 22 de mayo de 2015), con la aplicación del derecho serbio luego de comenzado el proceso arbitral. Otro precedente muy conocido es el del Tribunal Arbitral Ad Hoc, laudo del 17 de diciembre de 1975, IV Yearbook Comm. Arb. (1979), 192 (193).

mente, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros, como lo prevé la ley paraguaya.

Por lo demás, como lo expresa el comentario 2.13 de los Principios de La Haya, las normas procesales también pueden operar como límite, pues cualquier cambio del derecho dentro de la contienda solo podrá producirse si las mismas así lo autorizan.

#### **d) Conexión**

El artículo 4.4 de la ley paraguaya prevé que “no se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción”.

En el pasado lo contrario era frecuentemente un requerimiento, en atención a la teoría de la localización, que consiste en eliminar del derecho elegido lo que es ajeno a los lugares donde están situados los elementos de la vinculación contractual. Ello todavía se aplica en algunos sistemas, como en los Estados Unidos, cuyo *Restatement (Second) of Conflict of Laws* prevé en su artículo 187(2)(a) que el derecho escogido debe estar relacionado de manera sustancial con las partes o con la transacción, o debe existir alguna otra causa razonable que justifique la elección de las partes<sup>83</sup>.

El requisito, sin embargo, se viene abandonando en instrumentos recientes<sup>84</sup>, a los que se alinean los Principios de La Haya. En efecto, textos modernos como el Reglamento Roma I<sup>85</sup> o la Convención de México de

---

83. En Inglaterra ya no se exige alguna conexión significativa. La selección de un derecho neutral puede ser una perfecta razón aunque no exista conexión (*Steel Authority of India Ltd. V. Hind Metals Inc.* (1984). Ver en: C.G.J. MORSE, England, en M. RUBINO-SAMMARTANO / C.G.J. MORSE (General Editors), *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 62.

84. No contienen la exigencia de una conexión razonable diversas convenciones internacionales en materia de transporte. Tampoco las Convenciones de La Haya 1955 sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales; de 1986 sobre compraventa internacional de mercaderías; y de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y representación.

85. H. HEISS, “Party Autonomy”, en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 2.

1994<sup>86</sup> se interpretan como permitiendo a las partes, en principio, elegir libremente la aplicación de un derecho “neutral”, y lo propio ocurre en la praxis arbitral<sup>87</sup>.

### C) Admisión del derecho no estatal

Ante la gran disparidad terminológica con respecto a este tema, en que se habla indistintamente de derecho transnacional, *lex mercatoria*, derecho blando o *soft law*, y varias otras expresiones<sup>88</sup>, se optó en el instrumento de La Haya por acudir a la expresión “*rules of law*” o –en español– “normas de derecho”, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral<sup>89</sup>.

---

86. Ver en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional”, *Publicación de la Organización de Estados Americanos*, 2006, III, D, 7.

87. Así, en un caso CCI, según el cual el principio de la autonomía de la voluntad, ampliamente reconocido, permite que las partes elijan cualquier derecho para regir su contrato, aún no obviamente relacionado con la disputa (Caso CCI N° 4145 de 1984, XII Yearbook Comm. Arb. (1987), 97 (101). En otro, el demandado sostuvo que el derecho aplicable sería el de India, porque el contrato tiene su conexión más cercana con dicho país. El Tribunal Arbitral ha sostenido, sin embargo, que el contrato prevé que los derechos y obligaciones de las partes en todo aspecto serán gobernados por la ley del Estado de Nueva York, y esto prevalece por sobre cualquier otra consideración sobre lo que el derecho apropiado debería ser (CCIN° 4367 de 1984, XI Yearbook Comm. Arb. (1986), 134 (139). Hacen notar DERAINS y SCHWARTZ que el tribunal arbitral no tiene que valorar si la elección de ley hecha por las partes está bien fundamentada o tiene conexión con el asunto en disputa. Solo debe respetarla (incluso, en caso contrario, hay riesgo en algunas jurisdicciones de que sea anulado) Y. DERAINS, “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration” en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 6/ N° 1, 1995, II, p. 270.

88. Ver, *inter alia*, en mi artículo: Debate sobre el Derecho No Estatal y la Lex Mercatoria, número 1 del 2014 sobre Arbitraje Internacional de Forseti, accesible en: <http://www.forseti.pe/revista/2014-numero-1> (último acceso: 22 de mayo de 2015).

89. Esto me consta personalmente por haber participado en su momento en las deliberaciones sobre este tema.

La ley modelo de UNCITRAL de 1985, reformada en 2006, adoptó la expresión en su art. 28<sup>90</sup>, y hasta entonces ella solo había sido utilizada en el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 relativo a disputas de inversiones y en las leyes de arbitraje de Francia y Djibouti<sup>91</sup>. La fórmula también había sido incluida en el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976, y mantenida en el actual artículo 35 del Reglamento de 2010<sup>92</sup>; a su vez, guarda similitud con normas de varios reglamentos arbitrales<sup>93</sup>.

La expresión “normas de derecho” se entiende más amplia que el término “ley” y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo las que no hayan sido adoptadas formalmente como “derecho estatal”<sup>94</sup>.

---

90. El comentario Oficial de UNCITRAL al artículo 28 de la ley modelo expresa que al hacer referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, la ley modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional (ver también el Informe del Grupo de Trabajo de UNCITRAL, 18ª reunión, marzo de 1985 (A/CN.9/264, pp 60-63). En esta línea, tanto el comentario oficial inglés como el texto explicativo holandés a las leyes de arbitrajes de estos países consignan el entendimiento de que la *lex mercatoria* queda comprendida en la expresión “normas de derecho” (El texto en inglés puede encontrarse en el sitio [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_partI\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm) (último acceso: 22 de mayo de 2015); el reporte explicativo holandés (Documento N° 18464) se encuentra citado por F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Netherlands, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, p. 250.

91. Documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1.

92. Sobre los ajustes menores hechos al actual reglamento, ver en: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, a Report by J. PAULSSON / G. PETROCHILLOS, Commissioned by the UNCITRAL Secretariat, Draft for Comments, 31 March 2006. Las discusiones al respecto están reflejadas en los documentos A/CN.9/614, paras. 122-124; A/CN.9/641, paras. 106-113 y A/CN.9/684, paras. 91-100. Sobre este tema, pueden ampliarse en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Comentario al artículo 35 en: Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, Anotado y Comentado*, P. PERALES VISCASILLAS / I. TORTEROLA, Editorial Legis, Buenos Aires, 2011.

93. J. J. BARCELÓ III / A. VON MEHREN / T. VARADY, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Fourth Edition. Thomson Reuters, 2009, p. 70.

94. Ya cuando se debatía el texto de la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, decía en



En esta línea, el artículo 5 (intitulado normas de derecho), basado en el artículo 3 de los Principios de La Haya, establece que “en esta ley la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”.

Como bien lo señalan Pertegás y Brooke, una norma así tiene el efecto de “nivelar la cancha” (*level the playing field*) entre arbitraje y litigio<sup>95</sup>. Antes había que recurrir a una cláusula arbitral para asegurarse de que la elección del derecho no estatal fuera respetada, al menos en los países en sintonía con la ley modelo de UNCITRAL. Con la solución de La Haya ello ya no es necesario.

En las discusiones del Grupo de Trabajo en La Haya se había rechazado que las reglas elegidas deban pasar un “examen de legitimidad” (*test of legitimacy*), que evalúe su naturaleza y características<sup>96</sup>, puesto que en las reglas no estatales pueden ser adoptadas ahora no solo en casos con cláusula arbitral, sino sin importar el mecanismo de solución de disputas<sup>97</sup>. Se convino además en dichas deliberaciones que las reglas elegidas

---

→ las deliberaciones Bonell: “... se debe permitir a las partes desnacionalizar la controversia, indicando como base para su solución normas y principios de una naturaleza diferente, tomadas por ejemplo de los instrumentos internacionales, sean o no ejecutables, observando los usos comerciales y los principios o reglas comunes a los sistemas jurídicos nacionales de ambas partes...” (*Yearbook of the United Nations Commission on International Trade*, Volume XVI, 1985, p. 487, párrafo 8).

95. M. PERTEGÁS / B. A. MARSHALL, *Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, *Brooklyn Journal of International Law*, Volume 39, Number 3, 2014, p. 979.

96. Se estimó que adoptar una regla bien amplia (*open-ended rule*) que no limite a las partes la opción de elegir el derecho no estatal sería más adecuado y acorde a lo establecido por el preámbulo de los Principios de La Haya. L. GAMA JR. / G. SAUMIER, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en *El Derecho internacional Privado en los procesos de integración regional, Jornadas de la ASADIP 2011*, San José 24-26 de noviembre, ASADIP y Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pp. 56-62.

97. En las deliberaciones previas del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya se habían manejado tres opciones en cuanto a la selección de reglas no estatales: 1) reservarla para el ámbito arbitral; 2) permitir la designación del derecho estatal sin

de derecho no estatal deben ser distinguidas de reglas individuales hechas por las partes y que existen obviamente límites. En particular, las reglas elegidas deben ser un cuerpo de reglas (*a body of rules*), como por ejemplo los Principios UNIDROIT<sup>98</sup>.

Ello se halla reforzado por la fórmula acogida por la Comisión Especial, que forma finalmente el texto de los Principios, al disponer en su Art. 3º: “En estos Principios, la referencia a ‘Derecho’ incluye normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, a menos que el Derecho del foro establezca lo contrario”. Esta redacción fue levemente modificada por la ley paraguaya. Sin embargo, el espíritu es el mismo.

Michaels califica a la norma –tal cual quedó finalmente redactada por la Comisión Especial en La Haya– como “problemática”. De otra forma –agrega– los Principios de La Haya hubieran resultado un instrumento legal mayormente no controvertido. Dice además que se trata de una novedad riesgosa (*a bold novelty*), puesto que dado el relativamente bajo interés que las partes han mostrado hasta ahora por tener una provisión así, no queda claro que valía la pena incluir tal provisión. A lo cual agrega que la posición inicial del Grupo de Trabajo por lo menos habría tenido sentido analítico y que el requerimiento introducido por la Comisión Especial (de que se trate de reglas neutrales, equilibradas y de aceptación internacional<sup>99</sup>) hizo de una regla problemática mucho peor. Para el arbi-

---

→ importar el mecanismo de solución de disputas; 3) omitir referencias al derecho no estatal en los principios, de modo a dejar esto abierto a interpretación de jueces y árbitros. El grupo ha optado finalmente por permitir la designación del derecho no estatal, independientemente el método de resolución de conflictos. Ella –según Gama y Saumier– es la más innovadora y adaptable a los distintos sistemas jurídicos (L. GAMA JR. / G. SAUMIER (nota N° 96), pp. 62-63.

98. Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts - drawn up by the Permanent Bureau: [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf) (Versión consolidada – último acceso: 22 de mayo de 2015), pp. 14-15.

99. Esto no estaba en el texto propuesto por el Grupo de Trabajo, que decía en la segunda oración del artículo 2 solo lo siguiente: “En estos principios una referencia al derecho incluye las normas de derecho”.

traje la fórmula es muy estrecha y para litigios estatales muy amplia e imprecisa<sup>100</sup>. Por lo demás, concluye, no existía una necesidad práctica en este sentido<sup>101</sup>.

Con ironía, dice Michaels que si en verdad esta es la solución moderna, ahora países que estaban a la zaga, como los de Latinoamérica, tienen la chance de ser realmente modernos<sup>102</sup>.

Symeonides, quien integró la Comisión Especial en representación de la Unión Europea, y luego pasó a formar parte del Grupo de Trabajo en La Haya, expresa que el rechazo de normas no estatales se encontró con el resentimiento parroquial (*parochial resentment*) de una coalición de hombres del ayer (*yesterday-men*)<sup>103</sup>. Ello si bien, como es frecuentemente el caso, el fraseo de un texto de compromiso lleva mucho a ser deseado<sup>104</sup>.

A mí me tocó presidir un grupo “ad hoc” creado en la sesión diplomática de la Comisión Especial en La Haya en 2012, ante la obstinada negativa de la delegación de la Unión Europea por aceptar el derecho no estatal. Finalmente el único texto aceptable para ellos fue el que hoy figura en

- 
100. R. MICHAELS, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2386186](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186) (último acceso: 22 de mayo de 2015), V a. También se muestra muy crítico sobre las reformas introducidas por la Comisión Especial el miembro del Grupo de Trabajo Andrew Dickinson, por las incertidumbres que generan los agregados, sugiriendo que el intérprete directamente los ignore (A. DICKINSON, *A Principled Approach to Choice of Law in Contract?*, 2(2013) Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, p. 152).
101. V.b. No fundamenta el por qué. En respuesta podría decirse que un reconocido profesor mexicano, por ejemplo, recientemente calificó a la *lex mercatoria* como “un referente de nuestros días” (LEONEL PEREZNIETO CASTRO, *La Lex Mercatoria: Un Referente de Nuestros Días*, en *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, Vol. I Diciembre 2014, Número 1 (<http://adipri.cl/v1/wp-content/uploads/2015/03/ADIPRI-Revista-de-Derecho-Internacional-Privado-I.pdf>), p. 36 – último acceso: 22 de mayo de 2015).
102. R. MICHAELS (nota N° 100).
103. S. C. SYMEONIDES, “Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis”, Oxford University Press, New York, 2014, p. 143.
104. S. C. SYMEONIDES, (nota N° 103), p. 145.

los Principios de La Haya, cuyo texto base fuera propuesto dentro de dicho grupo “ad hoc” por Francesca Mazza, en su momento representante –ante el Grupo de Trabajo de La Haya– de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Se consideró entonces que el texto de compromiso era un mal menor al de no tener admitido el derecho no estatal.

Pertegás y Brooke explican los requisitos introducidos<sup>105</sup>. Con lo de la exigencia de “reglas neutras y balanceadas” se pretende responder a la inquietud de que el poder negociador desigual lleve a la aplicación de reglas injustas o inequitativas. Quedan excluidas así las normas concebidas para conferir ventajas a una parte contratante, como las redactadas unilateralmente por ciertos círculos o gremios comerciales o profesionales.

Lo del “conjunto de reglas generalmente aceptadas” busca disuadir a las partes de elegir categorías vagas o inciertas como normas de derecho. Conjunto de reglas generalmente aceptadas son, por ejemplo, los Principios UNIDROIT de derecho contractual y la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías<sup>106</sup>.

---

105. Sobre esto ver en: M. PERTEGÁS / B.A. MARSHALL, “Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law” in *International Contracts*, Brooklyn Journal of International Law, Volume 39, Number 3, 2014, pp. 997-998.

106. En el seno de la Unión Europea se publicaron también “Principios” similares en los años 1995 (parte I), 1999 (partes I y II) y 2003 (parte III), elaborados por un grupo cuya cabeza visible fue el profesor escandinavo Ole Landö (Comisión Landö). Tanto UNIDROIT como la “Comisión Landö”, de manera imprecisa, habían denominado finalmente “principios” a su producto, cuando en realidad estamos ante un cuerpo de reglas que podrían fácilmente ser sancionados por un legislador como “Código”. Pero Europa fue más allá, elaborándose allí un documento análogo enmascarado ahora bajo el término “Marco Común de Referencia”. El primer borrador fue publicado en diciembre de 2007 en tanto que una nueva versión apareció en febrero y luego a fines de 2009. El trabajo puede ser considerado sucesor de los principios de la Comisión Landö, si bien la cobertura resulta ahora más amplia, puesto que se comprenden además reglas relativas a contratos específicos, y obligaciones en general, además de propiedad mobiliaria. Como lo predicen connotados juristas germánicos, el debate ahora será marcado por la existencia de diferentes textos compitiendo entre sí. Ver en: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Contratos y La Haya”, *Contratación y Arbitraje – Contribuciones Recientes*, Cedep, Asunción, 2010, p. 26.

En Latinoamérica el derecho estatal viene siendo reconocido ampliamente tanto en el plano constitucional<sup>107</sup>, como al admitirse la jurisdicción de tribunales internacionales, como, por ejemplo, la del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y los cientos de tratados bilaterales de inversión ratificados a este respecto que aceptan la aplicabilidad del derecho no estatal.

Así también, instrumentos del MERCOSUR<sup>108</sup> y de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se encuentran abiertos al derecho no estatal, como ocurre con la Convención de Panamá de 1975 relativa a arbitraje<sup>109</sup> o la Convención de México de 1994 que acepta el derecho no estatal, según surge de sus artículos 7, 9 y 10<sup>110</sup>. A su vez, esta aceptación

- 
107. Muchas Constituciones de países latinoamericanos han sido reformadas o enmendadas en décadas recientes, varias aceptando principios internacionales relativos, por ejemplo, a derechos humanos. Ver en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003, pp. 74-75.
108. El Acuerdo Arbitral del MERCOSUR de 1998, ratificado por todos los miembros plenos del bloque (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), reconoce en su artículo 10 la aplicabilidad del “Derecho internacional privado y sus principios”, así como del “Derecho del comercio internacional”.
109. De hecho, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, celebrada en Panamá en 1975) hace referencia, en su artículo 3, para el caso de ausencia de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que, a su vez, establece en su Art. 30 numeral 3) que, en todos los casos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso”.
110. Aunque aquí hay un debate de si la *lex mercatoria* se aplica solo en ausencia de selección del derecho, o si las partes pueden elegirla expresamente (ver la discusión, por ejemplo, en Claudia Madrid Martínez, quien se inclina –citando también a Hernández Bretón– porque si se pueda elegirla también (C. MADRID MARTÍNEZ, *Notas sobre la lex mercatoria: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos*, en: V.V.A.A., *Derecho Internacional Privado y Derecho de la integración – Libro Homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, nota N° 53). En un reciente artículo Gallegos ha opinado en sentido parecido (Gallegos, 229), y es también la opinión del propio José Luis Siqueiros, uno de los grandes artífices de la Convención de México, según el cual la Convención de México habla de “derecho aplicable” antes que de “ley aplicable”, no solo por resultar una expresión más adecuada al español, sino fundamentalmente –según quienes han participado en su

se encuentra en las leyes de Derecho internacional privado de México y Venezuela<sup>111</sup>.

El derecho no estatal se encuentra invocado también para la interpretación o reinterpretación de los derechos locales en jurisdicciones latinoamericanas, como ocurre, por ejemplo, con importantes decisiones de máximas instancias judiciales colombianas<sup>112</sup>. También encontramos referencias al derecho no estatal, como los Principios UNIDROIT, en decisiones de la Corte Suprema Venezolana<sup>113</sup> o de tribunales de alzada argentinos<sup>114</sup>. A su vez en Brasil, en 2011 el Tribunal de Cuentas recurrió a los

---

→ redacción— para dejar bien en claro que se comprenden en su regulación los usos internacionales, los principios de comercio internacional, la “*lex mercatoria*” y expresiones análogas (J. L. SIQUEIROS, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222). Como es sabido, la palabra “derecho” no tiene equivalente en inglés más que a través del término “*law*”. Comparto plenamente esta posición.

111. Lo propio ha ocurrido en un proyecto de reformas del Derecho internacional privado uruguayo, en sus artículos 13 y 51. Se puede acceder al contenido del proyecto de ley y a un breve comentario al respecto en C. FRESNEDO DE AGUIRRE / G. A. LORENZO IDIARTE, <http://asadip.wordpress.com> (último acceso: 25 de mayo de 2011).

112. Ver en: <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg> (último acceso: 22 de mayo de 2015). En 2011, la Corte Suprema de Justicia Colombiana esgrimió entre sus razones la que deriva de la *lex mercatoria* y el derecho comparado, como reflejo tendencial de la materia en el tráfico jurídico. Dijo el alto tribunal que los ordenamientos foráneos y tratados internacionales revelan un interés cada vez mayor en que las cláusulas limitativas de responsabilidad garanticen una indemnización mínima a los sujetos afectados en caso de pérdida de mercancías y en evitar abusos en el caso *Compañía Suramericana de Seguros S.A. v. Compañía Transportadora S.A.* (11001-3103-026-2000-04366-01). Ver también fallo del 2010 de la Corte Suprema y su invocación a un principio internacional relativo a contratos (el de mitigar daños) (Caso Ref.: 11001-3103-008-1989-00042-01). Ver estos fallos y otro más en el sitio [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

113. Que, en apoyo de la interpretación amplia del concepto de contratos internacionales, se refirió, *inter alia*, al preámbulo, comentario 1 de los referidos principios (09.10.1997, *Bottling Companies v. Pepsi Cola Panamericana*, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)—último acceso: 22 de mayo de 2015, donde aparece también otro fallo reciente venezolano invocando los Principios UNIDROIT).

114. Ver fallos de 2001 (Corte Suprema de Mendoza); 2004 (Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal), 2006 (Cámara de Apelaciones de La Matanza),

Principios UNIDROIT de derecho contractual para corroborar, dentro del plano comparatista, la decisión a la que arribó<sup>115</sup>.

De hecho, en Brasil –según el reconocido jurista brasileño Lauro Gama<sup>116</sup>– se admite abiertamente, en el contexto arbitral, la amplia aplicabilidad de la *lex mercatoria*, principios generales del derecho o Principios UNIDROIT<sup>117</sup>. Lo propio ocurre en varios otros países latinoamericanos en lo que respecta al arbitraje, fundamentalmente luego de la oleada reformista a partir del año 1993, en que, siguiendo el modelo de UNCTRAL, países como México, Colombia, Chile, Panamá, Perú, Venezuela, Paraguay y otros han modificado sus leyes arbitrales. Varios laudos arbitrales, dictados en consecuencia, han hecho aplicación del derecho no estatal<sup>118</sup>.

En definitiva, el problema de la autonomía de la voluntad, y de la apertura hacia el universalismo en la contratación internacional, debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales<sup>119</sup>. Sin embargo, se presenta aquí el sinsentido de que, por el simple hecho de recurrirse a este medio de resolución de conflictos, puede alterarse el derecho de fondo que sería aplicable a un contrato internacional si uno acudiera a la jurisdicción estatal. Esta situación resulta, obviamente, inaceptable.

---

→ 2009 (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba), y dos fallos de 2009 (Cámara de Apelaciones de Buenos Aires), citados en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) - último acceso: 22 de mayo de 2015).

115. TC 007.103/2007-7, Tribunal de Contas da União, en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1655> (último acceso: 22 de mayo de 2015).

116. L. GAMA JR., *Contratos Internacionais a luz dos Principios do UNIDROIT 2004*, Río de Janeiro y otras, Editora Renovar, 2006.

117. L. GAMA JR. (nota N° 116), p. 444

118. Ver en: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario - Cedep (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política), 2013, capítulo 6.

119. Diversas aristas del problema se encuentran tratadas en la completa monografía siguiente: J.C. RIVERA, “Arbitraje Comercial Internacional: La cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto”, en C. A. SOTO (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, pp. 249 y ss.

#### D) Elección expresa o tácita

El artículo 6 (elección expresa o tácita) de la ley paraguaya, en línea con el artículo 4 de los Principios de La Haya, regla en su primera parte que “la elección del derecho, o cualquier modificación de la elección de derecho, debe efectuarse de manera expresa o desprenderse claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias”.

La autonomía de la voluntad presupone que las partes han querido efectivamente elegir el derecho aplicable a sus contratos. Las dudas surgen cuando ello no ha ocurrido en forma expresa, y en ese caso encontramos diversas fórmulas.

El Convenio de La Haya de 1955 “sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales” acoge una posición *restrictiva* en la que el juez deberá limitarse a encontrar una aceptación “sin ambigüedad” en las cláusulas del contrato, excluyéndose la indagación de toda otra circunstancia exterior. Otra concepción, *amplia*, se encuentra en la Convención de La Haya de 1978 “sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación”, según la cual el juez examinará no solo lo expresado en el contrato, sino tendrá en cuenta, además, las circunstancias del caso que rodean a la celebración.

Las circunstancias del caso pueden ser tenidas también en cuenta tanto según el anterior Convenio de Roma de 1980 como el actual Reglamento Roma I. Este último habla de una elección que resulte “de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” (Art. 3.1)<sup>120</sup>.

---

120. El cambio terminológico con respecto al Convenio de Roma de 1980 tiene que ver con que se fortalece sobre todo la versión en inglés –y también la alemana– fraseadas como requiriéndose que una selección tácita debe ser “claramente demostrada” y no solo “demostrada con razonable certeza”. Esto no apunta a cambiar el espíritu de la regulación anterior, sino simplemente a poner en línea la versión inglesa y la germana con el texto en francés del Convenio de Roma (H. HEISS, nota N° 85, p. 1).

La voluntad tácita resulta cierta, por ejemplo, cuando se elige un contrato-tipo regido por un sistema jurídico particular<sup>121</sup>; o cuando existe un contrato anterior donde hubo elección de derecho<sup>122</sup>; o cuando se hace referencia a normas o leyes de un país determinado; o cuando un contrato forma parte de una serie de operaciones y se seleccionó un derecho para el acuerdo base sobre el que reposan los demás<sup>123</sup>.

Dentro del mismo espíritu, la Convención de México prevé que la elección del derecho debe ser expresa, o en todo caso debe manifestarse “en forma evidente”, tanto “de la conducta de las partes” como “de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto” (Art. 7), a cuyo efecto deberán ser objeto de consideración todos los puntos de contacto del contrato, como lugar de celebración y de ejecución, idioma, moneda, lugar de arbitraje, foro, etcétera<sup>124</sup>.

Esta última es también la solución de los Principios de La Haya, que admiten la elección tácita, “en tanto lo sea de manera clara” (Art. 4°),

---

121. Así, la póliza de seguro marítimo de Lloyds de Londres hace presumir la sumisión al derecho inglés (Reporte M. GIULIANO / P. LAGARDE (nota N° 81), comentario al artículo 3).

122. R. SANTOS BELANDRO (nota N° 50), pp. 77-78.

123. Reporte M. GIULIANO / P. LAGARDE (nota N° 81), comentario al artículo 3. BONOMI refiere que los redactores del Convenio de Roma pretendieron distinguir entre elección tácita —es decir, elección que las partes ciertamente tenían en mente, aunque no lo declararon expresamente— y elección puramente hipotética —es decir, la que las partes habrían probablemente hecho si hubieran considerado la cuestión del derecho aplicable—. No obstante, en la práctica, la línea entre estas dos situaciones es más bien vaga; de hecho, los tribunales ingleses y alemanes son menos estrictos en descubrir elecciones tácitas que sus homólogos europeos (Ver este tema y sus alternativas en: A. BONOMI, “The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation ‘Rome I’ on the Law Applicable to Contractual Obligations”, en *DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2005, pp. 335-336, quien nombra las decisiones alemanas del *Bundersgerichtshoff* de 1997 y 1999).

124. El tema de selección del derecho aplicable fue objeto de arduo debate en las discusiones previas a dicha convención interamericana. Se prefirió finalmente que la elección tácita resulte “evidente”, en vez de recurrirse a palabras como “notoria” o “inequívoca”. Ello en el entendimiento de que así quedará más claro que se apunta a que la elección la hagan las partes, “expresa” o “evidentemente”, y no un tercero (el juzgador), en su lugar Herbert, citado por N. DE ARAÚJO (nota N° 47), p. 181.

desechándose una propuesta que se había formulado en el Grupo de Trabajo que se establezca un estándar de “intenciones manifiestamente claras” (“*manifestly clear intentions*”), por entenderse que sería muy alto, en particular para ciertos Estados que requieren estándares menores para otros aspectos sustanciales del contrato<sup>125</sup>.

En su segunda parte, el artículo 6 de la ley paraguaya prevé que “un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal nacional o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no es equivalente de por sí a una elección de derecho aplicable”.

La fórmula contraría una posición extendida en el *common law*. Según Juenger, aunque las reglas digan lo contrario existe una tendencia casera (“*homing trend*”) de los tribunales de aplicar derecho propio<sup>126</sup>. En el caso *Soulier*, la Corte de Casación dijo en 1910 preferir que los tribunales franceses juzguen de acuerdo a una ley francesa antes que una ley extranjera que no conocen. Hay un similar *dictum* inglés de Lord Denning en *The Atlantic Star* (1973)<sup>127</sup>.

Obviamente puede ser un elemento importante, pero en definitiva la solución de La Haya –seguida por la ley paraguaya– es que la selección de un juzgador no deba resultar determinante para entender que debe aplicarse su derecho.

### E) Validez formal de la elección del derecho

El artículo 7 (validez formal de la elección de derecho) de la ley paraguaya, copiado del artículo 5 de los Principios de La Haya, expresa que “la

---

125. Prel. Doc. N° 4 of 2012, Annex III, p. 7.

126. F. K. JUENGER, “General Course on Private International Law (1983)”, en *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 1985, IV, Tome 193 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 133-134. La expresión “homeward trend” se atribuye a NUSSBAUM (O. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974, p. 280).

127. KAHN-FREUND (nota N° 126), p. 309.

elección de derecho no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes dispongan expresamente lo contrario”.

De modo que ella podrá ser hecha por medios electrónicos o incluso verbalmente, salvo estipulación en contrario.

#### **F) Acuerdo sobre la elección de derecho**

En materia de contratación internacional se distingue entre las cláusulas del contrato en sí, que hacen relación a los derechos y obligaciones de las partes, por un lado; y por el otro lado todo lo que se refiere específicamente a la elección del derecho aplicable (*pactum de lege utenda* o de *electio juris*). En este último caso se habla de un contrato para el contrato, y no de un contrato en el contrato<sup>128</sup>.

El *pactum de lege utenda* puede estar incluido en el contrato de fondo o tener suerte independiente. Como sea, se presenta aquí un círculo vicioso, porque en casos de elección expresa el derecho que regula el contrato principal deriva de la voluntad de las partes; sin embargo, se plantea aquí la cuestión de en qué ley se fundamentará el *pactum de lege utenda*<sup>129</sup>.

Una primera teoría aplica la *lex fori* a la cláusula de elección del derecho, lo cual, sin embargo, puede frustrar la intención de las partes. Otra posición sostiene que se aplica el derecho si no hubiera elección del derecho. Pero esta conlleva las incertidumbres que se quisieron evitar al introducir la cláusula en el contrato. Una tercera postura aplica el derecho elegido en la cláusula de elección del derecho<sup>130</sup>. Esta solución tiene proble-

---

128. Ver F. DE LY (nota N° 90), pp. 65-66.

129. Si la identificación de la ley aplicable depende de los términos del contrato, y estos dependen de la ley que los gobierna, ¿dónde comienza el análisis? El principio de la autonomía de la voluntad no puede ser autosuficiente. Se requiere algún punto de referencia externo para explicar por qué se justifica el recurso a la autonomía de la voluntad (A. BRIGGS, “The Conflict of Laws”, *Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 149).

130. Esta última es la salida del artículo 10(1) de la Convención de La Haya de la ley aplicable a compraventa internacional de mercaderías y del artículo 116(2) de la Ley suiza de Derecho internacional privado, por citar ejemplos.

mas cuando la selección no fue adecuadamente consentida, por ejemplo en caso de consentimiento por sorpresa<sup>131</sup>.

El Reglamento Roma I prevé en su Art. 3.5 que el consentimiento se determina por el derecho que se aplicaría si dicho acuerdo existiera. Ello va en línea con la pretensión de dar lo máximo de virtualidad posible a la voluntad de las partes<sup>132</sup>. Se aparta de esta solución el Art. 12 de la Convención de México, cuya segunda parte dispone: "...para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte".

La ley paraguaya –en línea con el artículo 6 de los Principios de La Haya– va hacia algo intermedio, puesto que como regla acepta que “para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes...”.

Sin embargo, prevé el artículo 8.3 de la ley paraguaya que “el derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo”.

El comentario oficial de los Principios de La Haya a esta última disposición subraya, sin embargo, su carácter excepcional.

Una innovación de los Principios de La Haya –no contemplada en instrumento internacional alguno hasta entonces– es la de su artículo 6.2, correspondiente al artículo 8.2 de la ley paraguaya, según el cual “...si las partes utilizaron cláusulas estándar o de adhesión que indican diferentes derechos y bajo ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, entonces no habrá elección del derecho...”.

---

131. F. DE LY (nota N° 90), pp. 67-68.

132. Versión consolidada (nota N° 98), p. 23.

### **G) Separabilidad de la cláusula de elección del derecho**

El artículo 9 de la ley paraguaya, en línea con el artículo 7 de los Principios de La Haya, señala que “la elección del derecho no puede ser impugnada únicamente invocando que el contrato al que se aplica no es válido”.

Tal es el principio de la separabilidad, el cual –según expresa el comentario oficial al texto de La Haya– significa que un acuerdo de selección del derecho es autónomo e independiente del contrato que lo contiene o que lo aplica. Ello de modo que la invalidez del contrato no necesariamente conlleva la ineficacia del acuerdo de selección del derecho. El Reglamento Roma I contiene una solución similar en este sentido –como también, en el ámbito jurisdiccional, la Convención de la Haya sobre selección de foro de 2005<sup>133</sup> y en materia arbitral el principio de la separabilidad, contenido en el artículo 16 de la ley modelo de UNCITRAL, es ampliamente aceptado y utilizado.

Puede ocurrir, según el comentario 7.2 de los Principios de La Haya, que una sociedad formalice un contrato internacional por cuyo contenido hubiera sido necesaria una decisión asamblearia. La invalidez del contrato por no haberse reunido dicho recaudo no necesariamente afecta la cláusula de selección del derecho.

Obviamente que –tal como lo advierte el comentario al artículo 7.10 de los Principios de La Haya– si tanto el contrato principal como la cláusula de selección del derecho se hallan afectados por el mismo vicio, ambos resultarán inválidos, como por ejemplo ante la ilegalidad de haber sido obtenido el consenso mediante soborno.

---

133. Versión consolidada (nota N° 98), p. 25.

## H) Exclusión del reenvío

El artículo 10 de la ley paraguaya, copiado del artículo 8 de los Principios de La Haya<sup>134</sup>, regula que “la elección del derecho no incluye las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”.

El reenvío fue descrito en algún momento como el tema más ferviente y ampliamente discutido en Derecho internacional privado<sup>135</sup>. La aplicación de un derecho nacional determinado, ¿incluye también sus normas de Derecho internacional privado? De ser así, muchas veces esas normas vuelven a derivar la solución a otro derecho<sup>136</sup>, y tal es el problema que presenta el reenvío<sup>137</sup>.

En línea con la solución de la nueva ley paraguaya, el Art. 20 de Roma I, el Art. 28 (1) de la ley modelo UNCITRAL y el Art. 17 de la Convención

---

134. Consistente con las convenciones de La Haya que dejan afuera el reenvío. Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts - drawn up by the Permanent Bureau: [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf) (Versión consolidada), p. 26 (último acceso: 22 de mayo de 2015).

135. KAHN-FREUND (nota N° 126), p. 285.

136. El problema se presenta cuando los sistemas utilizan distintos puntos de conexión (ver al respecto R. SILVA ALONSO (nota 65), pp. 138 y siguientes). En el Derecho internacional privado encontramos elementos de conexión relativos a la capacidad, a aspectos extrínsecos o formales y a aspectos intrínsecos o de fondo. Con relación al fondo, se habla de ley del lugar de ejecución (*lex loci executionis*), ley del lugar del contrato (*lex loci contractus*), ley del domicilio del deudor (*lex domicilii*), ley personal (*lex patriae*) y ley escogida por las partes (*lex voluntatis*). A su vez, se hablan de los siguientes elementos de conexión relativos a la capacidad: territorialidad (*lex fori*), nacionalidad (*lex patriae*) y domicilio (*lex domicilii*).

137. Muchos de los problemas aquí se reducirían si se evitan conflictos entre los sistemas de la nacionalidad y el domicilio, a cuyo efecto se encamina la Convención de La Haya de 1955 sobre conflictos entre la ley de nacionalidad y domicilio. También existen otros problemas, como diferencias ocultas en el problema de calificación. Por ejemplo, algunos sistemas califican a la prescripción como un problema de fondo en tanto que otros como un problema procesal. KAHN-FREUND (nota N° 126), p. 289.

de México excluyen al reenvío. Toda referencia a la legislación de un país se refiere a la ley de fondo y no a su sistema de conflicto de leyes<sup>138</sup>.

Esta puede considerarse la posición absolutamente prevalente en doctrina del Derecho internacional privado sobre este tema, que puede entenderse, hoy por hoy, mayormente superado.

### **I) Ausencia o ineficacia de la elección**

Dispone el artículo 11.1 de la ley paraguaya que “si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos”.

Esta norma reproduce lo establecido en el artículo 9 de la Convención de México, que adopta la fórmula flexible de “conexión más cercana o significativa” y descarta otras nociones controvertidas, como la del lugar de cumplimiento de la obligación.

El artículo 11.2 de la ley paraguaya, también reproduciendo la solución del texto de México, dispone que “el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos”.

De modo que para determinar la vinculación más estrecha, deben evaluarse todas las circunstancias posibles, como las territoriales relativas a la celebración, ejecución, domicilio o establecimiento, cláusula de resolución de conflicto, moneda, tratativas previas y otras. Tales son los elementos objetivos, a ser considerados conjuntamente con los subjetivos<sup>139</sup>, que surgen de las diversas cláusulas y circunstancias, anteriores, concomitantes y posteriores al contrato, para llegar así a lo que se ha encapsulado en la abarcativa fórmula de “legítimas expectativas de las partes”<sup>140</sup>.

---

138. Expresan SILBERMAN y FERRARI que no debería sorprender que las leyes y los reglamentos de arbitraje que sí abordan la cuestión excluyan el reenvío. Ello dado que el reenvío disminuye la seguridad jurídica (L. SILBERMAN / F. FERRARI).

139. Artículo 9, 2º párrafo.

140. Ver SANTOS BELANDRO, (nota N° 50), pp. 128-133.

Cabe destacar que la ley paraguaya no reproduce la última parte de la Convención de México, de que se tomarán en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (Artículo 9º, segundo párrafo). Esta solución de la Convención de México resulta fruto de un compromiso entre sus negociadores, ante la postura de la delegación americana para que se aplicaran directamente los Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT en ausencia de una decisión válida de derecho aplicable. Para Juenger queda en claro que la alusión a “principios generales” de la Convención de México nos conduce claramente a UNIDROIT<sup>141</sup>. Siqueiros resalta la relevancia de la opinión de Juenger a favor de la aplicación de los Principios de UNIDROIT porque su delegación fue quien propuso la fórmula de compromiso<sup>142</sup>.

La exclusión de esta redacción en la ley paraguaya obedece a que la misma ya clarifica antes (en su artículo 3) que la alusión a derecho que se hace allí puede entenderse como relacionada también al derecho no estatal, lo que significa que si los juzgadores entienden más estrecha la conexión del caso con el derecho transnacional antes que con un derecho nacional, lo aplicarán directamente, provenga de un organismo internacional (como UNIDROIT) o no.

En la ley nueva paraguaya se abandona la fórmula del lugar de cumplimiento, antes prevista en el Código Civil y contemplada en los Tratados de Montevideo.

Sus ambigüedades habían llevado a que, en el derecho comparado, siguiéndose la doctrina del suizo Schnitzer, se aceptara que el lugar de cumplimiento sea el de la prestación característica.

Tal prestación es la que permite darle su denominación, carácter e identidad al contrato, con el fin de distinguirlo de otros: en la compraventa la obligación del vendedor es la entrega de la cosa; en la locación la obliga-

---

141. Ver F. K. JUENGER, *The Lex Mercatoria and Private International Law*, Louisiana Law Review, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133), p. 1148.

142. SIQUEIROS (nota N° 110), p. 223.

ción del arrendador es el mantenimiento en el uso y goce la cosa locada. El pago del precio no es normalmente la prestación característica, pues resulta común a muchos contratos de diversos tipos.

Una vez identificada la prestación característica, quedan como alternativas considerar localizado el contrato en el lugar donde físicamente se la cumple; o en el domicilio, la residencia habitual o el establecimiento de la parte deudora de dicha prestación, a cuyo efecto han existido también divergencias.

El concepto de “prestación característica” ha sido calificado por Juenger de “nudo gordiano”<sup>143</sup>, por volverse sumamente dudoso en permutas, contratos de distribución y en general en vinculaciones complejas, como lo son normalmente las de la contratación internacional. Peor aún, el concepto confiere un privilegio caprichoso a favor de la aplicación del derecho de quienes tienen un dominio para la provisión de bienes y servicios en transacciones internacionales<sup>144</sup>.

En Latinoamérica han existido voces importantes que en su momento defendieron esta fórmula de la prestación característica antes que la de la conexión más cercana, por la discrecionalidad que esta última otorga al juzgador y, por tanto, su falta de previsibilidad y certeza<sup>145</sup>.

---

143. En alusión a la leyenda griega del nudo “imposible de desatar” con que el campesino Gordias llevaba atados sus bueyes. Se cumplió luego el augurio de que quien desatara dicho nudo conquistaría Oriente (Alejandro Magno, quien, en vez de desatarlo, lo cortó con su espada como acto equivalente).

144. F. K. JUENGER, “The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law”, en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, pp. 206, 207, 229.

145. OPERTTI y FRESNEDO DE AGUIRRE opinaron que en este tema la Convención de México carece de previsibilidad y certeza. Concluyen ambos que se prefirió adoptar una fórmula de resultado difícilmente previsible antes que aprobarse la más mínima referencia al lugar de cumplimiento o a la “prestación característica”, que podría haber servido aunque sea como principio (OPERTTI BADÁN y FRESNEDO DE AGUIRRE (nota N° 49), pp. 36, 56-57. Dentro de la misma línea, en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado, llevadas a cabo en 1994, se optó por no recomen-

Sin embargo, esto mismo –su falta de previsibilidad y certeza– se criticaba al Convenio de Roma, el cual, pese a que adopta la fórmula de la prestación característica, también contiene una fórmula amplia que hace que el juzgador nacional frecuentemente tiende a rebatir la presunción o simplemente ignorarla<sup>146</sup>. De allí que autoridades de peso –como Bonomi– opinaran en su momento que el Convenio de Roma debía ser modificado en el futuro para adoptarse en su lugar la fórmula de la “conexión más cercana”, seguida precisamente por la Convención de México<sup>147</sup>.

No obstante, Roma I nuevamente no sigue el criterio de la fórmula flexible de la Convención de México, sino detalla en reglas más bien rígidas qué derecho se aplica en distintos supuestos<sup>148</sup>, en complicadas soluciones que han merecido calificativos como “laberinto” o “jungla”<sup>149</sup>, y en materia de seguros hasta “infierno” en cuanto a su regulación<sup>150</sup>.

---

→ dar que la convención fuera adoptada en aquel país, y esta disposición ampliamente discrecional relativa a la “conexión” fue una de las razones principales (Ver referencia en Noodt Taquela, obra citada, p. 107).

146. BONOMI (nota N° 42), p. 340.

147. BONOMI (nota N° 42), pp. 340-341. Así se expresa también en el llamado “Libro Verde”, publicado en 2003 por la Comisión de la Unión Europea (Ver “*Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario así como sobre su modernización*” (COM (2002) 654 final)

148. U. MAGNUS, Article 4 Rome I Regulation: *The Applicable Law in the Absence of Choice*, en F. FERRARI y Stefan Leible (Eds.), Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Sellier, Munich, 2009, p. 29.

149. BERMAN, “Rome I: A Comparative View”, en F. FERRARI / S. LEIBLE (eds.), Rome I Regulation, *The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 358.

150. Urs Peter Gruber, Insurance Contracts, en Franco Ferrari y Stefan Leible (Eds.), Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Sellier, Munich, 2009, pp. 110-111. Esto supuestamente se hizo en aras de la predecibilidad. Pero, como bien lo destaca Berman, un observador del otro lado del océano queda pasmado (“*is struck*”) por las continuas referencias que se hacen a lo largo del “considerando” que procede a la regulación de Roma I, para resolver cuestiones de interpretación. Esta frecuencia sugiere que puede haber más menos certeza y predecibilidad rodeando este instrumento europeo que lo pretendido en su gestación. Las apreciaciones en el “considerando” terminan pareciéndose de manera alarmante

→

Se expresa en Morris que el Estado solo excepcionalmente tiene interés en áreas como la de las transacciones comerciales, frecuentemente encaradas sin o con poca formalidad, con lo que deviene poco probable que una regla mecánica apropiada para un tipo de contrato lo sea para otro, razón por la que la regulación contractual debe caracterizarse por su flexibilidad. La regla flexible en el derecho inglés hasta 1991 (año que entró en vigencia en Inglaterra el Convenio de Roma) era “proper *law of the contract*”<sup>151</sup>, cuya idea se acerca a la de conexión más cercana antes que a la búsqueda de la prestación característica<sup>152</sup>.

Cuando se adoptó la regulación europea en Inglaterra, escribió Mann que con ello se estaba reemplazando uno de los logros más significativos de más de ciento cuarenta años de la judicatura inglesa, un logro que había producido un efectivo Derecho internacional privado de los contratos, era reconocido y seguido en prácticamente todo el mundo y no había generado en momento ni lugar alguno insatisfacción o demanda de reforma<sup>153</sup>.

La solución inglesa se alineaba con la *Restatement* (Segundo) de “*Conflict of Laws*” de 1971 (Secciones 145, 188) en los Estados Unidos y el test de la conexión más cercana o “*most significant relationship*”<sup>154</sup>, en sintonía a su vez con la Convención de México –y con la ley paraguaya–, que puede considerarse, pues, definitivamente un avance frente a la solución comu-

---

→ (“*seem disturbingly similar*”) a los “*comments*” y “*reporters’s notes*” que pululan en *Restatements* norteamericanos, que, a diferencia de una regulación como la de Roma I, no pretenden –los *Restatements*– sino tener más que un valor persuasivo (Berman, nota N° 149), p. 357).

151. H.C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, Seventh Edition, David McClean and Kisch Beavers, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009, p. 352.

152. C.G.J. MORSE, England, en M. RUBINO-SAMMARTANO y C.G.J. MORSE (General Editors), *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 71.

153. En MORRIS (nota N° 151), p. 354.

154. Prevaliente en la mayoría de los Estados (ver S. C. SYMEONIDES/W. COLLINS PERDUE / A. T. VON MEHREN, *Conflict of Laws: American, Comparative, International, Cases and Materials*, *American Casebook Series*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1998, p. 139).

nitaria europea de la prestación característica que, como bien se ha expresado, “presenta patologías incorregibles”<sup>155</sup>.

Juenger opinaba que la conexión más cercana en ausencia de elección debe encontrarse en la *lex mercatoria* o el derecho no estatal<sup>156</sup>. Sería mejor aplicar directamente normas neutrales y de amplia aceptación internacional, como los Principios UNIDROIT de derecho contractual, antes que algún derecho nacional.

Debe considerarse, por lo demás –conforme a lo dicho por Samtleben–, que en el mundo de la globalización hay casos que están conectados con varios Estados sin que se pueda afirmar que el ordenamiento jurídico de uno de ellos se presta mejor que los otros a regular las obligaciones de las partes del contrato. Así, no se justifica insistir en el método conflictual para buscar un derecho nacional aplicable cuya relación con el contrato en estas circunstancias es más ocasional que real<sup>157</sup>.

## **J) Fórmula equitativa o correctiva**

### **a) Óptica ampliada en transacciones internacionales**

Señala Bortolotti que reglas contenidas en los derechos nacionales pueden llegar a contradecir las necesidades del comercio internacional. Ello cuando la norma fue formulada para cuestiones domésticas y no considera una posible aplicación en una transacción internacional, o porque la regla es tan particular a un sistema específico que resulta impredecible para las partes que no son de ese país<sup>158</sup>.

---

155. HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota N° 24), p. 178.

156. F. K. JUENGER, “General Course on Private International Law (1983)”, en *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, Tome 193 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 205-206.

157. “Son estos casos para los que los Principios de UNIDROIT se ofrecen como solución”. (J. SAMTLEBEN, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 26-27).

158. F. BORTOLOTTI, *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, International Chamber of Commerce (ICC), DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, Paris, 2014, pp. 7-8.

Por su parte, expresa Brunner que, en materia de contratación internacional, debería asumirse que las partes esperan la aplicación del derecho doméstico desde una óptica ampliada acorde con los usos y principios internacionales establecidos<sup>159</sup>, teniendo presente la necesidad de acomodar factores particulares que son peculiares a transacciones en las que se presenten elementos foráneos. Así como los tribunales nacionales están autorizados a interpretar y suplementar el derecho nacional por principios generales contractuales<sup>160</sup>, deberían igualmente estar autorizados a hacerlo en materia de contratos internacionales<sup>161</sup>.

---

159. Dice textualmente en inglés “*with a broader-brush and with an eye to established international usage*”. C. BRUNNER, p. 29. GOODE habla del ‘*broader-brush*’ (que significa literalmente “brocha más amplia”) en su artículo con el significativo título: “The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration”. *Arbitration International* 8, 1992”. Es cierto que GOODE se refiere al contexto arbitral, pero los Principios de La Haya –está visto– deciden dar un paso también en la equiparación de ello al judicial (R. GOODE, “Reflections on the Harmonization of Commercial Law”, en R. CRANSTON/ R. GOODE (eds.), *Commercial and Consumer Law*, Capítulo 1, reproducido con cambios menores en 1991 (1 *Uniform Law Review* 54).

160. Incluso en los contratos domésticos destaca BASEDOW que las prácticas y los usos mercantiles no codificados siguen jugando un rol importante en el derecho moderno. Tanto en el derecho inglés, como en el francés y el alemán, los usos adquieren los efectos de un acuerdo implícito entre las partes. La incorporación implícita puede resultar problemática si una de las partes no conoce el uso en cuestión. Aquí se distingue una segunda categoría de usos, los cuales son conocidos por el conjunto de un sector de la actividad económica, aunque no necesariamente por las partes implicadas, y aplicados voluntariamente por los comerciantes de manera uniforme. Los usos mercantiles de este tipo son vinculantes para las partes, incluso si ellas no los conocen, y se aplican con preferencia respecto de las disposiciones del derecho estatal aplicable de carácter dispositivo, pero no a las de carácter imperativo. De este modo, las compuertas para los usos comerciales, existentes y en evolución, están todavía considerablemente abiertas (J.BASEDOW, “El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, pp. 9-10). PAULSON resalta que los derechos nacionales en sí mismos contienen normas correctivas, y ellas son formidables. Una corte internacional o un tribunal que debe aplicar un derecho nacional tiene tanto el deber como la autoridad de aplicarlo como un todo (J. PAULSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, p. 232).

161. En apoyo cita BRUNNER a REDFERN y HUNTER, C. BRUNNER, p. 29.

Ello de modo que para establecer la intención de las partes con respecto a una cláusula específica, puede haber de hecho situaciones en que sería más apropiado tener en cuenta principios generales contractuales antes que reglas relevantes del derecho doméstico aplicable, que pueden no estar específicamente adaptadas para transacciones internacionales<sup>162</sup>.

Debe considerarse también que es imposible disociar el derecho del lenguaje en el cual se encuentra expresado. Se pregunta Derains si, por ejemplo, conceptos ingleses como *consideration*, *implied terms*, *misrepresentation* o *frustration* pueden ser propiamente explicados o comprendidos en francés o español<sup>163</sup>. Evidentemente un criterio interpretativo amplio se impone con respecto a estos términos en una transacción transfronteriza en que las partes no provengan exclusivamente del sistema del *common law*.

Por lo demás, cuando las partes eligen el derecho de un tercer país, lo hacen principalmente con el objetivo de encontrar una solución neutral pero raramente con un profundo conocimiento de su contenido, las sutilezas de sus reglas o los precedentes jurisprudenciales que pueden resultar sorpresivos para una parte extranjera<sup>164</sup>.

Señala Brunner que al evaluar este tema de la aplicación de los derechos nacionales a transacciones internacionales deben tenerse en cuenta, en definitiva, las legítimas expectativas de las partes<sup>165</sup>, lo que debe ser sopesado en cada caso. Si una parte eligió un derecho nacional por la razón de que quiere una solución rígida para una cuestión específica, se puede hacer mención de ello, excluyéndose cualquier recurso a consideraciones

---

162. C. BRUNNER (nota N° 161), p. 30.

163. Y. DERAINS, "The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration" en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 6/ N° 1, 1995, p. 6.

164. BORTOLOTTI, p. 8.

165. Bien señala Derains que la elección expresa o implícita no excluye la posibilidad de que, en ciertos casos, sea legítimo esperar que el juzgador tenga en cuenta la operación de una regla que las partes no especificaron como aplicando al contrato (Y. DERAINS – nota N° 163).

de otros derechos o del derecho transnacional<sup>166</sup>. Por lo demás, el propio derecho nacional puede dar lugar a una construcción comparativa<sup>167</sup>, tal como ocurre –se ha visto ya– de manera recurrente en el derecho comparado. Debe tenerse en cuenta también que los distintos sistemas contienen fórmulas abiertas que dan amplias facultades al juez, como las de fuerza mayor e imprevisión. Aquí es que los principios generales del derecho comparado adquieren particular fuerza<sup>168</sup>.

### **b) Fórmula equitativa en el arbitraje**

Si bien los Principios de La Haya tomaron –está visto– como punto de partida la expresión “normas de derecho” para beneficiarse de los desarrollos producidos a su respecto en el mundo de arbitraje, no siguieron, sin embargo, la solución del artículo 28, inciso 4) de la ley modelo, según el cual deben atenderse en todos los supuestos las estipulaciones del contrato, si las hubiera, y tenerse en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso”.

Como antecedente remoto de esta fórmula se encuentra la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961, la cual prevé en su Artículo VII que en todos los casos los árbitros deben tomar en consideración los “términos del contrato y los usos de comercio”. Esto fue calificado por Blessing como uno de los más significantes acontecimientos del siglo XX, al liberar el arbitraje de percepciones locales<sup>169</sup>.

Ello se ve reflejado también en las deliberaciones del grupo de trabajo que elaboró el Art. 28 de la ley modelo de UNCITRAL, en las que quedó en claro que *en todos los casos* el tribunal arbitral tendrá en cuenta las esti-

---

166. C. BRUNNER (nota N° 161), pp. 30-31.

167. C. BRUNNER (nota N° 161), p. 31.

168. C. BRUNNER (nota N° 161), pp. 31-32.

169. M. BLESSING, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *Journal of International Commercial Arbitration*, Vol. 14, N° 2 (Kluwer CD), June, 1997, p. 12.

pulaciones del contrato y los usos mercantiles aplicables al caso<sup>170</sup>; se otorga así un amplio margen de decisión al tribunal arbitral en la resolución de los casos en particular, “divorciándolo” de un sistema nacional específico<sup>171</sup>.

Esta solución fue seguida en numerosos países de los cinco continentes, entre ellos en Paraguay (artículo 32 de la Ley 1879 de 2002 de “Arbitraje y Mediación”), además de en varios reglamentos de arbitraje, como ocurre por ejemplo con el artículo 35 del Reglamento de UNCITRAL de 2010 (que replica idéntica fórmula del Reglamento de 1976)<sup>172</sup>; o con el artículo 21 del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, según el cual “en todos los casos el Tribunal Arbitral deber tener en cuenta la previsión contractual y todo uso relevante de comercio”<sup>173</sup>. Cuan-

---

170. Notas Explicativas del secretario general de la CNUDMI en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, en J. JENKINS / J. STEBBINGS, *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International 2006, pp. 390 - 404.

171. Informe del Secretario General sobre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI A/CN.9/97, abril de 1973. Esta fórmula de la ley modelo a su vez se había basado en el artículo 33 (3) del Reglamento de UNCITRAL de 1976. Al respecto, Sanders, quien con prominencia había trabajado en la elaboración de estas reglas, expresa: “El artículo 33 en su párrafo (3) es muy claro y establece que “en todos los casos” el tribunal decidirá, de acuerdo con los términos del contrato y tendrá en cuenta los usos del comercio: “... El párrafo 3 establece una distinción: la decisión debe ser “con arreglo” a las estipulaciones del contrato, mientras que los usos comerciales deben “tenerse en cuenta”. Esta distinción, después de largas discusiones, se hizo a propósito. Subraya la importancia del contrato y de las disposiciones estipuladas en el mismo. Si el contrato es claro, los usos comerciales no pueden justificarse una desviación de él. El contrato ocupa el primer lugar. Esto, en mi experiencia, corresponde con la práctica del arbitraje...” (P. SANDERS, “Commentary On Uncitral Arbitration Rules”, *Yearbook Commercial Arbitration 1977*- Volume II, Kluwer Law International 1977, pp. 210-211).

172. Que es anterior a la ley modelo de UNCITRAL e incluso fue tomada en cuenta en su elaboración. Así, se lee en el documento del grupo de trabajo de UNCITRAL A/CN.9/263, Ad. 1: La representación de Yugoslavia manifestó que el artículo 28 debería complementarse con el artículo 33 (3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, para poder requerir del tribunal arbitral también a tener en cuenta “*los usos mercantiles aplicables a la transacción*”.

173. Ver en [http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article\\_19](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_19) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

do esta regla fue originalmente formulada en 1975, el entonces vicepresidente de la Corte, Jean Robert, dijo: “Es legítimo pensar aquí que esa fórmula abre camino a una forma de arbitraje más o menos libre, en el futuro, de constreñimientos legalísticos”<sup>174</sup>.

En aplicación de sus poderes correctivos, un tribunal arbitral con asiento en Costa Rica ha expresado que no solo las leyes y la jurisprudencia nacionales eran aplicables al caso en cuestión, sino también regulaciones del comercio internacional que son esencialmente conformadas por los principios y usos generalmente admitidos en el comercio, y que esto permite al tribunal recurrir a dichas normas como lo ha estado haciendo la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en casos similares<sup>175</sup>. A su vez, un tribunal arbitral con sede en Argentina, a pesar de que ambas partes habían designado el derecho argentino como aplicable, recurrió a los Principios UNIDROIT como usos y prácticas comerciales internacionalmente aceptables reflejando las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la práctica contractual internacional, por lo que, de acuerdo al artículo 28(4) de la ley modelo de arbitraje de UNICTRAL, deberían prevalecer sobre cualquier derecho doméstico<sup>176</sup>.

En el plano doctrinario, señala Blessing que hemos escuchado críticas de numerosos autores, quienes sostenían que esta fórmula correctiva en el arbitraje solo complicaría y proveería de incertidumbre, debiéndose en vez darse clara preferencia a un sistema jurídico nacional. Esos doctri-

---

174. Ver L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, p. 331.

175. (Se hace referencia a los Laudos 8908 de 1996 y 8873 de 1997; Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje, vol. 10/2-Fall-1999, p. 78 ss.) (Arbitraje Ad Hoc en Costa Rica, 30.04.2001, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) - último acceso: 22 de mayo de 2015).

176. Laudo de Arbitraje Ad Hoc del 10.12.1997, citado en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (último acceso: 22 de mayo de 2015). Mayer habla incluso de la aplicación de los Principios UNIDROIT en todas las situaciones, no como *lex contractus*, sino puntualmente, cuando el contenido de una norma determinada de la *lex contractus* no esté claramente establecida, o sea manifiestamente inadecuada. (P. MAYER, “The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice - Special Supplement 2002”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, pp. 75-76).

narios –expresa Blessing– quizás nunca estuvieron en un arbitraje en el cual tuvieron que resolver cuestiones relacionadas a estos temas, o bien no percibieron que las legislaciones nacionales y las leyes locales pueden resultar estrechas o inapropiadas<sup>177</sup>.

La suiza Kaufmann-Kohler, otra prestigiosa jurista de dilatada experiencia en el mundo arbitral, rememorando los casos en que participó como árbitro en disputas bajo derechos alemán, francés, inglés, polaco, húngaro, portugués, griego, turco, libanés, egipcio, tunecino, marroquí, sudanés, liberiano, coreano, tailandés, argentino, colombiano, venezolano, suizo, de Illinois y de Nueva York, se pregunta a sí misma si ella conoce estos sistemas. Y responde que excepto por el derecho de Nueva York, que aprendió hace muchos años y no pretende conocer ahora, y el suizo, que practica activamente, la respuesta es claramente no. Y se plantea entonces qué debe hacerse con un derecho desconocido. ¿Cómo aprenderlo? ¿Me lo enseñarán los abogados de las partes? ¿Debo ignorarlo? ¿Debo enfocarme en los hechos y la equidad?<sup>178</sup>

En una encuesta reciente entre experimentados árbitros norteamericanos, más de un cuarto de quienes respondieron señalaron que se sienten libres de seguir su propio sentido de equidad y justicia al rendir un laudo, aún si hubiera resultado contrario al derecho aplicable, al menos a veces<sup>179</sup>.

---

177. M. BLESSING (nota N° 169), p. 3. Por lo demás, hace notar Blessing la existencia de una tremenda cantidad de nuevas leyes que han sido creadas en diversas áreas del derecho, lo que lleva a una densidad de reglamentaciones que no tiene precedentes. Las empresas que ingresan al mercado internacional pueden decidir supeditarse a las leyes locales pero, de surgir una controversia, es necesario que el tribunal arbitral decida según las nociones fundamentales y los principios generales reconocidos según las legítimas expectativas de las partes. El árbitro no puede ser un simple esclavo o una especie de mecánico que ciegamente utilice las herramientas locales para buscar una solución al conflicto.

178. International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations in 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration', *Arbitration International*, Volume 26 Issue 2, p. 198.

179. T. J. STIPANOWICH, A Recent Survey of Experienced U.S. Arbitrators Highlights Areas for Further International Study and Discussion, in <http://kluwerarbitrationblog.com/>

En definitiva, es sabia la fórmula dual de la ley modelo de arbitraje, que permite, llegado el caso, “colar” usos, principios y estándares transnacionales, de manera correctiva.

### c) Ausencia de regulación en los Principios de La Haya

El problema de fórmulas equitativas o correctivas se encuentra controvertido dentro del derecho comparado en cuanto a terminología y alcance<sup>180</sup>, y no existe una previsión al respecto en los Principios de La Haya.

Se lee en la documentación oficial de la Secretaría Permanente de la Conferencia de La Haya que la mayoría del Grupo de Trabajo concordó que los usos internacionales del comercio podrían suplementar la selección del derecho de las partes, y que en el comentario se resaltaría que, en principio, los usos de comercio pueden suplementar y asistir en la interpretación, pero no pueden dejar sin efecto o contradecir la operación del derecho o las reglas de derecho elegidas por las partes<sup>181</sup>.

Pese a que el Grupo de Trabajo se ha dejado guiar en esta cuestión por los desarrollos que han venido produciéndose en las últimas décadas en el mundo del arbitraje, no se ha adoptado una fórmula de equidad o correctora que permita recurrir a los usos o al derecho no estatal incluso cuando las partes han elegido un derecho nacional, en caso de que esto lleve a resultados no razonables o injustos.

---

→ [blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-and-discussion/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed%3A+Kluwer+ArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29](http://www.kluwerarbitration.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-and-discussion/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+Kluwer+ArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

180. Tal cual lo destaca el comentario al artículo 1:105 de los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL).

181. Versión consolidada del trabajo preparatorio que llevó al borrador de los Principios de La Haya sobre el Derecho Aplicable en Contratos Internacionales, drawn up by the Permanent Bureau: [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015), p. 16.

En su momento, cuando se estudiaba la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, la presión de representantes de llamados países en desarrollo llevó a suprimirse del borrador del proyecto las referencias a los usos de comercio con efecto correctivo. Finalmente, sin embargo, ello fue reinsertado<sup>182</sup>.

En la esfera judicial, paradójicamente, son varios los países en desarrollo que en Latinoamérica aceptan la fórmula correctiva, a partir de la ratificación de las convenciones interamericanas de la OEA que permiten su aplicación en este ámbito.

#### **d) Fórmula equitativa en las Américas y en la ley paraguaya**

Hace un buen tiempo, la OEA aceptó abiertamente que los juzgadores puedan recurrir al mecanismo de escape para “realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”, más allá de la aplicación de “derechos estatales”, según la fórmula de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979)<sup>183</sup>, instrumento que goza de numerosas ratificaciones en la región<sup>184</sup>.

---

182. Ver antecedentes en DE LY (nota N° 90), p. 119.

183. El artículo 9° de esta convención dispone: “Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. La norma se inspira en nociones estadounidenses de las doctrinas de CURRIE (de políticas legislativas) y CAVERS (de equidad), contrarias al carácter abstracto y automático del sistema clásico antes imperante en Latinoamérica (Ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE / R. HERBERT, “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 57. También R. HERBERT, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *RUDIP*, Año 1, N° 1, pp. 89-90).

184. Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Ver en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html> (último acceso: 22 de mayo de 2015).

La Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación vuelve a replicar el espíritu de esta norma<sup>185</sup> en su artículo 10, que es idéntico al artículo 12 de la ley paraguaya.

Bajo el título de “armonización equitativa de intereses”, esta prevé que, “además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

Cabe advertir que palabras frecuentemente alusivas a estas fórmulas amplias, como equidad, usos, prácticas o costumbres, cuentan con no pocas disparidades dentro del derecho comparado en cuanto a terminología<sup>186</sup>.

Resaltan Berman y Dasser que en la contratación internacional antes se denominaba usualmente “costumbres” a los entendimientos comerciales (*commercial understandings*) según las prácticas contractuales. Ello en tanto que ahora se utiliza mayormente la palabra “usos”<sup>187</sup>. Por su parte, expresa Goode que en el derecho moderno se tiende a tratar a ambos términos –usos y costumbres– como intercambiables, pero la palabra uso se encuentra mayormente empleada en materia de derecho comercial internacional, en tanto que en el Derecho internacional público generalmente se utiliza el término costumbre<sup>188</sup>.

---

185. Algunos interpretan que aquí el rol del derecho transnacional sería meramente supletorio, en la medida en que sea necesario para aportar soluciones equitativas al caso concreto, según lo dispone la norma. (R. SANTOS BELANDRO, (nota N° 50), p. 94). Pero debe tenerse presente que en otra parte la convención dispone que, para interpretar y aplicarla, “se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”. Ello da al derecho transnacional un valor mucho mayor que el meramente supletorio.

186. Tal cual lo destaca el comentario al artículo 1:105 de los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL).

187. H. J. BERMAN / F. J. DASSER, “The ‘new’ law merchant and the ‘old’: sources, content, and legitimacy”, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 56. Ver también M. AKEHURST, *Custom as a Source of International Law*, 47 BYIL 1, 1974-1975, p. 11.

188. R. GOODE, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 1997, 46 ICLQ 1, p. 7.

Se ha dicho que los usos pueden ser expresamente incorporados al contrato –como al hacerse referencia a los INCOTERMS–, pero pueden serlo de manera implícita, cuando quedan sobreentendidos en el acuerdo. En este sentido, los usos de comercio pueden reputarse internalizados al contrato y una expresión de lo que las partes quisieron o se entiende que han querido<sup>189</sup>. Adquieren entonces allí un valor correctivo de mediar una disposición supletoria en contrario en el derecho elegido.

El uso es particular a la actividad concernida, pero una vez que ha adquirido aceptación general –refiere Goode– pasa a constituir ya un “principio general”<sup>190</sup>. Esta equiparación que se da así entre usos y principios la hizo, por ejemplo, un tribunal arbitral operando bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, presidida por Pierre Lalive<sup>191</sup>.

Los principios, usos y costumbres del derecho comercial internacional suelen ser referidos también *lex mercatoria* o nueva *lex mercatoria*, según lo refirió, por ejemplo, un muy famoso caso inglés<sup>192</sup>.

Todo ello debe ser tenido particularmente en cuenta cuando se interpreta el alcance de la fórmula correctiva, concebida en términos amplios en la ley paraguaya, en solución copiada de la Convención de México.

---

189. Del artículo 9 de la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías (CISG), del artículo 1(8) de los Principios UNIDROIT, relativo a “Usos y prácticas”, así como del artículo 1:105 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) se desprenden dos categorías de los usos. La primera está conformada por los que se derivan del propio comercio. Y la segunda de prácticas conocidas por las partes del contrato y que observan en la esfera de sus negocios.

190. R. GOODE (nota N° 188), pp. 16-17. Los usos pueden expresar un principio muy amplio de conducta o uno muy específico. Los muy amplios pueden, si se extiende un tipo de actividad internacional contractual, ser elevados a principios generales del derecho o incluirse en una convención internacional y perder su status distintivo como uso de comercio (por ejemplo, *pacta sunt servanda*). R. GOODE (nota N° 188), p. 12.

191. Caso CCI 3380/1980, citado por L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON (nota N° 174), p. 102.

192. *Deutsche Schaubau-und Tiefbohrergesellschaft mbH*, Cámara de Apelaciones inglesa, 1998, R. GOODE (nota N° 188), p. 29.

**e) Alcance de aplicación de la ley**

El artículo 13, que copia el 9 de los Principios de La Haya, se encarga de precisar que “el derecho aplicable según esta ley rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: *a)* su interpretación; *b)* los derechos y obligaciones derivados del contrato; *c)* la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; *d)* los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; *e)* la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato<sup>193</sup>; *f)* la carga de la prueba en las presunciones legales; y *g)* las obligaciones precontractuales”.

**f) Cesión de crédito**

El artículo 14 reproduce el artículo 10 de los Principios de La Haya y tiene como objetivo dar lo máximo posible de virtualidad a la voluntad de las partes cuando está expresada en las cesiones de crédito<sup>194</sup>.

**g) Orden público**

**1. En general**

El artículo 17 adapta el artículo 11 de los Principios de La Haya, pues se dirige directamente al juez paraguayo<sup>195</sup>, a diferencia de estos que –por

---

193. El párrafo 1(e) no excluye la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato.

194. Reza la norma: “En el caso de una cesión contractual de un crédito ostentado por un acreedor frente a un deudor en virtud de un contrato que los vincula: *a)* si las partes del contrato de cesión de crédito han elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido rige los derechos y obligaciones del acreedor y del cesionario derivados de su contrato; *b)* si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor han elegido el derecho que rige su contrato, el derecho elegido rige (1) la cuestión de saber si la cesión de crédito es oponible al deudor, (2) los derechos del cesionario contra el deudor, y (3) la cuestión de saber si el deudor se ha liberado de sus obligaciones.

195. Dado lo dificultoso del tema, no es de extrañar que la cuestión del orden público en el arbitraje haya sido una de las “más delicadas” tratadas en la elaboración de los

su peculiar carácter— se encuentran dirigidos a tribunales judiciales y arbitrales en abstracto. En general la norma se encuentra en sintonía también con la Convención de México que, sin caer en el laberinto terminológico, distingue entre tres hipótesis: el resguardo de disposiciones imperativas o de aplicación inmediata del derecho del foro; la posibilidad de tomar en consideración disposiciones imperativas atendibles de otras jurisdicciones; y la alternativa de que pueda invocarse el orden público cuando la aplicación del derecho extranjero lleve a su violación<sup>196</sup>.

Se contemplan en la ley paraguaya los dos aspectos del orden público: el orden público propiamente dicho y las leyes de policía. La inclusión de ambas nociones en un mismo artículo se aparta de la tradición de la Conferencia de La Haya de regularlos por separado<sup>197</sup>.

Pero ¿de qué se tratan ambas nociones? En el derecho comparado la nomenclatura no es homogénea, en este tema en que se influyen recíprocamente distintas doctrinas anglosajonas y del Derecho civil continental europeo, con sus términos propios, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes incluso dentro de los distintos regímenes jurídicos entre sí sobre el tema<sup>198</sup>. En definitiva, los distintos términos empleados (orden público, orden público internacional, leyes de policía, y otros), de manera evidente, aluden al interés general que debe hacer prevalecer el juzgador por sobre cualquier estipulación contractual de las partes.

A veces se persigue resguardar intereses del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias o

---

→ Principios de La Haya (Ver versión consolidada [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

196. Artículos 11 y 18.

197. Así aparecen en todos los instrumentos de la conferencia de los últimos 50 años (artículos 16-17 1978 de la Convención sobre agencia; artículos 17-18 de la Convención de 1986 sobre compraventa; artículo 11 de la Convención de 2006 sobre valores intermediados). M. PERTEGÁS / B. ADELE MARSHALL, “Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law” in *International Contracts*, Brooklyn Journal of International Law, Volume 39, Number 3, 2014, p. 999.

198. H. VAN HOUTTE, “From a National to a European Public Policy”, en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002, p. 841.

las que apuntan al funcionamiento de un mercado efectivo a través de la libre competencia, para la consecución de objetivos políticos, sociales y económicos (y aquí se habla de un orden público “de dirección” y de “coordinación”). Otras veces el Estado protege a las partes consideradas débiles y, por ende, necesitadas de tutela (aquí se habla de orden público “de protección”), tal cual ocurre, por ejemplo, con trabajadores o consumidores.

En uno u otro caso puede haber leyes de policía o imperativas, que como tales se aplican directamente dentro del territorio, sin siquiera entrar a un análisis de conflicto de leyes.

En tanto que puede que no existan dichas leyes de policía, pero que la norma determinada por el mecanismo conflictual termine atentando contra intereses fundamentales o protegidos por el sistema del juzgador.

En este caso, el orden público será un mecanismo de defensa que permite al juzgador no aplicar el derecho foráneo que hubiera correspondido conforme al mecanismo conflictual y, en su caso, habilita a rechazar la ejecución de una sentencia extranjera cuando es ofensiva al mismo. Tiene así una función correctiva<sup>199</sup>.

Los dos aspectos se encuentran contemplados en la ley paraguaya: las leyes de policía y, en sentido más genérico, el orden público.

## 2. Leyes de policía

**(a) Su aplicación.** Se trata, en consonancia con lo dicho, de regulaciones concretas aplicables al caso, y no de principios generales extraídos del sistema, como lo son los del orden público como factor correctivo de las normas de conflicto.

Las reglas imperativas se encuentran escritas y no constituyen principios generales del sistema creados por el derecho jurisprudencial o consuetudinario. Estos últimos son normalmente parte del orden público (*pu-*

---

199. H. VAN HOUTTE (nota 198), pp. 842-856.

*blic policy*) que tiene una función defensiva (de escudo) antes que de ataque o agresiva (de espada) de las leyes imperativas<sup>200</sup>.

La terminología en francés de *lois de police* –leyes de policía– se habría utilizado por primera vez en una referencia que hizo Bouhier, quien vivió de 1673 a 1746<sup>201</sup>. Recoge la expresión el Código Civil Francés, que habla de *lois de police* en su artículo 3(1). Esta terminología se encuentra muy extendida en el derecho comparado, a pesar de que existen otras como “leyes de aplicación inmediata”<sup>202</sup>, “cláusulas autolimitativas en las leyes, *norme autolimitate*, reglas internas especialmente condicionadas, leyes localizadas”<sup>203</sup>, *norme di applicazione necessaria*<sup>204</sup> y normas legales que no pueden ser derogadas por contrato o “normas obligatorias”<sup>205</sup>.

El Convenio de Roma utiliza la expresión “leyes de policía” (artículo 7), aunque el Reglamento Roma I hable también de “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”, señalando que aquella expresión debe interpretarse de manera más restrictiva (artículo 8.1)<sup>206</sup>. A su vez, la Convención de México habla de disposiciones imperativas” (artículo 11).

En las reuniones del Grupo de Trabajo de La Haya los miembros manifestaron algunas preocupaciones en lo referente a la definición detallada de “leyes de policía”, o términos equivalentes, adoptada por los instrumentos internacionales preexistentes. En consecuencia, la propuesta de incluir en una definición detallada de “leyes de policía”, con el objetivo de subrayar el carácter restrictivo de esta excepción, no fue adoptada<sup>207</sup>.

---

200. Esto no es diferente de los conceptos en los Estados Unidos de *overriding statutes*. S. M. KRÖLL / J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 292.

201. M. RUBINO-SAMMARTANO y C. G. J. MORSE (nota N° 83), p. 10.

202. Ver H. GRIGERA NAÓN, “Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective”, *Journal of International Arbitration* (Kluwer Law International, 1986, Volume 3, Issue 2), después de la nota 17).

203. O. KAHN-FREUND (nota N° 126), p. 95.

204. M. RUBINO-SAMMARTANO y C. G. J. MORSE (nota N° 83), p. 16.

205. Artículo 3, inciso 3 del Convenio de Roma.

206. Ver comentario 37 del “considerando” del Reglamento Roma I. Según Sheppard, esto combina las tradiciones europea y americana. A. SHEPPARD, p. 294.

207. Versión consolidada, ver en [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

Tampoco la ley paraguaya incluye una definición. Dispone su artículo 17.1 que “la elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero”.

**(b) Leyes de policía de un tercer Estado.** Por su parte, dispone el artículo 17.2 de la ley paraguaya que “el juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación”.

Esta facultad la confieren algunos cuerpos normativos modernos, como el artículo 7º, párrafo 1º, del Convenio de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, vigente en la Unión Europea, actual artículo 9.3<sup>208</sup>.

La Convención de México también deja a discreción del foro, “cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”. Lo propio ocurre con los Principios de La Haya (artículo 11.3), en solución seguida por el legislador paraguayo<sup>209</sup>.

A este respecto debería evaluarse que el ámbito de aplicación de dicha ley no sea abusivo, que el juzgador lo considere legítimo<sup>210</sup> y que exista una conexión cercana<sup>211</sup>.

---

208. En los Estados Unidos, en el famoso caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co. de 1972* la Corte Suprema resolvió que solo tendría un control posterior a los fallos que afecten el orden público (*public policy*). El *dictum* del fallo sugiere que ahora se entiende que los árbitros internacionales tienen no solo el derecho sino la obligación de examinar el efecto de la legislación imperativa foránea a la ley elegida por las partes y la ley del lugar del arbitraje (L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON, (nota N° 174), p. 343).

209. Suele citarse como antecedente a esta norma una decisión de la Cámara de los Lores de 1958 (Caso *Ragazzoni/Sethia*), en la que se tuvo en cuenta el derecho imperativo que prohibía la exportación de yute a Sudáfrica en un contrato regido por el derecho inglés. Según un importante estudio europeo, hasta ahora, la jurisprudencia en Europa relativa al apartado 1 del artículo 7 es aún muy rara.

210. P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit International Privé*, 7ª Edición, Editorial Montchrestien,

### 3. Manifiesta incompatibilidad con el orden público

Dispone el artículo 17.3 de la ley paraguaya que “el juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público”.

El Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya que elaboró el proyecto consideró la formulación de este apartado y la utilización de la noción de “manifiestamente incompatible” como *leitmotiv* del emprendimiento, es decir, promover al máximo la autonomía de la voluntad, evitando todo lo posible las interferencias de los Estados. La cuestión de una eventual delimitación de las “nociones fundamentales del orden público” fue objeto de amplios debates durante las reuniones del equipo que elaboró el instrumento. En opinión del Grupo de Trabajo, es prácticamente imposible incluir líneas directrices precisas con respecto a ello, salvo en lo relativo al carácter restrictivo de la excepción a la autonomía de la voluntad que el recurso al orden público implica<sup>212</sup>. Este carácter restrictivo es, pues, el que debería imperar como norte.

Ocurre que en el derecho local el concepto de orden público se refiere a normas imperativas que las partes no pueden derogar; en tanto que en

---

→ París, 2001, p. 86. Al respecto, dice Hays que el Convenio de Roma tiene por objetivo por un lado asegurar la protección de expectativas de las partes y, por el otro, resguardar intereses que puedan tener los Estados en proteger a “partes débiles”, como el consumidor y el empleado. Estos intereses pueden ser del foro o de un tercer Estado (P. HAY, *Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law, Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1991, IV, Tome 226 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 396).

211. F. VISHNER, “New Tendencies in European Conflict of Laws and the Influence of the U.S. Doctrine – a Short Survey”, en *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002, p. 462.

212. [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_2012pd01e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf) (último acceso: 22 de mayo de 2015).

el Derecho internacional privado el concepto es, por necesidad, uno diferente. Las funciones y el propósito de estas dos partes, derecho doméstico e internacional, no son iguales. En muchos países, una norma imperativa doméstica no necesariamente prevalece en cuestiones internacionales<sup>213</sup>.

Esto se desprende claramente del caso *Messageries Maritimes*, resuelto por la Corte de Casación francesa en el año 1950. Se trató de un préstamo en dólares-oro canadienses de una compañía francesa a *Messageries Maritimes*, la que intentó pagar a sus tenedores de bono con dólares de papel, conforme a la ley canadiense entrada en vigor luego de la fecha de la deuda. Dicha ley devaluó el dólar y prohibió cláusulas-oro, sin distinguir entre pagos internos e internacionales. La Corte de Casación la ignoró y pronunció que las partes podían acordar, aún contra normas imperativas de derecho interno gobernando el contrato, una cláusula-oro válida bajo el derecho francés, “de conformidad con el sentido francés del orden público internacional”. El caso creó así una nueva regla, la de validez de las cláusulas-oro en contratos internacionales, diferente a la regla francesa aplicable a pagos domésticos. Surgió, pues, dentro del derecho doméstico francés una suerte de *ius gentium*, paralelo al derecho común doméstico<sup>214</sup>.

Este orden público distinto se encuentra recogido en diversos instrumentos que regulan vinculaciones internacionales, a veces utilizando la expresión “orden público internacional”<sup>215</sup> u “orden público” a secas<sup>216</sup>.

---

213. LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section*, ICCA Congress Series, N° 3, New York, 1986, después de la nota 7.

214. P. LALIVE (nota 213), después de la nota 55.

215. Por ejemplo, en los artículos 1514 y 1520 (5) del Código Procesal Civil francés (reformado por el art. 2 del Decreto 2011-48 del 13 de enero de 2011); en el artículo 1096 (f) del Código de Procedimiento Civil portugués de 1986; como así también en la legislación de Algeria, Líbano y Paraguay.

216. Así, la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL (art. 34(2)(b)(ii) y varias otras dictadas en consecuencia, así como reglamentos arbitrales, además de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (artículo V, 2 b).

Por su parte, todas las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado luego de 1955 incorporan la palabra “manifiesta”<sup>217</sup> para aludir a la contravención del orden público, subrayando así su carácter restrictivo en el plano internacional<sup>218</sup>.

En el mismo sentido que la Convención de México se encuentra el artículo 16 de su antecesor Convenio de Roma de 1980, conforme al cual los Estados miembros de la Unión Europea pueden negarse a aplicar la ley foránea “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro. La palabra “manifiesta” está recogida también en el Reglamento 44 de 2001 de la Unión Europea sobre jurisdicción internacional<sup>219</sup> y en el actual Reglamento 1215 de 2012 del bloque europeo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>220</sup>.

---

217. Tal cual lo resalta E. JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”, *Cours général de droit international privé, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229.

218. Ver M. RUBINO-SAMMARTANO y C.G.J. MORSE (nota N° 83), pp. 19-20. La palabra “manifiesta” ha sido incorporada también a instrumentos convencionales interamericanos. Así lo hace la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (artículo 2.h), la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (artículo 17), la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional y, en el ámbito mercosureño, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (artículo 20, inciso f) y el Protocolo de Medidas Cautelares (artículo 17).

219. Así, el artículo 34 de este reglamento prevé en su inciso 1) que las decisiones extranjeras no se reconocerán “si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”.

220. Que en su art. 45 establece: “A petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución: a) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido...”. Debe notarse que tanto el Reglamento 44 como el 1215, ambos en su artículo 1º, prevén que el arbitraje se encuentra fuera del ámbito de aplicación de los mismos.

## h) Otras disposiciones de la ley paraguaya y derogaciones

El artículo 15 de la ley paraguaya, en línea con el artículo 16 de la Convención de México, prevé que “si en un Estado se exige la inscripción o la publicación de determinados contratos, dichos actos se registrarán por el derecho de ese Estado”.

A su vez, el artículo 16, que sigue el 23 de la Convención de México, trata de los Estados con más de un sistema jurídico interno, como ocurre con los sistemas federales de Estados Unidos y Canadá. Prevé lo siguiente: “Respecto a un Estado que en cuestiones tratadas en la presente ley tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, la determinación de cuál de dichos sistemas resulta aplicable deberá hacerse según el derecho elegido. Si no es posible realizar la determinación de esta forma, se aplicará el art. 11” (conexión más cercana).

En cuanto a las derogaciones, el artículo 18 deja sin efecto “parcialmente los artículos 14<sup>221</sup>, 17<sup>222</sup>, 297<sup>223</sup>, 687<sup>224</sup> y 699, inciso b<sup>225</sup> del Código Civil en cuanto se refieran a los contratos internacionales, a cuyo respecto regirá la presente ley”, como así también las demás leyes que la contradigan.

---

221. “La capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes”.

222. “Los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse. Si éste no pudiere determinarse se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor”.

223. “Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento”.

224. “El contrato se considera celebrado en el lugar en que se formula la oferta”.

225. “La forma de los contratos será juzgada: ...b) entre ausentes, cuando constaren en instrumento privado suscripto por alguna de las partes, por las leyes del lugar en que haya sido firmado...”.

Merece que sea aclarada la derogación del artículo 14 del Código Civil, el cual aludía *inter alia* a la capacidad e incapacidad para adquirir derechos<sup>226</sup>. Esta norma había sido muy criticada en la fuente argentina (artículo 949 del Código de Vélez), a cuyo respecto Goldschmidt, por ejemplo, abogaba incluso por una interpretación *contra legem* ante el desafortunado texto legal. Señalaba que las incapacidades especiales de derecho están “mal llamadas”, pues en realidad son “prohibiciones especiales”, y que lo justo sería aplicar el derecho que rige la materia respectiva, teniéndose siempre en cuenta “por supuesto” el orden público y el *favor negotii*<sup>227</sup>.

En la doctrina paraguaya se señalan como incapacidades de derecho, por ejemplo, la del artículo 739, que prohíben la compraventa: a los esposos entre sí, aún separados de bienes (inciso a); a los representantes legales o convencionales, de los bienes comprendidos en su representación (inciso b), etcétera. O las del artículo 742, que excluye del objeto de compraventa, por ejemplo, a: ... h) aquellos derechos cuya transferencia esté prohibida por la ley, por el título constitutivo, o por un acto posterior; e i) los bienes que no pueden ser objeto de contratos<sup>228</sup>.

---

226. Me extendo sobre el punto ante un valioso comentario hecho por un respetado colega paraguayo. Cabe advertir que no se derogan en la nueva ley las normas sobre la capacidad de hecho, como por ejemplo: “Artículo 11. La existencia, el estado civil, la capacidad e incapacidad de hecho de las personas físicas domiciliadas en la República, sean nacionales o extranjeras, serán juzgados por las disposiciones de este Código, aunque no se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República. Artículo 12. La capacidad e incapacidad de hecho de las personas domiciliadas fuera de la República, serán juzgadas por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República”.

227. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Octava Edición, Reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, pp. 222-223. BOGGIANO a su vez señala que el artículo 949 de Vélez plantea una “cuestión intrincada hermenéutica” a la vez de señalar –en consonancia con GOLDSCHMIDT, que las prohibiciones son mal llamadas “incapacidades de derecho”– (pp. 293-294). FERNÁNDEZ ARROYO a su vez señala la problemática interpretativa que presenta esta norma argentina del artículo 949, con tres posturas en doctrina: una chauvinista, una domiciliar y una interpretación intermedia (FERNÁNDEZ ARROYO, (nota N° 40) pp. 520-521).

228. J.A. MORENO RUFFINELLI, *Derecho Civil, Parte General, Personas*, 13ª Edición, Intercontinental Editora, Asunción, 2013, pp. 209-210.

Pero esto es meramente doctrinario, pues el Código no dice expresamente en los artículos antedichos que estemos propiamente ante una “incapacidad de derecho”, por lo que bien podría entenderse que estamos ante “prohibiciones especiales”, por emplear la terminología de Goldschmidt.

Desde luego que en Derecho internacional privado, como bien lo expresa el inglés Wolff, capacidad e incapacidad son palabras que se usan ambiguamente, quedando implícito en su comentario que solo lo que en el derecho civil se denomina capacidad de hecho –en su terminología “relativa al estado (*status*) de las personas”– se rige por la ley personal. En tanto que las restricciones de disponer de la propiedad deberían regirse por la *lex causae*, en particular, la ley que rige la pretendida disposición<sup>229</sup>.

En Inglaterra solo hay un caso de 1800 que toca el tema de la capacidad. Se lee en Morris que existen hoy en Inglaterra dos posturas: una, considerarla como una cuestión de *status* (identifica entonces a la capacidad con la “de hecho”) y por tanto regida por el derecho del domicilio. Otra, hacer regir el derecho aplicable al contrato, desde un punto de vista objetivo<sup>230</sup>.

Eminentes comparatistas e internacionalistas resumen que, en definitiva, con respecto a la capacidad y al consentimiento existen tres posiciones en el derecho comparado: aplicar la *lex fori*, la *lex causae* o el derecho elegido por las partes<sup>231</sup>.

Pues bien, con la derogación del artículo 14 del Código, la ley paraguaya opta por que rija el derecho elegido por las partes, o en su ausencia el que esté más cercanamente conectado. Ello porque tales son –está visto– las fórmulas que adopta la ley paraguaya para los casos de elección y ausencia de selección del derecho, respectivamente. Obviamente siempre estará el orden público como valla de considerarse que en algún caso se lo esté vulnerando.

---

229. WOLFF (nota N° 71), pp. 266-267.

230. MORRIS (nota N° 151), *The Conflict of Laws*, pp. 376-377.

231. S. C. SYMEONIDES / W. COLLINS PERDUE / A. T. VON MEHREN (nota 54), pp. 324-326.

Ello se ve reforzado por la previsión del artículo 8.3 de la ley paraguaya, que hace regir el derecho del domicilio o “establecimiento” –según su terminología– para cuestiones relacionadas al consentimiento (dentro del cual se encuentra la capacidad) si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión aplicándose el derecho elegido por las partes.

Por lo demás, se lee en el comentario al artículo 1.3 de los Principios de La Haya –norma correspondiente al artículo 3(a) de la ley paraguaya– que, en su contexto, capacidad significa la aptitud de personas físicas para actuar y contratar independientemente. Dice también el comentario que la falta de capacidad lleva a una restricción a la autonomía de la voluntad por la necesidad de proteger a la persona debido, por ejemplo, a su edad o salud mental. En algunos países la cuestión de capacidad se considera una cuestión de *status* y no califica como contractual, concluye el comentario.

Evidentemente, pues, la norma trasegada de La Haya en el artículo 3(a) de la ley paraguaya, alusiva a la “capacidad de las personas físicas”, se refiere a lo que en el Paraguay se conoce como “capacidad de hecho”. Uno de los objetivos de la ley paraguaya fue copiar en su elaboración lo más posible el modelo de La Haya, precisamente para que le sean extensivas a las normas de aquella los textos explicativos oficiales. Ello sobre todo porque nos estamos moviendo en el terreno de la contratación internacional, donde frecuentemente uno se encuentra con problemas de “calificación”, es decir, de encasillamiento de un término ante diferentes significados que pueda tener en distintos sistemas jurídicos, denotando conceptos diversos<sup>232</sup>. De allí la utilidad de los textos explicativos oficiales –como el de los Principios de La Haya– que permiten comprender a cabalidad el alcance de ciertas normas, y en ese sentido la que nos viene ocupando, que se refiere –claramente– en exclusividad a la capacidad de hecho de las personas físicas.

---

232. KAHN llamó a esto “conflicto de conceptos de conexión”, KAHN-FREUND (nota N° 126), p. 247.

## V. En línea con el movimiento codificador del Derecho internacional privado en el mundo

En la regulación del Derecho internacional privado existen iniciativas más ambiciosas, como las del ya mencionado Código Bustamante, o graduales, como las también ya referidas de la OEA a partir de las CIDIPs.

El mundo ha experimentado lo que Symeonides calificaba recientemente como un “movimiento masivo de codificación” alrededor del globo en los últimos cincuenta años –a partir de 1962–, en que más codificaciones y convenciones internacionales se han concretado que en todos los años previos de inexistencia del Derecho internacional privado<sup>233</sup>. Los últimos cincuenta años han visto al menos 94 codificaciones o recodificaciones nacionales o subnacionales adoptados en 84 Estados, como así también más de 100 convenciones, regulaciones, protocolos, y leyes modelos<sup>234</sup>. Algunos son códigos o leyes comprensivos, otros forman parte de otros códigos como un Código Civil, algunos cubren problemas de selección del derecho y también reconocimiento en materia de jurisdicción y juzgamiento, en tanto que otros se ocupan de la selección del derecho en solo ciertos temas<sup>235</sup>.

En las Américas modificaron muy recientemente sus normativas que afectan a la contratación internacional Argentina, República Dominicana y Panamá.

Argentina cambió totalmente su Código Civil e incluyó en el nuevo texto diversas normas de Derecho internacional privado, entre ellas las alusivas a la contratación internacional. Es de lamentar que para este efecto no se hayan tenido en cuenta los trabajos de la Conferencia de La Haya en este tema (que Argentina asintió en las sesiones del Consejo del

---

233. S. C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 1-2.

234. S. C. SYMEONIDES (nota N° 233), pp. 12-14.

235. S. C. SYMEONIDES (nota N° 233), p. 25.

organismo), principalmente al no acoger la fórmula de derecho no estatal como comprendida dentro del concepto de la autonomía de la voluntad<sup>236</sup>.

También es de lamentar que, en ausencia de selección del derecho, el nuevo Código Civil Argentino no siga la fórmula interamericana o –como lo dice Fernández Arroyo– “en buen romance” haya optado por el modelo de la Unión Europea antes que el de la OEA<sup>237</sup>. En lugar de la conexión

---

236. Ello si bien el artículo 2651, que admite la autonomía de la voluntad, en su inciso c permite el desplazamiento de reglas imperativas del derecho elegido, lo cual, conforme a Fernández Arroyo, si no viola el orden público o disposiciones internacionalmente imperativas llevaría a la posibilidad de aplicar los Principios UNIDROIT o similares. Ahora bien, debe quedar claro que lo que el legislador ha querido es que la decisión de someterse a esas reglas materiales (usos, prácticas, costumbres o principios) no se presuma sino que conste en el contrato. Esto puede plantear una contradicción cuando el derecho aplicable (elegido o no) sea el de un Estado parte de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos internacionales (que opera en tal supuesto como derecho “interno”), cuyo art. 9.2 consagra la presunción de aplicabilidad de los usos, que es además “la” norma de DIPr material argentino, al menos en lo que se refiere al contrato de compraventa internacional. Más grave es la contradicción en sí del precepto comentado, que hace depender del pacto de las partes la aplicabilidad de “usos y prácticas comerciales *generalmente aceptados*” (cursiva añadida). Ver en: D. FERNÁNDEZ ARROYO, en *Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*. Director: J. CÉSAR RIVERA – Graciela Medina, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, comentario al artículo 2651.

237. El artículo 2652 de dicho cuerpo legal sigue la fórmula del lugar de cumplimiento. Si no se puede determinar, será el domicilio del deudor de la prestación característica, y en su defecto, el lugar de celebración. Señala Fernández Arroyo que de este modo se conserva la tradición, ya que dicho criterio es conocido y usado por los tribunales argentinos. Cabe, no obstante, realizar dos precisiones respecto de la finalidad perseguida. La primera es que al inclinarse por el domicilio “actual”, propuesto en su día por algún autor suizo, el precepto comentado abre la puerta a la modificación unilateral del derecho aplicable. La segunda es que el propio legislador europeo, dados los innumerables inconvenientes ocurridos en la utilización del criterio de la prestación característica que tenía una presencia importante en la Convención de Roma de 1980, lo relegó a una función *ultrasubidiaria* en el Reglamento de Roma I, colocándolo después de una serie de normas rígidas de derecho aplicable. Pero la inclusión de la prestación característica no es el único desplante a la Convención interamericana. Si se presta atención, en defecto de voluntad de las partes, el juez solo puede aplicar las “leyes y usos” locales, sean las del lugar de cumplimiento o las del lugar de celebración. El legislador optó también en este tema por la controvertida decisión de la Unión Europea, refractaria a la aplicación de derecho no estatal por el juez. Ver en: D. FERNÁNDEZ ARROYO (nota N° 236), comentario al artículo 2652.

más cercana, la solución argentina busca el lugar de cumplimiento de la prestación característica, con todos los problemas que su determinación acarrea, resultando menos propicia también para directamente hacer aplicar en casos de ausencia de selección, como derecho neutral, la *lex mercatoria* o de derecho no estatal

Por su parte, la recientemente sancionada Ley 544 de 2014 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana admite la autonomía de la voluntad<sup>238</sup>. Lamentablemente, no es explícita sobre la posibilidad de elección del derecho no estatal. Pero acierta cuando admite, en ausencia de selección, la conexión más cercana, en línea con el artículo 9 de la Convención de México<sup>239</sup>, en redacción idéntica<sup>240</sup>.

A su vez, la nueva ley panameña de Derecho internacional privado admite la autonomía de la voluntad en su artículo 77<sup>241</sup>. Ello en el Capítulo I, intitulado “pacta sunt servanda”. En ubicación curiosa, dentro del Capítulo II que lleva por título “prescripción internacional”, señala el artículo 86 que “se pueden pactar de manera supletoria o como medio de interpretación del juez” los Principios UNIDROIT<sup>242</sup>. A su vez, el artículo 87 señala que “es válido” pactar usos, costumbres y prácticas. En ausencia de selección, la ley panameña alude en su artículo 74 al derecho del lugar de

---

238. Ello en sus artículos 58-60.

239. En este sentido se aparta del proyecto de Derecho Internacional Privado de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil para el Caribe (OHADAC) (<http://www.ohadac.com/textes/5/96/seccion-quinta-obligaciones-contractuales.html> - último acceso: 22 de mayo del 2015). Dicho proyecto en su artículo 45 consagra la autonomía pero bajo la fórmula “ley elegida por las partes”, por lo que es de lamentar también que no haya tenido en cuenta los trabajos de La Haya sobre el derecho no estatal. Y su artículo 46 se enraíza en la solución de Roma I, a cuyo respecto ya me he expedido en más de una ocasión en esta monografía.

240. Ello en su Art. 61.

241. La norma señala como límites el orden público y el fraude a la ley. Esta última noción se considera comprendida dentro del orden público en materia de contratación internacional.

242. “Por sus siglas en inglés”, dice equivocadamente, pues UNIDROIT es un acrónimo en francés de la denominación del Instituto. La norma no lo aclara, aunque se está refiriendo a los principios de derecho contractual de este organismo.

cumplimiento y, si no se lo puede determinar, la ley que regule la economía en que se caracteriza el contrato. Ya me he referido a los diversos problemas que presenta esta solución del lugar de cumplimiento.

## VI. El legislador paraguayo es un perfecto ladrón

El picante Walton calificaba a los legisladores como perfectos ladrones (*arrant thieves*)<sup>243</sup>, aplaudiendo cuando con ello se copiaban modelos exitosos para incorporarlos en otras jurisdicciones.

A diferencia de lo que ocurrió en los casos arriba mencionados de Argentina, República Dominicana y Panamá, el legislador paraguayo es un perfecto ladrón. La ley paraguaya fue redactada en el entendimiento de que las propuestas para homogeneizar el derecho de contratos a nivel internacional, emanadas de organismos que tienen la legitimación de haber sido estatuidos a dicho fin –de los que incluso el Paraguay es parte, como la Conferencia de La Haya o UNCITRAL–, deberían ser adoptadas o copiadas literalmente lo más posible<sup>244</sup>. Por lo demás, tanto con respecto a la Convención de México como a los Principios de La Haya, el Paraguay participó a través de delegaciones oficiales en las deliberaciones conducentes a la redacción de los respectivos instrumentos, y finalmente los aprobó en los respectivos foros, con lo que los instrumentos también le corresponden en coautoría –si vale la expresión<sup>245</sup>.

---

243. Ver en J. W. CAIRNS, “Development of Comparative Law in Great Britain”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2006, p. 146.

244. Ver *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Prepared by The Comision on European Contract Law, Edited by O. LANDO / H. BEALE, Kluwer Law International, 2000, introduction, xxv.

245. Incluso con respecto a la Conferencia de La Haya –está visto– un jurista paraguayo fue parte del grupo técnico que elaboró la propuesta de los Principios de La Haya que fue luego objeto de deliberación, según sus mecanismos estatutarios, por la Conferencia de La Haya. Las decisiones allí fueron adoptadas por consenso y, en sus aspectos principales, el redactor paraguayo se encuentra en pleno acuerdo.

## VII. Un paso inicial gigante para un camino de mil leguas

En el tema de la selección del derecho no estatal nos encontramos muchas veces ante la asunción de que solo tiene virtualidad en el contexto arbitral, y no tiene efectividad en el plano judicial.

Ahora, incluso en el plano arbitral esta selección no se encuentra plenamente extendida<sup>246</sup>. Ello quizás en parte porque –como dice Bortolotti– muchas veces las partes eligen derechos domésticos para minimizar el

---

246. Una importante investigación de 2010 para la que –como lo refiere MISTELIS– se utilizaron 136 extensos cuestionarios y datos cualitativos basados en 67 entrevistas a profundidad, señala que el uso del derecho transnacional es razonablemente común en la praxis arbitral (aproximadamente el 50% de los encuestados lo usaron al menos “a veces”). (2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary, University of London, School of International Arbitration (SIA) y White & Case, pp. 11 y ss). Más recientemente, entre febrero y marzo de 2014 la encuesta sobre el uso de instrumentos de “soft law” en el arbitraje comercial internacional se abrió a respuestas en el Kluwer Arbitration Blog. Los usuarios fueron requeridos a reportar sus encuentros de vida real con diversos instrumentos con los de la International Bar Association relativos a pruebas, a conflicto de intereses, a representación de partes, así como los Principios UNIDROIT de derecho contractual, *lex mercatoria* y similares expresiones, etcétera. La pregunta era si los respondientes habían invocado, usado o aplicado uno de estos conceptos o instrumentos cuando actuaron como abogados o árbitros en procesos internacionales. La encuesta recibió 63 respuestas. Los que respondieron definieron su área de influencia como sigue: África – 6.6%, Oriente Medio – 11.5%, Asia – 21.3%, Europa del Este – 23%, Norteamérica (EE.UU. y Canadá) – 26.2%, Latinoamérica – 36.1%, y Europa Occidental – 44.3%. La mayoría de quienes respondieron (71.5%) tenían menos de 40 años. 17.4% entre 41 y 60 años, y 11.1% por encima de 60. De los distintos instrumentos, específicamente los Principios UNIDROIT y *lex mercatoria* dieron resultados similares, lo que puede sugerir que son usados de manera intercambiable. Las respuestas a los Principios UNIDROIT son: 6.3% los usan siempre, 12.7% regularmente, 46% ocasionalmente, y 34.9% nunca los han utilizado. Las respuestas a *lex mercatoria* y nociones similares fueron cercanas: 3.2% las emplea siempre, 15.9% regularmente, 49.2% ocasionalmente y 31.7% nunca. Para sumar, alrededor de 50% de quienes respondieron usan ambos instrumentos ocasionalmente, alrededor de 20% siempre o regularmente y alrededor de 30% nunca (Elina Mereminskaya, Bofill Mir & Alvarez Jana Abogados, for ITA, Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration, 6 June 2014, in <http://kluwerarbitration-blog.com/blog/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration> – último acceso: 22 de mayo de 2015).

riesgo de reversión de lo eventualmente fallado por parte de tribunales ante los que se plantee una eventual impugnación<sup>247</sup>.

En definitiva, la nueva ley paraguaya crea las condiciones para ir superando este temor en la esfera arbitral y para que se recurra también a la selección del derecho no estatal en el plano judicial.

Obviamente llevará su tiempo la aprehensión de las fecundísimas potencialidades de esta ley y la eficaz utilización de las herramientas que ella confiere, tanto a las partes contratantes como a jueces y árbitros. Por ejemplo, debe quedar en claro a un juez que, ante la ausencia de selección, no necesariamente debe buscar un derecho nacional que resulte aplicable; es más, sería deseable que ello solo ocurra excepcionalmente, según lo ya dicho, y que el juzgador tenga como primera opción la de recurrir al derecho no estatal.

### **VIII. Una defensa a los especialistas en Derecho internacional privado**

Ellos han creado el desastre, pero lo están solucionando. Hoy día casi nadie defiende la ortodoxia conflictualista, y los especialistas de la disciplina se encuentran cada vez más abiertos a un pluralismo metodológico que admita, a la par de reglas conflictualistas, la autonomía de la voluntad para dejar de lado el sistema, o reglas internacionales uniformes para regir la contratación internacional, incluyendo el derecho no estatal.

Recuerdo en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en La Haya, allá por el 2010, cuando Bonell se regocijaba en los debates y decía “cómo había cambiado la cosa desde los años setenta”, cuando él joven asistía a debates conducentes a la Convención de Viena, en los que todavía la ortodoxia conflictualista era fuerte. ¡Cuán distinto era ahora el ambiente en las discusiones sobre los Principios de La Haya!<sup>248</sup>

---

247. F. BORTOLOTTI, Introduction, p. 7.

248. Esto lo relato como testigo privilegiado de estas aseveraciones.

Mucho de ello se debe al camino pavimentado por cultores contemporáneos de la disciplina iusinternacionalprivatista<sup>249</sup>, y también a esfuerzos como los de la Conferencia de La Haya y la Convención de México, que propician con su aval oficial –por así decirlo– la nueva coyuntura.

## IX. Conclusiones

Los paraguayos ya no tienen de qué avergonzarse. De contar con uno de los regímenes más anacrónicos del mundo en materia de contratos internacionales, disponen hoy de una ley más que apropiada para regir vinculaciones transfronterizas. Esta ley reconoce de manera amplia la autonomía de la voluntad, precisando diversas vicisitudes que pueden plantearse con respecto a cuestiones conexas a este principio, a la vez que delimitando el alcance de esta libertad dentro de un contexto equilibrado de orden público, que atiende tanto el resguardo de normas y postulados esenciales del país como los requerimientos de que este tema sea mirado desde una óptica cosmopolita.

Ahora bien, el real “caballo de Troya” de la ley paraguaya está en la admisión del derecho no estatal. Los Principios de La Haya habían tomado partido en el debate, y abiertamente admiten su aplicabilidad. Al hacerlo, van más allá que el Reglamento Roma I, que desecha esta solución, y también allende la Convención de México, pues lo hacen con contundencia.

Tanto Roma como México habían allanado el camino para varias de las soluciones contenidas en los Principios de La Haya, que tienen el mérito de establecer en claros términos muchos de los desarrollos y las discusiones de tiempos recientes en cuestiones diversas afectando el derecho aplicable a los contratos internacionales, ofreciendo así al mundo –por lo

---

249. Ver, por ejemplo, el magistral artículo de D. FERNÁNDEZ ARROYO, “El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo”, *Derecho Internacional Privado y Derecho de la integración – Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano* (nota N° 53), pp. 21-24.

demás— un modelo formidable a partir del cual elaborar legislaciones en la materia.

Paraguay lo ha aprovechado con su nueva ley. Deseablemente, otros países seguirán este paso.

Esta nueva ley marca una saludable vuelta a un pasado de esplendor cosmopolita, por un lado; en tanto que, por el otro lado, anticipa el futuro, marcando un camino que de seguro servirá de referencia en todo esfuerzo codificador venidero en la materia, que no podrá soslayar lo hecho en Paraguay<sup>250</sup>.

---

250. La ley paraguaya se encuentra resaltada por la propia Conferencia de La Haya en su página oficial [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=135](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135) (último acceso: 22 de mayo del 2015).

