

Derecho Internacional Privado

EL DERECHO NO ESTATAL EN LA NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES

José Antonio Moreno Rodríguez^{*}

SUMARIO

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 contextualiza la nueva ley paraguaya en el espíritu universalista en el cual se inserta y hacia el cual se encaminan sus disposiciones.

^{*} 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. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la OEA. 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 en las universidades de París II y Heidelberg, entre otras.

ABSTRACT

*Paraguay starts 2015 with a brand new law on international contracts. It may be qualified as a forward-looking piece of legislation, in line with recent proposals advanced by prestigious codifying organizations of the world and the Americas and taking into account current developments and necessities of day-to-day commerce. But it may well pave the way for a return to the cosmopolitan spirit of the old *ius gentium* and *ius commune*, aborted with a nineteenth century widespread nationalist conception, which is clearly inadequate to govern transborder mercantile activities. In this contribution, its author contextualizes the new Paraguayan law in the universalist spirit in which it is inserted and to which its provisions are conceived.*

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 justicia¹. 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 XIX².

-
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.
 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.

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 contextualiza la nueva ley paraguaya 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”.

Muchos factores están contribuyendo para el giro cosmopolita³. *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.

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).

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 Naciones⁴; y UNCITRAL, originado en el seno de las propias Naciones Unidas en el año 1966⁵; además de organizaciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁶, entre varias otras, que proponen normas uniformes para regir distintas áreas de la contratación internacional.

-
4. Ver en 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.
 5. Ver en 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 inter-

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 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 internacional⁷.

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 Princi-

→ nacional), 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.

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

pios de La Haya”⁸. 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 partes⁹.

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 llama¹⁰–, y comentarios e ilustraciones, cuando necesarios. El suceso de la 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”¹¹.

8. Ver en 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 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 RODRÍ-

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 contrato¹². 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 Principios de La Haya tienen 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

→ GUEZ (dirs.), *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, p. 347.

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

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 Internacional 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 nacional¹³, como ocurrió en el Paraguay.

13. 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.

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 de enero de 2015¹⁴, 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 propuesta¹⁵.

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

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

15. 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.

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.

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.

En lo que sigue me centro en el derecho no estatal, y su acogida favorable en la ley paraguaya¹⁶.

V. Derecho no estatal

A) El derecho no estatal en Latinoamérica

En Latinoamérica el derecho no estatal viene siendo reconocido ampliamente tanto en el plano constitucional¹⁷, como al admitirse la jurisdicción de tribunales internacionales, como, por ejemplo, la del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIA-DI), y los cientos de tratados bilaterales de inversión ratificados a este respecto que aceptan la aplicabilidad del derecho no estatal.

16. De otros aspectos de dicha regulación me ocupo en otra publicación. Accesible online en <http://www.asadip.org/v2/?p=5288> (último acceso: 13 de julio del 2015)

17. 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.

Así también, instrumentos del MERCOSUR¹⁸ 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 arbitraje¹⁹ o la Convención de México de 1994 que acepta el derecho no estatal, según surge de sus artículos 7, 9 y 10²⁰. A su vez, esta aceptación se encuentra en las leyes de Derecho internacional privado de México y Venezuela²¹.

18. 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”.
19. 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”.
20. 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 Rút Díaz Labrano*, CEDEP - Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Asunción, 2013). 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 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.
21. 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. FRESNEDE DE AGUIRRE / G. A. LORENZO IDIARTE, <http://asadip.wordpress.com> (último acceso: 25 de mayo de 2011).

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 colombianas²². También encontramos referencias al derecho no estatal, como los Principios UNIDROIT, en decisiones de la Corte Suprema Venezolana²³ o de tribunales de alzada argentinos²⁴. A su vez en Brasil, en 2011 el Tribunal de Cuentas recurrió a los Principios UNIDROIT de derecho contractual para corroborar, dentro del plano comparatista, la decisión a la que arribó²⁵.

De hecho, en Brasil –según el reconocido jurista brasileño Lauro Gama²⁶– se admite abiertamente, en el contexto arbitral, la amplia aplicabilidad de la *lex mercatoria*, principios generales del derecho o Princi-

-
22. 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 (último acceso: 22 de mayo de 2015).
23. 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 –último acceso: 22 de mayo de 2015, donde aparece también otro fallo reciente venezolano invocando los Principios UNIDROIT).
24. 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), 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 - último acceso: 22 de mayo de 2015).
25. 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).
26. L. GAMA JR., *Contratos Internacionais a luz dos Principios do UNIDROIT 2004*, Río de Janeiro y otras, Editora Renovar, 2006.

pios UNIDROIT²⁷. 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 estatal²⁸.

En definitiva, la apertura hacia el universalismo en la contratación internacional, debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales²⁹. 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 y —como se verá más adelante— se encuentra superada con la nueva ley paraguaya.

B) Terminología

En este tema existe una gran disparidad terminológica. Se habla indistintamente de derecho transnacional, *lex mercatoria*, derecho blando o *soft law*, y varias otras expresiones³⁰, 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

27. L. GAMA JR. (nota N° 26), p. 444

28. 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.

29. 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.

30. 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).

doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral³¹.

La ley modelo de arbitraje de UNCITRAL de 1985, reformada en 2006, adoptó la expresión en su art. 28³², 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 Djibouti³³. 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 2010³⁴; a su vez, guarda similitud con normas de varios reglamentos arbitrales³⁵.

-
31. Esto me consta personalmente por haber participado en su momento en las deliberaciones sobre este tema.
 32. 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 (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.
 33. Documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1.
 34. Sobre los ajustes menores hechos al actual reglamento, ver en: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, a Report by J. PAULSSON / G. PETROCHILOS, 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.
 35. J. J. BARCELÓ III / A. VON MEHREN / T. VARADY, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Fourth Edition. Thomson Reuters, 2009, p. 70.

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”³⁶.

C) *Provisión legal paraguaya*

En la línea antedicha, 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 Marshall, una norma así tiene el efecto de “nivelar la cancha” (*level the playing field*) entre arbitraje y litigio³⁷. 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 que elaboró el proyecto en La Haya, se había rechazado que las reglas elegidas deban pasar un “examen de legitimidad” (*test of legitimacy*), que evalúe su naturaleza y características³⁸, puesto que en las reglas no estatales pueden ser adop-

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

37. 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.

38. 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

tadas ahora no solo en casos con cláusula arbitral, sino sin importar el mecanismo de solución de disputas³⁹. Se convino además en dichas deliberaciones que las reglas elegidas 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 UNIDROIT⁴⁰.

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.

D) Examen crítico

Michaels califica a la norma –tal cual quedó finalmente redactada por la Comisión Especial en La Haya– como “problemática”. De otra

→ 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.

39. 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 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° 26), pp. 62-63.

40. 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 (Versión consolidada – último acceso: 22 de mayo de 2015), pp. 14-15.

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 internacional⁴¹) hizo de una regla problemática mucho peor. Para el arbitraje la fórmula es muy estrecha y para litigios estatales muy amplia e imprecisa⁴². Por lo demás, concluye, no existía una necesidad práctica en este sentido⁴³.

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 modernos⁴⁴.

-
41. 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”.
 42. 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 (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).
 43. 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).
 44. 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, (último acceso: 22 de mayo de 2015)

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*)⁴⁵. Ello si bien, como es frecuentemente el caso, el fraseo de un texto de compromiso lleva mucho a ser deseado⁴⁶.

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 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.

E) Requisitos

Pertegás y Marshall explican los requisitos introducidos por los Principios de La Haya con respecto al derecho no estatal⁴⁷.

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.

45. S. C. SYMEONIDES, “Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis”, Oxford University Press, New York, 2014, p. 143.

46. S. C. SYMEONIDES, (nota N° 45), p. 145.

47. Sobre esto ver en: M. PERTEGÁS / B.A. MARSHALL, (nota N° 37), pp. 997-998.

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, aun cuando no se encuentre ratificada⁴⁸.

VI. 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, ante una ausencia o ineficacia de selección, indica al juzgador que recurra a la fórmula flexible de “conexión más cercana o significativa” y descarta otras nociones controvertidas como la del lugar de cumplimiento del contrato.

48. 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.

Sin embargo, 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 UNIDROIT⁴⁹. 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 compromiso⁵⁰.

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.

De hecho, con respecto a la Convención de México Juenger opinaba que la conexión más cercana en ausencia de elección debe encontrarse en la *lex mercatoria* o el derecho no estatal⁵¹. Sería mejor aplicar directamente normas neutrales y de amplia aceptación internacional, como los

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

50. 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. 223.

51. 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.

Principios UNIDROIT de derecho contractual, antes que algún derecho nacional⁵².

Este comentario emitido por el artífice de la solución contenida en la Convención de México sobre este tema debe tenerse muy presente al considerarse la ley paraguaya, que sigue a aquélla en el punto.

VI. Fórmula equitativa o correctiva

A) *El problema*

Las 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 país⁵³.

Al respecto, 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 establecidos⁵⁴, teniendo presente la necesidad de acomodo

52. 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. “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).

53. 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.

54. 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:



dar 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 contractuales⁵⁵, deberían igualmente estar autorizados a hacerlo en materia de contratos internacionales⁵⁶.

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

→ “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).

55. 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).

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

pueden no estar específicamente adaptadas para transacciones internacionales⁵⁷.

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 español⁵⁸. 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 sorprendidos para una parte extranjera⁵⁹.

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 partes⁶⁰, 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 de otros derechos o del derecho transnacional⁶¹. Por lo demás, el propio derecho nacional puede dar lugar a una construcción comparativa⁶², tal como ocurre –se ha visto ya– de manera recurrente en

57. C. BRUNNER, p. 30.

58. 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.

59. F. BORTOLOTTI, (nota N° 53), p. 8.

60. 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° 58).

61. C. BRUNNER, pp. 30-31.

62. C. BRUNNER, p. 31.

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 fuerza⁶³.

B) *Fórmulas equitativas en instrumentos internacionales*

El problema de fórmulas equitativas o correctivas se encuentra controvertido dentro del derecho comparado en cuanto a terminología y alcance⁶⁴, y no existe una previsión al respecto en los Principios de La Haya.

La OEA, sin embargo, hace un buen tiempo 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)⁶⁵, instrumento que goza de numerosas ratificaciones en la región⁶⁶.

63. C. BRUNNER, pp. 31-32.

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

65. 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).

66. 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 norma⁶⁷ en su artículo 10, que es idéntico a la solución paraguaya.

C) *Fórmula equitativa en la ley paraguaya de contratos internacionales*

Bajo el título de “armonización equitativa de intereses”, el artículo 12 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”.

D) *Terminología*

Aquí también existen disparidades terminológicas: palabras frecuentemente alusivas a estas fórmulas amplias, como equidad, usos, prácticas o costumbres, no son utilizadas de manera uniforme dentro del derecho comparado⁶⁸.

Resaltan Berman y Dasser que en la contratación internacional antes se denominaba usualmente “costumbres” a los entendimientos comerciales (*commercial understandings*) según las prácticas contrac-

67. 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, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2^a Ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 94). Pero debe tenerse presente que en otra parte la convención dispone que, para interpretarla 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.

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

tuales. Ello en tanto que ahora se utiliza mayormente la palabra “usos”⁶⁹. 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 costumbre⁷⁰.

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 querido⁷¹. 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”⁷². Esta equiparación que se da así entre usos y prin-

-
69. 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.
70. R. GOODE, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 1997, 46 ICLQ 1, p. 7.
71. 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.
72. R. GOODE (nota N° 70), 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° 70), p. 12.

cipios la hizo, por ejemplo, un tribunal arbitral operando bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, presidida por Pierre Lalive⁷³.

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 inglés⁷⁴.

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.

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.

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 con-

73. Caso CCI 3380/1980, citado por L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON International Chamber of Commerce Arbitration, Third Edition, Oceana Publications, 2000, p. 102.

74. *Deutsche Schautbau-und Tiefbohrergesellschaft mbH*, Cámara de Apelaciones inglesa, 1998, R. GOODE (nota N° 70), p. 29.

tratos internacionales, ofreciendo así al mundo –por lo 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 Paraguay⁷⁵.

Palabras claves: ley paraguaya, contratos internacionales

Keywords: *paraguayan law, international contracts*

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