

EL RÍO DE LA PLATA, A LA VANGUARDIA, PERO POR
VERTIENTES SEPARADAS, ¿SE PUEDE SALVAR LA DICOTOMÍA?
ESPECIAL ANÁLISIS DE LA LEY PARAGUAYA DE DERECHO
APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES
Y LAS NORMAS ATINGENTES DEL CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL ARGENTINO

JAIME R. GALLEGOS ZÚÑIGA¹⁷⁹*

RESUMEN

El presente trabajo busca exponer los elementos más relevantes de la Ley paraguaya de Derecho aplicable a los Contratos Internacionales y las normas correspondientes del nuevo Código Civil y Comercial argentino, que recogen, entre otros elementos, instrumentos que se han elaborado en los foros especializados en el Derecho Internacional Privado, destacando el reconocimiento que se brinda a la autonomía de la voluntad como canal apto para que las partes puedan escoger qué ordenamiento jurídico regulará la relaciones derivadas de la convención celebrada. Lo anterior, resulta elogiable, ya que coloca al Paraguay y a la Argentina a la vanguardia de esta zona del continente en esta materia, con normas que dan mayor certeza a los negocios internacionales contactados con el Derecho de esos países. El que ambas modificaciones legislativas coincidan en muchos elementos es positivo, pues puede entenderse como una materialización de la necesaria armonización de la regulación del Derecho contractual, en un contexto integrado, como es el Mercosur, paso que puede mirarse como una instancia previa hacia un estadio de unificación de su normativa, como ha ocurrido en Europa, a través del Reglamento Roma I.

ABSTRACT

This paper seeks to expose the most important elements of the Paraguayan Law applicable to international contracts and corresponding provisions of the new Argentine Civil and Commercial Code, which includes, among other elements, instruments that have been developed in specialized forums on Private International law, highlighting the recognition that is given to autonomy of will as suitable channel so that the parties can choose which law will regulate the relations arising from the convention held. Above, it is commendable, as it places Paraguay and Argentina to the forefront of the continent's area in this matter, with rules that give greater certainty to international business in contact with the law of those countries. It is positive that both legislative changes coincide in many elements, because it can be understood as a realization of the necessary harmonization of the regulation of contract law, in an integrated context, such as Mercosur, a step that may be regarded as a prior step to a stage unification of the rules, as has happened in Europe, through Rome I.

¹⁷⁹ * Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid.

I. Introducción.

En Sudamérica¹⁸⁰, para hablar de Derecho Internacional Privado es necesario contar con un escritorio de grandes dimensiones (si se opta por ocupar fuentes en formato papel) o con un computador que aguante tener simultáneamente muchas ventanas abiertas, dado que las normas positivas de esta disciplina se encuentran dispersas en diferentes cuerpos internos e internacionales, muchos de ellos del siglo XIX, que no obstante ese sombrío estado del arte, en razón del incansable esfuerzo de los internacionalistas por buscar sistematizar y dar cierta coherencia a esta rama, ha podido configurarse en cada uno de los países de la zona¹⁸¹, muchas veces a través de complejos esquemas, para -en definitiva- generar una inarmónica teoría general y especial de la disciplina, como por ejemplo, ocurre en Chile¹⁸².

Este escenario dificulta que se puedan brindar ex ante respuestas seguras y previsibles¹⁸³, puesto que no hay normas de conflicto (ni materiales) claras y precisas, que permitan prever las consecuencias jurídicas de los diferentes comportamientos que pueden adoptar los sujetos inmersos en este plano internacional¹⁸⁴.

Lo señalado resulta particularmente sensible en espacios en que, desde hace 25 años, han emprendido un proceso de integración en aras a alcanzar un mercado común -esto es, libre circulación de bienes, capitales, personas y servicios-, como ocurre con Mercosur, en el cual, naturalmente debieren incrementarse las operaciones internacionales.

Al interior de ese bloque de la vertiente oriental del continente, no se cuenta con un instrumento subregional común que determine las pautas para resolver el Derecho que será aplicable a los contratos internacionales¹⁸⁵, no obstante lo cual, dos de sus países integrantes, han emprendido -exitosamente- un proceso de dictación de normativa destinada a paliar esta carencia, siendo tales legislaciones el objeto de este informe.

¹⁸⁰ Con la salvedad de Venezuela.

¹⁸¹ OVIEDO ALBÁN, Jorge. Autonomía de la voluntad en contratos internacionales. En PICAND ALBÓNICO (Coord.) *Estudios de Derecho Internacional Privado chileno y comparado*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 556-558; NOODT TAQUELA, María Blanca. Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños. En FERNÁNDEZ ARROYO, D. (Coord.) *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia Editor, 2003, Buenos Aires, p. 999; PÉREZ PACHECO, Yaritza. Aportes de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana a la codificación ius internacional privatista. En: *Ars boni et Aequi*, año 10, N° 2, 2014, pp. 52-53; ALBORNOZ, María Mercedes. Integración regional y voluntad. En CEDEP. *Derecho Internacional Privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, 2013, p. 591.

¹⁸² GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime. Aspectos Generales del Derecho Internacional Privado en Chile. En *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, N° 3, 2009-2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 137-206; GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime. Unificación de instituciones en el Derecho Comunitario Europeo, como mecanismo para facilitar el mercado común. En: *Congreso Internacional, homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, tomo III, 2011, pp. 325-330.

¹⁸³ Ahora bien, es menester advertir, que en lo que se refiere a tribunal competente, algo ya se había avanzado en el Mercosur, puesto que se sobre el particular, se cuenta con un instrumento subregional sobre jurisdicción internacional en materia de contratos, el Protocolo de Buenos Aires, de 1994 (ver GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime. Tendencias Unificadoras del Derecho Comercial Internacional. En: VÁSQUEZ PALMA, M.F.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Derecho Mercantil Internacional. La unificación del Derecho Privado*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 461-465).

¹⁸⁴ CALVO CARAVACA, A. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional privado*, vol. II, décimo cuarta edición, 2013/14, Comares, p. 672.

¹⁸⁵ ALBORNOZ, María Mercedes. El Derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del Mercosur, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLII, N° 125, 2009, p. 638.

II. Modificaciones en el río de la Plata. Ley paraguaya sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (LPDAC) y el Código Civil y Comercial argentino.

1. Antecedentes

1.1. Paraguay

Rompiendo, con el escenario recientemente enunciado, el Paraguay, dictó la ley N° 5.393, sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (en adelante LPDAC), publicada en su Gaceta Oficial el 20 de enero de 2015.

Tal preceptiva recogió, como consta en su historia, el proyecto del destacado académico -representante de esa nación ante la Comisión Especial que aprobó el texto final de los Principios de La Haya sobre selección de Derecho aplicable a los contratos internacionales- José Antonio Moreno Rodríguez.

La anotada ordenación recoge los más avanzados instrumentos internacionales -que, en definitiva, son aquellos que sirven para lograr la armonía internacional de las soluciones¹⁸⁶-, los referidos Principios de La Haya, de 2015¹⁸⁷ y la Convención de México, de 1994, Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales¹⁸⁸.

A tal punto, la ley paraguaya toma las disposiciones de los textos recién aludidos, que su autor, “sin pudor alguno” nos dice -de manera sarcástica- que “el legislador paraguayo es un perfecto ladrón”, ya que la LPDAC siguió del modo lo más literal posible sus preceptos, a fin de buscar una homogenización de las reglas del Derecho aplicable a los contratos, de modo universal¹⁸⁹.

1.2. Argentina

La sistematización de la regulación de Derecho Internacional Privado era una necesidad sentida en la Argentina desde hace muchos años¹⁹⁰, pues -tal como ocurre hoy en Chile- sus normas se encontraban dispersas en distintos cuerpos, tanto a nivel convencional (los Tratados de Montevideo, de 1889, y 1940, y la Convención de la CIDIP, de 1979, sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, ratificada a través de la ley N° 22.921, publicada en 1983-, entre otros) y diferentes disposiciones desperdigadas en su Código Civil, sus cuerpos procedimentales y otros textos de diferente alcance¹⁹¹.

Lo anterior, llevó a que, a través de sucesivos intentos, con dispar éxito, se buscara compilar los desarrollos efectuados por la doctrina y jurisprudencia de ese país, para modernizar la legislación con la cual se contaba¹⁹².

¹⁸⁶ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Lom ediciones, Santiago de Chile, 1999, pp. 66-67.

¹⁸⁷ BORRÁS, Alegría. ¿Qué ha significado 2014 para la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, p. 705.

¹⁸⁸ Ver VEYTIA, Hernani. La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 25, 1999, pp. 383-397.

¹⁸⁹ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? En. INSTITUTO PARAGUAYO DE DERECHO BANCARIO Y SOCIETARIO. *Temas Actuales del Derecho Bancario y Societario*, Intercontinental Editora, Asunción, 2015, p. 197.

¹⁹⁰ MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea. La reforma del sistema de Derecho Internacional Privado en la República Argentina. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 14, 2007, p. 3; MENICOCCHI, Alejandro Aldo. Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial de contratos y responsabilidad civil extracontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXIII, 2014, pp. 185-188.

¹⁹¹ BOTTIGLIERI, María Gloria. Importantes avances en la codificación del Derecho Internacional Privado argentino. En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 649, 662.

¹⁹² LERMAN, Celia. Las disposiciones generales de Derecho Internacional Privado en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la nación: Comentarios sobre su continuidad, concisión y consenso. En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 13, agosto 2012; RAPALLINI, Liliana Etel. “El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, Colegio de Abogados de La Plata, 2016, p. 20; MENICOCCHI, Alejandro Aldo. Op.

En ese contexto, en la discusión del nuevo Código Civil y Comercial unificado (que derogase al de Dalmacio Vélez Sarsfield, en vigor desde 1871), que se aprobare mediante la ley N° 26.994 -publicada en el Boletín Oficial 8 de octubre de 2014, y en vigor, a contar del 1 de agosto de 2015- se incorporó un Título IV en su Libro Sexto, que abordó la materia de nuestro estudio, recogiendo, al efecto, el legado de diferentes autores y proyectos encaminados hacia este objetivo, tanto internos trasandinos -como el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, de 2003-, como también instrumentos internacionales y de Derecho comparado¹⁹³.

En particular, les correspondió un papel activo en la comisión encargada de confeccionar y afinar el texto definitivo de Derecho Internacional Privado a los profesores señores Adriana Dreyzin de Klor, María Elsa Uzal, María Susana Najurieta, y Marcelo Iñiguez.

Ahora bien, la empresa argentina fue más amplia que la paraguaya, pues no se limitó (en lo que a Derecho Internacional Privado se refiere) a la regulación de la ley aplicable a los contratos internacionales, sino que también comprendió normativa respecto a tribunal competente, y otros asuntos del ámbito especial de esta disciplina, como matrimonio, adopción, responsabilidad extracontractual, entre otras materias, asuntos que exceden el área de este trabajo, y que muy probablemente, más pronto que tarde, comenzarán a exponerse y discutirse en la región.

2. Contrato internacional

Para entender cuándo estamos ante un contrato internacional, el artículo 2° de la LPDAC nos llama a hacer una aplicación amplia de este término¹⁹⁴, excluyendo de esa categoría sólo a aquel convenio en que todos los elementos relevantes estén vinculados exclusivamente con un Estado¹⁹⁵.

El Código argentino, en cambio, no hace siquiera un intento de conceptualización de esta figura¹⁹⁶, dada la falta de consenso entre los operadores de esta rama, sobre los elementos que debiese comprender esa definición¹⁹⁷. Silencio, que de todas formas, a nuestro entender, no suponen un vacío grave.

3. Pacto *electio iuris*

3.1. Regla Básica

El artículo 4° de LPDAC -siguiendo los Principios de La Haya y la Convención de México de 1994¹⁹⁸ y, en general, la doctrina predominante en esta rama del conocimiento- admite, de manera

Cit., p. 223.

¹⁹³ BOTTIGLIERI, María Gloria. Op. Cit., pp. 648-650; MENICOCCHI, Alejandro Aldo. Op. Cit., p. 193; IÑIGUEZ, Marcelo, en HERRERA, M., CAMELO, G., y PICASSO, S. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo VI, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2° edición, 2016, Buenos Aires, p. 319.

¹⁹⁴ URONDO DE MARTINOLI, Amalia. Consolidación del principio de la autonomía de la voluntad. En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXIII, 2014, p. 76.

¹⁹⁵ Sobre esta materia y reconociendo la autonomía de voluntad como principio rector, el profesor Ramírez Necochea admite incluso la remisión de un contrato interno a un Derecho foráneo, aun cuando no tuviese ningún elemento extranjero relevante, dado que señala que, resguardando el orden público atingente y siempre que no se incurra en una conducta que importe fraude a la ley, las partes bien, en ejercicio de tal autonomía, pueden transcribir las normas de un ordenamiento extranjero, por lo que no resulta lógico que se excluya de plano la posibilidad de que incluso en un contrato "nacional" se efectúe tal "entrega" a un Derecho externo (ver RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Op. Cit. pp. 283-287). A una misma solución se llega en España, admitiendo la remisión a un Derecho extranjero, aun cuando se trate de un contrato puramente interno o doméstico, a través de la incorporación por referencia, que en fondo incide en el régimen dispositivo con el que cuentan las partes en virtud de la autonomía de la voluntad en su faz material (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters- Civitas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 332).

¹⁹⁶ URONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., p. 78.

¹⁹⁷ MENDOZA PEÑA, Alfredo. Los contratos internacionales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en RAPALLINI, Liliana Etel. "El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Colegio de Abogados de La Plata, 2016, p. 222.

¹⁹⁸ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...) Op. Cit. pp. 141-142.

bastante amplia y enfática, la libertad de elección de ley, indicando que las convenciones se regirán por el Derecho elegido por las partes, ya sea de modo expreso o tácito. En este último caso, tal opción deberá desprenderse claramente de las disposiciones del contrato o de sus circunstancias.

De modo claro, también, el Derecho argentino reconoce esta posibilidad¹⁹⁹ al indicar, en el artículo 2651 de su Código Civil y Comercial, que los contratos se rigen por el Derecho elegido por las partes, en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones, plasmando así un criterio ya reconocido, antes de esta modificación, por la doctrina y jurisprudencia de ese país²⁰⁰, no obstante que, del tenor de la normativa positiva previa, dicha facultad parecía tener un alcance restringido²⁰¹.

En relación con este asunto, como premisa general, estimamos adecuado señalar que se ha constatado, de modo creciente, tanto a nivel de normas nacionales, convencionales e institucionales, de las más variadas regiones, el reconocimiento del poder de los particulares para autorregularse en el plano de los contratos²⁰², y fue esa la tendencia que han seguido el Paraguay y la Argentina²⁰³.

3.2. *Momento en que debe escogerse el Derecho aplicable*

Continuando con un criterio flexible, en el N° 3 de ese mismo artículo 4° de la LPDAC -recogiendo lo establecido en los Principios de La Haya y la Convención de México de 1994²⁰⁴- se expresa que la elección puede realizarse o modificarse “en cualquier momento”, advirtiendo, con todo, que una alteración practicada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.

Del mismo modo, en términos análogos, la letra a) del enunciado artículo 2651 del Código en análisis previene que en cualquier momento las partes pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de ese ordenamiento.

Asimismo, de modo equivalente a lo que ocurre en el Paraguay, se advierte que tal modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros.

Como puede apreciarse las normas de ambos países son muy similares, puesto que si bien se admite la posibilidad de mudar el Derecho rector del contrato, en ambas se protegen a los terceros ante los cambios y se procura dar aplicación al principio de conservación de los actos.

3.3. *Necesidad de vínculo efectivo del contrato para remitirse a un Derecho dado.*

El N° 4 del artículo 4° de la LPDAC -siguiendo los Principios de La Haya y la Convención de México de 1994²⁰⁵- otorga también un amplio margen de libertad respecto al ordenamiento jurídico que puedan escoger los celebrantes, puesto que ellos podrán elegir el Derecho que les plazca, aun cuando aquél no tenga un vínculo efectivo con el contrato que se convenga.

¹⁹⁹ Además del tenor de la norma enunciada esta predilección por reconocer como principal factor decisivo a la autonomía conflictual aparece en la exposición de motivos de ese cuerpo orgánico, en que se indica que “...en los países que desarrollan una vasta dinámica en el comercio internacional, la autonomía de la voluntad es admitida en su más amplio despliegue”.

²⁰⁰ IUD, Carolina Daniela. Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial argentino 2014. En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXIV, 2015, p. 199; ALBORNOZ, María Mercedes. El Derecho (...) Op. Cit., pp. 645-646 .

²⁰¹ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., p. 79.

²⁰² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado. En FERNÁNDEZ ARROYO, D. (Coord.) *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia Editor, 2003, Buenos Aires, pp. 79-81; ALBORNOZ, María Mercedes. El Derecho (...) Op. Cit., p. 632.

²⁰³ RAPALLINI, Liliana Etel. Op. Cit., p. 76; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., pp. 75-93; IUD, Carolina Daniela. Op. Cit., p. 229; IÑIGUEZ, Marcelo. Op. Cit., p. 419.

²⁰⁴ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., pp. 147-148.

²⁰⁵ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., pp. 149-150.

Por su parte, si bien la normativa trasandina no se refiere expresamente a esta materia, es pertinente traer a colación, sobre este punto, el inciso segundo del artículo 2597 de su Código Civil y Comercial, que exige de la exigencia de algún vínculo (objetivo) con el contrato, en el evento en que las partes hayan elegido un Derecho puntual. En tal caso, el magistrado no podrá desatender la opción acordada por los contratantes, aun cuando, objetivamente el convenio de que se trate presentare vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico.

A su turno, lo prescrito en el artículo 2651 (que se verá en su momento) ha permitido concluir a la doctrina de ese país que se “reconoce a los contratantes la facultad de elegir cualquier ley, esté o no vinculada al contrato, cuyas disposiciones se ajusten mejor a sus intereses materiales, excluyendo aquella que de otra forma resultaría aplicable”²⁰⁶.

3.4. *Fraccionamiento del Derecho a aplicar*

En lo que a esta materia atañe -siguiendo las pautas de los Principios de La Haya y de la Convención de México de 1994²⁰⁷- el artículo 4° N° 2 de la LPDAC admite lo que se denomina *dépeçage*, desmembramiento o fraccionamiento normativo, al decirnos que las “partes pueden elegir: a) El derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato”, lo que es corroborado al afirmar que aquellas podrán seleccionar también “Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles”.

Del mismo modo, el artículo 2651 del Código trasandino en análisis señala que la elección de Derecho a regir la convención puede referirse a la totalidad o a partes del contrato, admitiendo entonces la figura en cuestión²⁰⁸, sin plantear de manera positiva la exigencia de que tales partes sean claramente distinguibles, como sanciona la normativa guaraní recientemente enunciada²⁰⁹, no obstante lo cual, resulta evidente que los contratantes deberán procurar, por motivos de lógica y coherencia²¹⁰, que aquellos fraccionamientos no conduzcan a resultados contradictorios.

Relacionado con este punto, es del caso hacer presente que la letra c) del artículo 2595 del ordenamiento recién referido -siguiendo las pautas dadas, al efecto, por la Convención de CIDIP II, de 1979- dispone que si diversos Derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos Derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos, ordenando que el juez lleve a cabo esa labor en el caso concreto.

Del tenor de esta norma se ha advertido que tales “adaptaciones” practicadas a objeto de armonizar las legislaciones concurrentes, deben efectuarse sin alterar sustancialmente los principios esenciales de los ordenamientos en cuestión²¹¹.

3.5. *El Derecho elegido puede comprender normas no estatales*

El artículo 5° de la LPDAC -a la par de lo previsto en los Principios de La Haya y la Convención de México de 1994²¹²- reconoce una concepción amplia del Derecho susceptible de ser escogido por las partes, admitiendo en su seno no sólo al Derecho positivo “formal”, al establecer que “la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas²¹³ como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. Tal preceptiva debe relacionarse con lo prescrito en

²⁰⁶ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., p. 81.

²⁰⁷ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., p. 146.

²⁰⁸ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., p. 81.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 85.

²¹⁰ IUD, Carolina Daniela. Op. Cit., p. 207.

²¹¹ LERMAN, Celia. Op. Cit.

²¹² MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...), pp. 150-158.

²¹³ Refiriéndose al uso de estos términos, el autor de la ley paraguaya en estudio nos señala que el objeto que se busca con tal nomenclatura es excluir el empleo de categorías vagas o inciertas como normas de Derecho (*Ibid.*, p. 155).

su artículo 12, que fija, de modo transversal, 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 comparado²¹⁴, con la finalidad de materializar las exigencias propias de la equidad en el caso concreto.

Sobre el particular, en Argentina, debe tenerse presente, en primer término, que el artículo 1º de su nuevo Código Civil y Comercial, inserto dentro de su Título Preliminar, señala que los “usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Luego, ya dentro de la preceptiva propia del Derecho Internacional Privado, y en específico en la sección de Contratos, del Capítulo 3, de su Título IV, del Libro sexto, expresa en la letra d) del artículo 2651 que los usos y prácticas “comerciales generalmente aceptados”²¹⁵, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato.

Al respecto Uriondo²¹⁶ y también Iud²¹⁷ han advertido que, aun cuando el artículo 2651 ha empleado indistintamente el vocablo ley y “derecho”, siendo este último más amplio, pues en su seno cabrían no sólo las normas positivas estatales, sino que también los usos y costumbres mercantiles, como la *lex mercatoria*, dado el tenor literal de la letra d) reseñada, que exige su incorporación al contrato, las partes no estarían habilitadas para efectuar una remisión o referencia general, como Derecho rector del contrato, a las reglas creadas al margen de los sistemas estatales.

Ahora bien, lo curioso es que el artículo 2652 prescribe que en defecto de elección por las partes del Derecho aplicable, el contrato se regirá por las leyes y “usos” del país del lugar de cumplimiento, acudiendo en el silencio de los contratantes a esta fuente informal.

A raíz de lo dicho, a nuestro juicio, la postura que el Código trasandino adopta respecto al Derecho es algo ambigua, puesto, que si bien, de manera general, lo admite, luego exige que las partes lo incorporen materialmente, sin parecer dar cabida a una remisión o referencia general, no obstante lo cual, luego ante el silencio de las partes hace un llamado a atender a él, a pesar que en tal supuesto, evidentemente, no estará “incorporado” al contrato, por lo que su alcance puede hacerse aún más difuso y conducir a resultados no queridos ni sospechados por los contratantes.

Como puede apreciarse, en este punto las legislaciones en análisis presentan una diferencia, dado que mientras en Paraguay se admite la remisión al Derecho no estatal, en Argentina, tal posibilidad, no resultaría -en principio- practicable.

²¹⁴ En lo que dice relación con esta temática, nos encontramos con una diferencia relevante con el marco normativo dado por el Reglamento Roma I, en atención a que en los países regidos por ese instrumento comunitario, sólo se admite la remisión a una “ley” de origen estatal, excluyendo la posibilidad que las partes puedan entregar su contrato a reglas que carezcan de ese carácter, a menos que lo hagan mediante incorporación por referencia, esto es transcribiendo las normas, reglas, usos o costumbres pertinentes en el convenio mismo (ver GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime. Unificación (...). Op. Cit., pp. 317-318; ESPLUGUES MOTA, Carlos. Op. Cit., p. 496; MADRID MARTÍNEZ, Claudia. Notas sobre la *lex mercatoria* entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos. En CEDEP. *Derecho Internacional Privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, 2013, pp. 343-348). En Europa se ha hecho una defensa de haber adoptado ese camino, lo que no es “ningún capricho ni ningún homenaje a la Soberanía estatal” (ver CALVO CARAVACA, A. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Derecho Internacional privado, vol. II, décimo cuarta edición, 2013/14, Comares, pp. 713-720), ya que los “otros materiales normativos o pseudo-jurídicos”, no brindarían fuerza vinculante a tales convenios ante los tribunales y no pasarían a ser más que un acuerdo de caballeros, y además, porque, a juicio de estos autores, sólo “una Ley estatal constituye un sistema jurídico completo, de calidad, que puede integrar las lagunas del contrato, proporcionando los criterios de interpretación del mismo y fijar los límites a los que han de sujetarse las partes”.

²¹⁵ Se critica también el empleo de estos adjetivos de generalmente aceptados, puesto que no se precisa de quién debe venir esa aceptación, indicando que no resulta lógico que si las partes, en ejercicio de su autonomía conflictual quisieren quedar normados por unas prácticas particulares, el tenor de esta norma podría limitar su elección, aún pese a la incorporación que efectúen (IUD, Carolina Daniela. Op. Cit., p. 212), razonamiento que compartimos.

²¹⁶ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., pp. 87-90.

²¹⁷ IUD, Carolina Daniela. Op. Cit., pp. 208-209.

3.6. *Manifestación expresa o tácita de la voluntad al decidir el Derecho aplicable*

La selección del Derecho rector del contrato, de acuerdo con el artículo 6° de la LPDAC -en armonía con lo fijado por los Principios de La Haya y la Convención de México de 1994²¹⁸- puede ser efectuada de manera expresa o tácita. En este último caso debe desprenderse claramente de las disposiciones del contrato o de sus circunstancias, previniendo luego, que la elección de foro (ya sea a un tribunal judicial o arbitral) no equivale necesariamente a la elección de Derecho regulador de las relaciones jurídicas.

En tanto, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial argentino dispone que la elección de ley puede ser expresa o resultar “de manera cierta y evidente”²¹⁹ de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, contemplando, también, en la letra g) de este precepto que la elección del juez no supone la elección del Derecho del foro.

Como se dijo, aquella elección, puede ser expresa o “resultar”²²⁰ de manera cierta y evidente (tácita) de los términos del contrato (no implícita o hipotética) o de las circunstancias del caso²²¹, y a su vez, dicha opción puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

Sobre esta materia, del tenor de lo preceptuado, una autora del país de que se trata ha dicho que no “constituye elección tácita del derecho aplicable la conducta errática de las partes en los que se refiere a la elección del derecho aplicable ni queda configurada tampoco en situación de rebeldía del demandado”²²².

Luego, también nos parece oportuno destacar que si bien ambos ordenamientos, señalan que la determinación pactada del tribunal no implicará necesariamente que el contrato quede regido por ese Derecho del foro, es incuestionable que tal elección sí es un factor que debe tomarse en cuenta al analizar la voluntad tácita, dado que este elemento servirá para ponderar con qué regulación el convenio de la especie presenta los vínculos más estrechos²²³.

3.7. *Consensualismo en la elección del Derecho aplicable*

El artículo 7° de la LPDAC -“copiado” de los Principios de La Haya²²⁴- preceptúa que la elección de Derecho no está sujeta a condición alguna en cuanto a forma, a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario, en virtud de lo cual aquella podrá expresarse por medios postales, electrónicos o también verbales, a no ser que los celebrantes hubieren establecido una forma particular de cómo debe manifestarse.

Relacionando esta materia, con lo ya dicho respecto a la manifestación tácita de la voluntad de las partes, prevista en el artículo 2651 del Código Civil y Comercial argentino, desprendemos que en ese país también rige la regla del consensualismo, habida cuenta del tenor de que no se exige formalidad

²¹⁸ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., pp. 159-161.

²¹⁹ No obstante algunos autores han reparado que en este ámbito no se haya empleado la nomenclatura “inequívoca” que se utiliza en el Reglamento Roma I, compartimos el razonamiento de Iud, que concluye que con los términos a los cuales acudió el legislador argentino se puede llegar al mismo resultado (IUD, Carolina Daniela. Op. Cit., p. 202).

²²⁰ El empleo de la voz “resultar” ha sido entendido como el corolario de un proceso de indagación que pondere todos los elementos del contrato y del caso, así luego de un método lógico inductivo o hipotético deductivo se pueda arribar a ese resultado (URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., p. 83).

²²¹ Cabe comentar que hay autores de ese país que han criticado que no se mencionen algunos elementos que ilustren cuáles serían esas circunstancias del caso del cual se desprenderá la elección tácita, atendidos algunos fallos de tribunales que empleando este mecanismo habrían llegado a soluciones que dejaron perplejos a los operadores (MENICOCCI, Alejandro Aldo. Op. Cit., p. 213). Como puede deducirse fácilmente, el que esa alternativa deje un abanico amplio de posibilidades sin singularizarla opera sobre cierta confianza en el recto criterio con el que se presume resolverán los juzgadores.

²²² IUD, Carolina Daniela. Op. Cit., p. 205.

²²³ IÑIGUEZ, Marcelo. Op. Cit., p. 420.

²²⁴ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., pp. 151-152.

alguna para tal expresar el consentimiento, a menos, desde luego, que las partes así lo hubieren pactado.

3.8. *Análisis general de la posibilidad de elegir el Derecho aplicable*

Como puede apreciarse, las normas contempladas por la LPDAC y también el Código Civil y Comercial argentino, le confieren un poder incuestionable a la autonomía de la voluntad en esta materia, con la salvedad parcial vista, en el segundo caso, respecto de la posibilidad de remitirse directamente a normas no estatales.

Ahora bien, es menester hacer presente, que la preeminencia de la autonomía conflictual ya estaba reconocida de manera previa por la doctrina mayoritaria de estos países²²⁵, no obstante carecer, con anterioridad, de instrumentos positivos tan categóricos como los que hemos tenido la oportunidad de exponer, lo que llevaba a sostener a un sector minoritario que, habida cuenta de las palabras empleadas en el Código Civil guaraní, el de Vélez Sarsfield y en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil, no resultaba viable admitir esta libertad²²⁶.

A modo de corolario en lo que este punto atañe, por nuestra parte podemos indicar que el reconocimiento positivo a la autonomía conflictual está en la línea de la tendencia actual de ordenar las normas de conflicto mediante un sistema coherente, que reconozca mayor espacio a la autonomía de la voluntad, especialmente en cuanto elección de ley²²⁷.

4. Reenvío

Otra materia que contempla el artículo 10 de la LPDAC -en armonía con el criterio de los Principios de La Haya y la Convención de México de 1994²²⁸- es la exclusión del reenvío -entendido aquél como el “conflicto negativo de legislaciones, que se declaran sucesivamente incompetentes para resolver un problema que tenga elementos internacionales, dando competencia para ello a otra legislación”²²⁹, a menos que las partes expresamente hayan convenido que la remisión a un Derecho comprende también sus normas de conflicto.

En la Argentina, en tanto, el artículo 2596 de su Código Civil distingue, si los contratantes han elegido el Derecho aplicable, en cuyo caso, según su inciso segundo, se entiende aplicable el Derecho “interno” del Estado al cual se remitieron (a menos que expresamente tales partes hubieren hecho alusión a la totalidad del ordenamiento jurídico seleccionado, lo que incluiría a sus normas de conflicto y por ende admitiría el reenvío), del caso en que ante su silencio, aplicando las reglas de conflicto pertinentes, resulte rector un Derecho dado, en cuyo caso, corresponderá atender también a las normas de Derecho Internacional Privado de ese país, recogiendo de este modo “parcialmente el reenvío”²³⁰.

Tal preceptiva guarda armonía con lo dicho por la letra b) del artículo 2651, que señala que las partes pueden escoger el Derecho aplicable en forma total o parcial al contrato que celebran, y elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el “Derecho interno”²³¹ de ese país, con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario.

²²⁵ SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho Internacional Privado*, reedición, Intercontinental Editora, Asunción, 2005, p. 274.

²²⁶ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Autonomía de la Voluntad (en Informe Paraguay) En PIZARRO WILSON, Carlos (Coord.) *El Derecho de los contratos en Latinoamérica*, Ediciones Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, pp. 383-384; ALBORNOZ, María Mercedes. *El Derecho (...)* Op. Cit., pp. 646-648.

²²⁷ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Op. Cit., p. 50.

²²⁸ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., pp. 165-166.

²²⁹ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Op. Cit., p. 135.

²³⁰ BOTTIGLIERI, María Gloria. Op. Cit., p. 654.

²³¹ Se ha criticado el empleo de la voz “derecho interno”, pues este término no incluiría el derecho de fuente convencional, y se limitaría al Derecho positivo local, lo que podría generar dudas interpretativas en su aplicación (MENICOCCHI, Alejandro Aldo. Op. Cit., p. 213). Esta crítica bien podría salvarse, si entendemos que una vez que en este caso Argentina,

La admisión, en general de esta figura, tan propia del estudio del Derecho Internacional Privado, ha sido criticada en duros términos por los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo²³², que sobre el particular, han dicho que ella constituye una técnica formalista, que apenas encuentra justificación en la comodidad o interés de facilitar la aplicación preferente de la ley del foro, no obstante con ella se traicione el propio sentido de las normas de conflicto, por lo que esperan desaparezca del sistema, lo antes posible.

En coherencia con estas ideas, en lo que a Argentina se refiere, un sector de la doctrina de ese país ha criticado la admisión del reenvío, aunque se haya configurado de un modo “residual”, atendidos, los diversos inconvenientes que genera su aplicación²³³.

Sobre este punto, nuevamente encontramos una leve diferencia entre la normativa paraguaya y argentina, puesto que mientras la primera rechaza de plano el reenvío (no obstante que convencionalmente las partes sí podrían admitirlo), la segunda admite que se emplee este mecanismo ante el silencio de los contratantes.

5. Falta de acuerdo o convenio ineficaz sobre el particular

Según el artículo 11 de la LPDAC -que en este punto siguió el criterio de la Convención de México de 1994²³⁴-, en defecto de acuerdo de las partes, o si la elección resultare ineficaz, el contrato de que se trate se deberá regir por el Derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos, y para tal fin se instruye al tribunal a tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan de él²³⁵.

una vez que ratifica un instrumento internacional, lo incorpora a su ordenamiento interno, y por lo demás, porque es otro el enfoque, en concreto de exclusión de las normas de conflicto, el que se buscó dar, el cual se desprende de la lectura de la disposición.

²³² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 9 ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 133.

²³³ RAPALLINI, Liliana Eitel. Op. Cit., pp. 30-31; LERMAN, Celia. Op. Cit.

²³⁴ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., pp. 165-166.

RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Op. Cit., p. 166.

²³⁵ En lo que atañe a esta materia, en Europa, antes de atender a los vínculos más estrechos del contrato el hoy vigente Reglamento Roma I estableció la figura de la “prestación característica” de modo preeminente (ver DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. *Contratación Internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea*. En: VÁSQUEZ PALMA, M.F.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Derecho Mercantil Internacional. La unificación del Derecho Privado*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 99-112; GALLEGOS ZÚNIGA, Jaime. *Unificación (...)*. Op. Cit., pp. 315-316; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Op. Cit., pp. 333-339.

A grandes rasgos, podemos decir que la “prestación característica” es aquella por la cual es debido el pago, así por ejemplo, en una compraventa sería la prestación característica la del vendedor, y en el arrendamiento la del arrendador.

Sobre este particular, a juicio de un reconocido académico español, el emplear esta técnica “permite localizar al contrato atendiendo a los elementos internos que reflejan la esencia de la relación contractual y son determinantes de la categoría a la que el contrato pertenece” (DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. Op. Cit., p. 100).

En mérito de lo dicho, para determinar qué Derecho aplicar (ante el silencio o ineficacia del acuerdo de las partes), en primer término será necesario atender a si el contrato en cuestión es uno de aquellos que tienen normas especiales en ese texto normativo, si así no fuere, luego cabría analizar la “prestación característica” y detectada ella, aplicar entonces el Derecho del lugar de residencia habitual de quien debe satisfacerla, y sólo en su defecto, se admite que el juez pueda ponderar cuál es el Derecho que presenta vínculos más estrechos con el contrato.

Ahora bien, esta secuencia de reglas cuenta con una cláusula de excepción en el artículo 4.3, pues, en defecto de la elección por las partes, si del conjunto de las circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto al que se llega por las normas pautas antedichas, tal convenio se regirá por aquél derecho con el cual tenga mayor proximidad (CALVO CARAVACA, A. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional privado*, vol. II, décimo cuarta edición, 2013/14, Comares, p. 704).

No obstante lo recién enunciado, la adopción de este modelo en Europa, ha generado -según nos advierte el autor de la LPDAC (MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., pp. 169-171) - supuestos de compleja aplicación, que ha llevado a un verdadero “laberinto” a los operadores que deben emplear aquellas reglas en los casos concretos (por ejemplo en el caso de la permuta, donde no es claro quién debe efectuar la prestación característica), en razón de lo cual, el redactor de la ley paraguaya estimó más adecuado dar un margen más amplio al tribunal a fin de descifrar con qué Derecho la convención de que se trate presenta vínculos más estrechos, sin sujetarle a una figura, como la de la prestación característica.

Ahora bien, como contrapunto, refiriéndose a la Convención de México de 1994, que reconoce el mismo criterio que se

En la Argentina, en primer término, con arreglo a lo establecido en el artículo 2652, si el Derecho no fue elegido por las partes, el contrato en cuestión deberá regirse por las leyes y usos del lugar de cumplimiento²³⁶ (acudiendo de este modo, en principio, a la escuela estatutaria italiana)²³⁷, y si aquél no estuviere designado o no surgiere de la naturaleza del contrato, se entenderá por tal el domicilio actual del deudor a cuyo cargo se encuentra la “prestación más característica”²³⁸; luego, si aún así no pudiera determinarse así el ordenamiento rector, se aplicará la ley del lugar de celebración.

Como puede apreciarse, para determinar el Derecho a aplicar el legislador argentino acudió, dentro de una secuencia de pautas, a la figura de la “prestación característica” empleada en Europa²³⁹, desestimando, al menos en primer término, criterios más flexibles, como los que siguió el legislador guaraní.

Ahora bien, no obstante la prelación de reglas consignadas en Argentina para suplir el silencio de los contratantes, es necesario hacer presente que, como manifestación del reconocimiento al principio de proximidad, de acuerdo con el artículo 2597, en relación con el 2653 (titulados ambos como “Cláusula de excepción”) se permite al magistrado, que aun cuando, por “aplicación de una norma de conflicto” resulte aplicable un ordenamiento jurídico dado, -en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso-, sustraerse de tal Derecho, y aplique el ordenamiento con que el cual el contrato de la especie presente “vínculos muy estrechos”²⁴⁰, cuya injerencia resulte previsible y bajo cuyas reglas la relación se haya establecido válidamente²⁴¹.

Sobre el tenor de esta preceptiva, se ha dicho que ésta es una válvula de escape, que permite arribar a situaciones justas²⁴².

Con todo, es menester tener en cuenta que tal regla “no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”, lo cual se ha entendido como una absoluta preeminencia a la voluntad de las partes en la determinación de la ley aplicable al caso *ius privatista*²⁴³.

Ahora bien, es menester advertir que un sector de la doctrina trasandina parece ser partidario de criterios más rígidos, que confieran menos atribuciones al juzgador, planteando que hubiere sido adecuado que se le brindasen, de modo ilustrativo, pautas puntuales al juez para determinar con qué Derecho el contrato presenta vínculos más estrechos²⁴⁴.

En cierta medida, siguiendo esta línea, uno de los académicos que participó en el grupo redactor de la normativa de Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial²⁴⁵ ha hecho

estableció en la legislación paraguaya, se ha señalado que el no precisar una regla del tipo de la prestación característica, conlleva a una mayor incertidumbre para las partes, respecto a la decisión que en definitiva vaya a adoptar el tribunal encargado de conocer la controversia (DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. Op. Cit., pp. 113-115)

²³⁶ Esta redacción ha llevado a entender que si bien, con arreglo a lo dicho por el artículo 2651, las partes no podría hacer una remisión, como ley del contrato, a normas no estatales, en caso de silencio de ellas en este punto, o en el evento en que tal acuerdo fuere eficaz, el juez, sí debiese por las leyes y “los usos” del lugar de cumplimiento, lo que no deja de ser extraño, y en cierta medida contradictorio (URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., p. 89).

²³⁷ IÑIGUEZ, Marcelo. Op. Cit., p. 421.

²³⁸ Siguiendo de este modo la figura que para este fin se emplea en Europa, tanto en la entonces Convención de Roma, de 1980, como hoy con el Reglamento Roma I.

²³⁹ IÑIGUEZ, Marcelo. Op. Cit., p. 421.

²⁴⁰ Para lo cual será necesario que se atiendan a los vínculos jurídicos y económicos que mantiene el contrato de que se trate.

²⁴¹ A través de una disposición de este tenor, se ha sostenido -no obstante los múltiples reparos terminológicos y semánticos que se le formulan- que se permite evitar las “acrobacias de la jurisprudencia” para llegar a una solución justa al caso concreto, lo que importa una verdadera revolución en el Derecho positivo argentino, ya que a través de este precepto se abandona el sistema de conexiones rígidas, hasta entonces vigente en ese país, ampliando el marco de la discrecionalidad judicial (MENICOCCHI, Alejandro Aldo. Op. Cit., pp. 200-201)

²⁴² LERMAN, Celia. Op. Cit.

²⁴³ BOTTIGLIERI, María Gloria. Op. Cit., p. 654.

²⁴⁴ LERMAN, Celia. Op. Cit.

²⁴⁵ IÑIGUEZ, Marcelo. Op. Cit., p. 422.

hincapié en que dado el carácter de excepción de esta regla que habilita desatender los restantes criterios para llegar a la preceptiva con la cual cuenta con vínculos más estrechos, es necesario para su aplicación, que concurran una serie de requisitos, como son que lo solicite una de las partes, y también que el contrato presente elementos subjetivos y objetivos que denoten aquellos vínculos con otro ordenamiento, distinto al resultante del juego de las normas de conflicto.

Atendido lo señalado, si bien en primer término, pareciera que el sistema paraguayo y argentino siguieran caminos distintos ante la ineficacia de lo convenio o el silencio de las partes, no obstante las reglas intermedias fijadas por el legislador rioplatense (a las cuales debe dárseles supremacía), supletoriamente, ambos ordenamientos coinciden con acudir al criterio de “los vínculos más estrechos” para zanjar el Derecho rector, entregando un margen de ponderación flexible a los juzgadores.

7. Límites a la autonomía de la voluntad

El artículo 17 N° 1 de la LPDAC limita la aplicación del Derecho foráneo en el Paraguay, al indicar 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”.

Asimismo, el N° 2 de ese mismo precepto -recogiendo criterios de los Principios de La Haya y de la Convención de México de 1994²⁴⁶- habilita al juez para tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso, teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación.

Ahora bien, no obstante las prevenciones recientemente descritas, el N° 3 del artículo 17 de la ley en estudio, acota la aplicación de las reglas de orden público, como limitantes de la autonomía de la voluntad, en tanto que previene que el juez podrá excluir la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes solamente en la medida que el resultado de su aplicación sea “manifiestamente” incompatible con el orden público.

A su turno, el Código Civil y Comercial trasandino, en su artículo 2599 aborda el límite a la referida autonomía, al disponer que las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del Derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del Derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.

Asimismo, agrega, que cuando resulte aplicable un Derecho extranjero también resultarán aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exijan podrán reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presenten vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

Luego, el artículo 2600, preceptúa que las disposiciones de Derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conduzcan a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

Relacionados con las normas generales ya enunciados, en la regulación puntual de los contratos, la letra e) del artículo 2651 previene que los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del Derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, “en principio”²⁴⁷, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso.

²⁴⁶ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva Ley (...). Op. Cit., p. 186.

²⁴⁷ Se ha criticado el empleo de la voz “en principio” pues no pareciere aclarar a qué se refiere, ya que bien podría entenderse como algo excepcional, o bien como una atribución facultativa que se conferiría al juzgador, lo que no colaboraría que la necesaria certeza respecto a las normas del contrato en cuestión (IUD, Carolina Daniela. Op. Cit., p. 215).

Con todo, es pertinente también mencionar que la letra c) del artículo 2651 permite a las partes establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, “crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido”.

Respecto a las limitantes referidas, es pertinente destacar que el legislador trasandino al mencionar el orden público alude a “los principios fundamentales de orden público que inspiran su ordenamiento”, lo que acota su espectro, no obstante lo cual, algunos académicos de ese país han criticado la falta de un adjetivo del tipo “manifiesto” “relevante” o “trascendental” para remarcar tal incompatibilidad o contravención de la norma extranjera respecto a aquél, lo que brindaría un margen de discrecionalidad muy amplio al juzgador²⁴⁸, observación que, en lo personal, no compartimos, pues creemos que la redacción dada, es por sí misma elocuente, respecto a la intención de mermar el empleo recurrente o indiscriminado del factor orden público para excluir un Derecho foráneo aplicable al caso que se trate.

Por otra parte, cabe también mencionar que en el artículo 2598 se incorpora la noción de fraude a la ley²⁴⁹, que si bien, busca moralizar las conductas, al no suministrar los elementos para su configuración, especialmente en lo que atañe a la intención fraudulenta, ni con precisar el efecto que se produce una vez constatado, ha sido criticado por un sector de la doctrina²⁵⁰ de ese país, mientras que otras lo elogian²⁵¹.

Relacionado con esto último, en particular, la letra f) del artículo 2651 señala que los contratos celebrados en Argentina para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso, no tienen efecto alguno, con lo cual, se busca evitar -indirectamente- el forum shopping²⁵².

Como puede verse, con los matices, de una preceptiva más extensa -que es de advertir, puede ocasionar más problemas interpretativos por parte de los operadores, o viceversa- frente a otra más sucinta, la regulación brindada en esta materia por Argentina y Paraguay, no difieren en la esencia.

III. Conclusiones

La unificación de instrumentos, y en particular la claridad en la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales constituye un elemento fundamental para las certezas de las operaciones internacionales, más aún en un mercado común -como busca ser Mercosur- si se quiere que éste sea sólido y efectivamente integrado²⁵³, y a nuestro juicio, ese objetivo debería perseguirse sin miramientos²⁵⁴.

Efectuada esa premisa, es necesario recordar que no existe un instrumento a nivel del bloque (como sí ocurre en materia de tribunal competente con los Protocolos de Buenos Aires y de Santa María) en materia de Derecho aplicable, lo que resulta de suyo complejo, atendido, a mayor abundamiento, que los demás integrantes de Mercosur tampoco tienen un panorama claro en este punto, dado

²⁴⁸ BOTTIGLIERI, María Gloria. Op. Cit., p. 656; LERMAN, Celia. Op. Cit.

²⁴⁹ Tal precepto nos dice “Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”.

²⁵⁰ BOTTIGLIERI, María Gloria. Op. Cit., pp. 654-655; MENICOCCHI, Alejandro Aldo. Op. Cit., pp. 203-204.

²⁵¹ LERMAN, Celia. Op. Cit.

²⁵² IÑIGUEZ, Marcelo. Op. Cit., p. 420.

²⁵³ PENADÉS FONTS, M. La fisura de Roma I y los intereses nacionales. En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, 2012, p. 244.

²⁵⁴ ALBORNOZ, María Mercedes. El Derecho (...) Op. Cit., pp. 665-666; RODRÍGUEZ, Mónica Sofía. *La imperiosa necesidad de lograr la armonización legislativa en materia de derecho aplicable al contrato internacional en el MERCOSUR*, Proyecto de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2012, p. 40.

que en Brasil²⁵⁵ y en el Uruguay²⁵⁶, incluso se discute la posibilidad de reconocer que las partes puedan libremente elegir el Derecho que regirá los contratos internacionales que celebren, lo que dificulta la certidumbre en las transacciones que se efectúen al interior de este espacio “en vías” de ser integrado²⁵⁷.

Por otra parte, si bien un notable catedrático ibérico²⁵⁸ ha hecho presente que las leyes nacionales por sí mismas suelen ser inadecuadas para resolver conflictos internacionales, motivo por el cual se ha abogado por armonización y unificación jurídica entre los diferentes Estados, a través de instrumentos supra o multinacionales, como por ejemplo, el Reglamento Roma I, que rige espacio común europeo, puesto que, en definitiva, resultan más eficiente que cada uno de sus Estados se dé sus propias normas de Derecho Internacional Privado, no puede desconocerse que en América Latina los esfuerzos multilaterales desde ya hace mucho tiempo, en este ámbito, no rinden los frutos esperados²⁵⁹ y a nivel de Mercosur tampoco se ha avanzado en este punto.

Felizmente, como ha tenido ocasión de describirse son mayores los puntos de convergencia entre la noveles regulaciones paraguaya y argentina, y entre ellas se presentan diferencias sólo en algunos ámbitos que se han podido exponer -como son la admisión de la referencia a normas no estatales, la admisión del reenvío y el trato que se dé ante el acuerdo ineficaz o silencio de las partes-, que a nuestro entender, no resultan inconciliables, lo que nos permite aseverar que, no obstante las leyes reseñadas se emprendieron en procesos independientes y en paralelo, ambas han llevado a una armonización de la normativa de Derecho Internacional Privado, en cuanto a Derecho aplicable, en el río de la Plata, la cual recoge, muy de cerca, los postulados presentes en los más progresistas instrumentos internacionales, lo que es digno de elogio, ya que les brinda un matiz universalista, replicable en otros países de la región y el globo.

Constatamos asimismo, que hoy no puede legislarse, desconociendo los ordenamientos jurídicos extranjeros, con los cuales se comparten raíces de cultura jurídica, puesto que esta herramienta de conocimiento permite formar un juicio de valor propio, de acuerdo a las particulares necesidades de cada nación²⁶⁰, inserta en un contexto global, y por esa senda han circulado los promotores y legisladores de los países estudiados.

El desafío que nos queda en Chile, es hacer que la voz de la academia proactiva se haga sentir ante las autoridades, para así poder emprender, de una vez por todas, una tarea sistematizadora como la que se verificó en el río de la Plata.

Sólo nos resta felicitar al Paraguay y a la Argentina, en especial a los profesores José Antonio Moreno Rodríguez y Adriana Dreyzin de Klor, y los demás docentes trasandinos que fueron parte del equipo que tuvo a cargo la normativa de Derecho Internacional Privado en el nuevo Código Civil y Comercial, quienes hicieron entrega a sus países de obras que hoy son un referente en la región, que nos pueden servir de valioso ejemplo.

²⁵⁵ BRANDAO DE OLIVERA, A., RAIZER BORGES MOSCHEN, V. Un enfoque crítico del sistema brasileño de Derecho Internacional Privado y los retos de la armonización: Los nuevos principios de La Haya sobre elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales. En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 665-679; ALBORNOZ, María Mercedes. El Derecho (...) Op. Cit., pp. 648-649

²⁵⁶ No obstante a que hace ya muchos años se presentase en ese país un completo proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, elaborado por un grupo de académicos, entre ellos, los profesores Opeti, Tellechea y Fresnedo, que no ha prosperado en su tramitación parlamentaria.

²⁵⁷ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. Op. Cit., pp. 92-93; ALBORNOZ, María Mercedes. El Derecho (...) Op. Cit., pp. 650-651, 661-663, 665.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos. Derecho de los Negocios Internacionales. En FERNÁNDEZ ROSAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R, DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2da edición, Iustel, Madrid, 2009, pp. 57-68.

²⁵⁹ GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime. Tendencias (...) Op. Cit., pp. 451-460.

²⁶⁰ RAPALLINI, Liliانا Eitel. Op. Cit., p. 15.