

El Arbitraje como ventaja competitiva en el mundo empresarial: el Arbitraje comercial internacional y el Arbitraje de inversiones

Pedro Lacasa¹

RESUMEN

El arbitraje es un modo de resolución de disputas que tiene sus numerosas ventajas frente a la antigua intervención de la justicia estatal. Pero para conocer apropiadamente sus ventajas, es necesario desmenuzar algunas de sus aristas. Esto es, saber diferenciar bien un arbitraje comercial internacional de un arbitraje de inversiones, comprender los diferentes ángulos del principio *compétence-compétence*, guiarse por el derecho comparado, entre otros.

La salida a los mercados financieros internacionales de los Estados Soberanos ha provocado una avalancha de *State Contracts* donde convergen el derecho privado y el derecho público. En este campo, se destaca el arbitraje, como medio rápido y especializado para la solución de litigios. Esto ha traído numerosas críticas positivas al arbitraje. Pero cada argumento a favor podría conllevar un argumento en contra.

Palabras clave:

Arbitraje – Inversiones – Comercio Internacional – Derecho Privado – Derecho Público – Ventajas – Empresas

ABSTRACT

Arbitration is a disputes resolution method with various advantages vis à vis domestic courts. But in order to deeply acknowledge its virtues, it is necessary to scrutinize its edges. This is, to properly differentiate between an international commercial arbitration and an investment arbitration; to fully understand the competence-compétence principle, to accept de guidance of comparative law, etc. The intervention of Sovereign States in international financial markets has led to an avalanche of State Contracts where private law and public law converge. In this field, arbitration takes the lead, as well for its speed than for its specialized solutions. This brought many positives critics. But in those same good critics, may lay some negatives arguments.

Keywords:

Arbitration – Investments – International commerce – Private Law – Public Law –

¹Pedro Lacasa es un abogado por la Universidad Nacional de Asunción, promoción 2013. Diploma en Derecho Internacional Privado de la Université Panthéon-Assas del periodo 2015-2016. Escuela de verano de derecho comparado europeo año 2016 de la Fundación de Derecho Continental en la Université Panthéon-Assas. Diploma internacional en Derecho de la Energía e Inversiones (CCI-Heidelberg para Latinoamérica, 2017). Pasantía en Project Finance y Estructuración de PPPs (Corporación Nacional de Desarrollo de Uruguay-Montevideo, 2018). Especialización en Derivados Financieros (BVPASA, 2019).

Parte I: Las Principales Características del Arbitraje Internacional

Antes de esbozar algunas de las principales peculiaridades inherentes al arbitraje (II), es menester definirlo, al menos de manera pronta y escueta (I), para proceder a su descripción.

(I) Definición del Arbitraje

Precisar el significado del Arbitraje implica no solamente exponer un simple esbozo de lo que constituye este método de impartir justicia de manera general (a); si bien, el Arbitraje posee numerosas clasificaciones, en cuanto a su definición, resulta importante aclarar la conceptualización específica en cuanto a los asuntos sometidos al Arbitraje. Esto es, su definición específica (b)

(a) Definición general

El Arbitraje, en una visión general de Justicia (tanto doméstica, como nacional e internacional) es un método de resolución de conflictos, alternativo al método clásico por excelencia que es la Justicia Estatal².

En una visión nacionalista, el Arbitraje es considerado como un método alternativo³ de resolución de disputas. Esto es, una opción paralela al recurso del servicio de Justicia de un Estado.

Es un método alternativo de resolución de controversias, entre los varios métodos alternativos que existen: *dispute boards*, *mini-trials*⁴, *rent-a-judge*⁵ mediación, entre otros.

Sin embargo, desde el punto de vista del Comercio Internacional y desde la óptica del Derecho Transnacional, el Arbitraje es el método de resolución de disputas por excelencia. Para los internacionalistas, el árbitro es considerado como “*el juez natural*”⁶ del comercio y las relaciones internacionales.

Independientemente del cristal con que se lo mire, el Arbitraje constituye un modo autónomo para la resolución de conflictos, tanto entre particulares como entre Estados Soberanos entre sí, y entre estos Estados y personas jurídicas (ya sean físicas o morales).

Es importante resaltar, que a priori, toda cuestión patrimonial y comercial⁷, es pasible de ser resuelta vía Arbitraje. Esto es, en principio los distintos derechos nacionales convergen en la concepción privatista del arbitraje. Esta aclaración,

²Éric Loquin, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires* [Arbitraje del comercio internacional. Práctica empresarial] (Francia : Editorial Lextenso, 2015), 1.

³Benoit Le Bars, *Arbitrage Commercial International. Les grands arrêts du droit français*, [Arbitraje Comercial Internacional. Los principales juicios del derecho francés.] (Lonrai, Francia : Editorial Lexis Nexis, 2016), Avant-propos.

⁴Lewis D. Barr, “Whoose dispute is this anyway?: the propriety of the Mini-Trial in promoting corporate dispute resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, 1987.

⁵Cigdem Hasan, “Rent-a-judge”. (Master thesis in Procedural Law, University of Lund. 1999).

⁶Conseil National des Barreaux , Pierre Lafont, *L'arbitre, juge naturel du professionnel libéral*, en *Les Cahiers de l'Arbitrage. Nouveaux domaines, nouvelles utilisations*. (Francia: Conseil National de Barreaux, 2017).

⁷Éric Loquin, *Théorie des droits. L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*. [Teoría de los derechos. Arbitraje del comercio internacional. Práctica empresarial], (Paris, Francia: Lextenso, 2015) 76.

resulta indispensable para comprender el siguiente punto de nuestras definiciones del Arbitraje (Internacional).

(b) Definición Específica

Habiendo ya comprendido que el Arbitraje es un método de resolución de disputas, corresponde diferenciar, de cuáles disputas estamos hablando.

Pero, antes de entrar a ese terreno, resulta menester aclarar bien la proveniencia de dichas disputas: ¿vienen esos conflictos de relaciones jurídicas en un orden puramente interno (i) o tienen elementos de internacionalidad que pueden tornar a la disputa en un litigio con características -y, por ende, con sistemas de protección diferentes- internacionales (ii)?

Además de lo anterior, una de las más importantes clasificaciones del Arbitraje –y probablemente, la bifurcación más útil en la actualidad- es la del Arbitraje Comercial Internacional (iii) y el Arbitraje de Inversiones (iv).

(i) El Arbitraje Interno

Pese a la definición esgrimida del Arbitraje y de las distintas visiones sobre su noción expuestas más arriba, que varían de acuerdo con los intereses de ejecución de un laudo arbitral y de acuerdo con la flexibilidad del derecho trasnacional que se requiere -o se prescinde- dependiendo del caso⁸, de igual manera es indispensable la diferenciación entre el Arbitraje Interno y el Arbitraje Internacional.

La calificación de un Arbitraje como puramente Interno o como Internacional, encuentra su significación en el conjunto de reglas o normas aplicables a cada uno y no al otro. Temas como el orden público, el principio *compétence-compétence*, la arbitrabilidad, y otras cuestiones intrínsecas al proceso arbitral, pueden variar dependiendo de si se trata de un Arbitraje Interno o un Arbitraje Internacional.

Inclusive, la aplicación de las leyes domésticas puede variar (i.e., aplicarse o no aplicarse todas las disposiciones de dichas leyes domésticas) dependiendo de tal calificación. Paraguay se sumó a esta diferenciación esencial.

De hecho, la ley 1879/2002 “De arbitraje y mediación” en su artículo primero expresamente dispone que:

“las disposiciones de la presente ley se aplicarán únicamente

⁸Corresponde aclarar que las soluciones y *règles matérielles* -reglas substantivas- del derecho trasnacional o del derecho comercial internacional o del derecho de la globalización, son notoriamente más flexibles que las soluciones dadas por el derecho puramente doméstico de un Estado, principalmente en la materia de Arbitraje.

⁹Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un juez.

El primer párrafo del art. 11 de la ley 1879/2002 es una copia literal del art. 8 de la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL por sus siglas en inglés).

Su segundo párrafo también es una fiel copia del art. 8 de la ley modelo CNUDMI, con un agregado paraguayo de “*siempre que las partes antes de dictarse el laudo desistan de la instancia*”.

¹⁰Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares provisionales.

Si bien el art. 17 de la ley modelo CNUDMI se titula “Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares”, es patente el detalle y precisión de la disposición de la ley modelo CNUDMI (que consta de numerosas hipótesis contempladas y soluciones jurídicas precisas) respecto a la sucinta redacción del art. 20 de la ley paraguaya.

¹¹Estos arts. corresponden al Capítulo VIII de la ley 1879/2002 “Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales”.

si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional. Lo dispuesto en los artículos 11, 20 y 44 al 48 se aplicará aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional”

En otras palabras, si se tratase de un Arbitraje Internacional con sede afuera de territorio paraguayo, no se aplicarían *-a priori-* las disposiciones de la ley 1870/2002 salvo las excepciones citadas más arriba, incluso si una de las partes en dicho Arbitraje sea el Estado Paraguayo o una persona jurídica del derecho público, o incluso si la decisión de dicho litigio puede tener incidencia directa en el interés público paraguayo.

La ley paraguaya de arbitraje 1879/2002 no define al Arbitraje Interno, preocupándose únicamente en definir al Arbitraje Internacional¹². Esto probablemente se debe a la llamada tropicalización¹³ del derecho del arbitraje en Latinoamérica y en Paraguay. Tampoco se preocupa de diferenciar temáticamente a los dos tipos de Arbitraje.

El derecho francés, también contempla conjuntamente al Arbitraje Interno y al Arbitraje Internacional en el mismo cuerpo normativo *-code de procédure civile-* que ensambla las reglas de procedimiento civiles en Francia. Pero, si bien colocan sistemáticamente al Arbitraje Interno y al Arbitraje Internacional en el mismo texto consolidado, lo hacen con normas distintivas de cada uno, dentro del *Livre Quatrième “l’Arbitrage”*.

El Arbitraje Interno ocupa el título primero, reservándose los artículos 1442 al 1503. El Arbitraje Internacional ocupa el título segundo, correspondiéndole los artículos que van desde el 1504 al 1527.

El derecho suizo fue un poco más tajante en esta diferencia de orden legislativo, pues las reglas respecto al Arbitraje Internacional se encuentran en el capítulo 12 de la Ley Federal Suiza sobre el Derecho Internacional Privado¹⁴; mientras que las reglas respecto al Arbitraje Interno se encuentran en la parte tercera del *code de procédure civile suisse*, desde su artículo 353 al 399.

En el caso de un País Latinoamericano, se encuentra el ejemplo de Colombia, cuya ley 1563/2012 *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, unifica legislativamente el tratamiento del Arbitraje puramente doméstico -o Nacional- y el Internacional.

En el artículo 1 de la ley 1563/2012, se define al Arbitraje -dentro de la sección primera cuyo acápite es “Arbitraje Nacional”- como

¹²Ley 1879/2000, art. 3, inc. c).

¹³“Se ha denominado “tropicalizar instituciones”, en la ciencia del derecho, aquella costumbre que se tiene por los legisladores y los investigadores del derecho de optar por importar una institución jurídica de otros sistemas jurídicos, lo intentan amoldar o adoptar a la realidad de las naciones sobre todo del tercer mundo y con ello, se implementa una institución que puede ser contraria a las propias instituciones ya establecidas de ese Estado.” Dr. Silvano Vergara Nava, “¿Derecho Constitucional Mexicano?”, *Blog Consultora Contencioso Administrativa*, consultado el 10 de agosto de 2019 <http://ccapuebla.com/35/articulo/derecho-constitucional-mexicano/>

¹⁴*Loi fédérale sur le droit International privé (LDIP 1987)*, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>.

“el mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o a aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho. Sin embargo, dicha ley colombiana se encarga de separar a las disposiciones del Arbitraje Internacional, separándolos y agrupándolos en la sección tercera de la ley, en donde su artículo 62 pasa a definir al Arbitraje Internacional.

Por esto, resulta llamativo que el Paraguay haya decidido adoptar no solamente como modelo, sino en algunas disposiciones normativas haya hecho una transposición *in totum*, a la ley modelo de la CNUDMI, cuando esa ley modelo tenía como destino únicamente al Arbitraje Comercial Internacional¹⁵ (esto es, evadiendo y excluyendo al Arbitraje Interno y al Arbitraje de Inversiones) cuando el Paraguay apuntaba a regular al Arbitraje en su totalidad como método de resolución de disputas, incluyendo al Arbitraje Interno – o Nacional- y al Arbitraje Internacional.

En efecto, el artículo 1 de la ley modelo CNUDMI “Ámbito de aplicación” reza

“la presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado”

Explícitamente otorgando la competencia *ratione materiae* para el Arbitraje Comercial Internacional. En cambio, el artículo 1 de la ley 1879/2002 “Ámbito de aplicación”, por su parte reza “*la presente ley se aplicará al arbitraje privado, nacional e internacional*”.

No quedan dudas de la voluntad únicamente internacionalista buscada en la ley modelo CNUDMI, y de la voluntad interna e internacional apuntada por la ley paraguaya 1879/2002. El derecho privado -o arbitraje privado- resulta más amplio

¹⁵Este argumento es sostenido por la doctrina paraguaya en arbitraje. De hecho, José Moreno relata que “*la ley paraguaya, sigue en su art. 1 a la ley modelo de UNCITRAL. A diferencia de ésta, que solo se aplica al “arbitraje comercial internacional”, la normativa paraguaya se hace extensiva al arbitraje privado, nacional e internacional*”. José Moreno, *Contratación y Arbitraje. Contribuciones recientes*. (Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Asunción, 2010), 252.

que el derecho del comercio internacional -o que el Arbitraje Comercial Internacional-. Esta diferencia no debe ser ignorada ni desapercibida.

La cualidad monista del derecho arbitral paraguayo se puede prestar a veces a confusiones innecesarias, en cuanto a los alcances de la *ley arbitral paraguaya* y *el derecho arbitral paraguayo* (que incluye la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre) respecto al Arbitraje Interno y el Arbitraje Internacional.

Lo anterior se podría dar, por ejemplo, en cuanto al alcance y objetivo substantivo del principio *compétence-compétence* en la legislación paraguaya de arbitraje. De hecho, el principio *compétence-compétence* está consagrado en el artículo 19 de la ley 1879/2002 “De arbitraje y mediación”. Pero he ahí el dilema algebraico: el artículo 19 de la ley 1879/2002, en virtud del artículo 1 de esa misma ley tendrá aplicación solamente cuando el Arbitraje se lleve a cabo en territorio paraguayo y no cuando el Arbitraje se desarrolle fuera del territorio paraguayo.

Así las cosas, cuando se trate de un arbitraje con sede en una ciudad paraguaya, la ley 1879/2002 protegerá la capacidad de los árbitros de determinar su propia competencia (*compétence-compétence*) pero cuando se trate de una sentencia internacional que se vio implicada en un arbitraje internacional realizado fuera de territorio paraguayo, la ley paraguaya se desentendería del *compétence-compétence* del Arbitraje extranjero; y en caso de que no se haya respetado apropiadamente el principio *compétence-compétence* de los árbitros, dicha sentencia igualmente podría ser ejecutada en el Paraguay pues, la consagración del *compétence-compétence* en la ley paraguaya vale solamente para los arbitrajes desarrollados en territorio paraguayo ya que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (allí donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos hacerlo – no hay lugar a distinguir cuando la ley no distingue)¹⁶.

En efecto, el principio *compétence-compétence*, aunque fuera importado al ordenamiento jurídico paraguayo del Arbitraje nacional desde una ley modelo sobre -únicamente- Arbitraje Comercial Internacional, dicha translocación ha sido un tanto defectuosa, llevando a soluciones paraguayas que podrían socavar las bases mismas del Arbitraje -sea Interno o Internacional-. Y una de esas bases es el principio *compétence-compétence*.

El artículo 19 in fine, reza que:

“Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara

¹⁶Esto se puede deber a que el art. 532 del Código Procesal Civil (CPC) paraguayo, relativo a los requisitos que deben reunir las sentencias dictadas por tribunales extranjeros para ser eficaces en el Paraguay, nada habla acerca de la jurisdicción del juzgador de origen o de la suficiencia de la jurisdicción del órgano que dictó dicha sentencia. Código Procesal Civil Ley N° 1337, art. 532.

Ahora bien, en el ámbito del MERCOSUR podría cambiar el rumbo, dado que el inc. c del art. 20 del Protocolo de Las Leñas expresamente dice que “que estos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional”.

Aunque, en el ámbito internacional, se usan indistintamente los términos “jurisdicción” y “competencia”. Diego Fernández Arroyo, *Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional en Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Zavallia), 138, citado en José Moreno y María Esmeralda Moreno, “Regulación del derecho procesal civil internacional en el Paraguay”, *Revista Direito do comércio internacional*. N° 4, 660-674.

Si bien el Protocolo de Las Leñas tiene la denominación de “protocolo” y no de “tratado internacional”, se trata de igual manera de un instrumento legal de índole internacional que liga a los Estados firmantes, que resultan ser los mismos Estados Miembros del MERCOSUR que en su momento suscribieron el Tratado de Asunción. En este sentido, se observa que la doctrina nacional también considera al Protocolo de Las Leñas como un “tratado” al cual se refiere el art. 532 del Código Procesal Civil. Hernán Casco Pagano, *Código Procesal Civil comentado y concordado*. (Asunción, Paraguay: Ediciones y Arte S.A., 2011), 987.

competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar al juez que resuelva la cuestión, el cual deberá hacerlo en el plazo de siete días, siendo la resolución inapelable.

Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones, pero no podrá dictar un laudo.

Por su parte, el artículo 16.3 de la ley modelo CNUDMI expresa que:

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”

El parecido entre las dos disposiciones jurídicas es incuestionable y la importación de la ley modelo CNUDMI del *compétence-compétence* es innegable. Sin embargo, la introducción por parte del legislador paraguayo del “*pero no podrá dictar un laudo*” en oposición al “*el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo*” de la ley modelo también es patente.

En cambio, en otros ordenamientos latinoamericanos, como el colombiano, el *compétence-compétence* se encuentra blindado de toda intromisión judicial inclusive en el Arbitraje Nacional, conforme al artículo 29 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia que reza *Procesos sometidos a la justicia ordinaria o contencioso administrativa*:

“El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.

Si el asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido la sentencia de única o primera instancia o

terminando por desistimiento, transacción o conciliación, el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y éste deberá proceder en consecuencia.

Si dicho arbitraje no concluyere con el laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez”

En cuanto al principio *compétence-compétence* en el Arbitraje Internacional, el artículo 70 “Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante una autoridad judicial” del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia, reza que:

“la autoridad judicial a la que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en la oportunidad para la contestación de la demanda

No obstante haberse entablado ante la autoridad judicial la acción a que se refiere el inciso anterior, se podrán iniciar o proseguir la actuación arbitral y dictar un laudo aunque la cuestión esté pendiente ante la autoridad judicial”

Es patente el alejamiento de la legislación colombiana de la redacción ofrecida por el artículo 8 de la ley modelo de la CNUDMI, que daba intervención al juez estatal para análisis de la cláusula arbitral y así poder determinar si es “nula, ineficaz o de ejecución imposible”¹⁷.

Sin embargo, la importancia más patente de la distinción de cada tipo de Arbitraje es la reserva de disposiciones legales respecto al *compétence-compétence* en artículos separados, dependiendo se trate de un Arbitraje Nacional o de un Arbitraje Internacional.

En este sentido, el artículo 79 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia “Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia” situado en la sección de Arbitraje Internacional- reza:

“el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia

¹⁷Ley 1879/2002, art. 11.

● ● ● ● ● ● ●

controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral.

El acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un acuerdo de arbitraje, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene el acuerdo de arbitraje...”

La ley peruana sobre arbitraje, Decreto Legislativo 1071/2008 “*Que norma el arbitraje*” de hecho, cuenta con idéntica redacción en su artículo 41 acerca del *compétence-compétence*.

Aparte de los pilares del derecho arbitral, que pueden resultar más vivos en uno u otro Arbitraje, la distinción entre Arbitraje Interno y Arbitraje Internacional importa por los intereses que están en juego en un procedimiento puramente doméstico y en un procedimiento con elementos de internacionalidad.

Los aspectos que pueden variar conforme se trate de un Arbitraje Interno o de un Arbitraje Internacional son cuestiones sumamente delicadas, como:

- La Arbitrabilidad objetiva, i.e., los litigios que pueden ser sometidos al Arbitraje. El Arbitraje Internacional ostenta un criterio mucho más flexible y “pro arbitraje” que las reglas estrictas de un ordenamiento jurídico estatal. Y muestra más flexibilidad, justamente por el hecho de que no existe una jurisdicción inter-estatal que pueda pronunciarse.
- El sistema recursivo. En el Arbitraje Internacional, casi de manera unánime, el recurso de apelación está prohibido, quedando como único recurso procesal el recurso de anulación. En cambio, en algunos derechos, como el francés¹⁸ y el suizo¹⁹, el Arbitraje Interno ofrece la posibilidad del recurso de apelación al laudo, mientras que en el Arbitraje Internacional, cabe solamente el recurso de anulación.

Paraguay se inscribe en esta línea, y como posee una única ley de arbitraje que gobierna ambos procedimientos, no admite el recurso de apelación en el

¹⁸Code de procédure civile francés, arts. 1489 y 1518.

¹⁹Code de procédure civile suizo, arts. 389 y 390.

Ley Federal Suiza Sobre Derecho Internacional Privado, art. 190.

Arbitraje desarrollado en territorio paraguayo (siguiendo fielmente las causales de la redacción del artículo 34.2 de la ley modelo CNUDMI).

- El orden público que debe gobernar al Arbitraje: el Arbitraje Internacional tiene una noción más flexible del orden público. Es más, se ha debatido si el deber de los árbitros en un Arbitraje Internacional es tomar en cuenta el orden público interno de un Estado determinado o el orden público internacional, primando este último.

La capacidad de someterse al Arbitraje de las personas jurídicas del derecho público: si bien, en virtud al artículo 2 de la ley 1879/2002 el Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado, en el derecho comparado de arbitraje, muchos ordenamientos jurídicos prohíben a priori la participación de personas morales de derecho público en Arbitrajes Internos -como en el derecho francés y el derecho belga- pero esta “prerrogativa” da un paso al costado cuando se trata de un Arbitraje Internacional.

(ii) El Arbitraje Internacional

La ley paraguaya de arbitraje y mediación 1879/2002 define al Arbitraje Internacional en su artículo 3 “Definiciones”:

“Arbitraje Internacional: es aquel en el cual:

Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes; o

El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos.

A los efectos de este artículo:

Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento a ser tenido en cuenta será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje

Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. Esta redacción es una importación del artículo 1 apartado 3) de la ley modelo CNUDMI que define

“un arbitraje es internacional si:

las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;

si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley”

Así las cosas, se puede deducir que la ley paraguaya define específicamente al Arbitraje Internacional pero no delimita una noción específica del Arbitraje Interno o Nacional.

Dado el problema que puede traer aparejado una definición del Arbitraje Internacional basado puramente en la localización²⁰ -ya sea de las partes, de la ejecución del contrato u otro-, algunos derechos como el derecho francés prefieren dar una noción más liberal del Arbitraje Internacional. En el artículo 1504 del *code*

²⁰Como la ley paraguaya, la ley peruana y la ley modelo de CNUDMI.

de *procédure civile* francés, se sentencia que “Es Internacional el Arbitraje que afecta los intereses del comercio internacional”.

El Estatuto colombiano de arbitraje adoptó una postura ecléctica, tomando el criterio jurídico -localización- y también el criterio económico -incidencia en el comercio internacional- pues el artículo 62 “ámbito de aplicación” reza:

“... Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

- a. *Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o*
- b. *El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o*
- c. *La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”*

La razón de esta noción más liberal reposa en que, por ejemplo, en el caso de que un Arbitraje que se desarrolle en Paraguay, involucre a dos partes en un acuerdo que tienen sus establecimientos en Paraguay, y que el lugar de ejecución sustancial del contrato sea ese mismo Paraguay y que sin embargo, se esté afectando intereses del comercio internacional o incidiendo directa o indirectamente de éste; la ley 1879/2002 de Paraguay calificaría a ese arbitraje como Arbitraje Interno o Nacional, sin embargo, la legislación francesa o colombiana, lo calificarían como Arbitraje Internacional.

Las principales características -y problemáticas- del Arbitraje Internacional, que no se encuentran en el Arbitraje Interno o Nacional, son el laudo flotante, la nacionalidad del arbitraje y la circulación de los laudos provenientes de Arbitrajes Comerciales Internacionales.

(iii) El Arbitraje Comercial Internacional

Por un lado, tenemos al Arbitraje Comercial Internacional, para algunos *el* método de resolución de controversias por excelencia, para otros, un método alternativo al servicio estatal de justicia, es un modo jurisdiccional de solución de controversias.

Este método jurisdiccional, atina a resolver las disputas del comercio internacional, tanto entre personas jurídicas entre sí, como entre personas jurídicas y un Estado Soberano que actúe en la esfera del Derecho Privado.

Independientemente de la clasificación de Arbitraje *ad hoc* o institucional, existen varias instituciones arbitrales en el mundo, tanto nacionales como internacionales.

Estas instituciones, entre las cuales podemos citar la CCI, la Cámara de Comercio de Estocolmo, el CAMP, la CCBC de Brasil, la *London Court of*

• • • • •

International Arbitration, etc., se encargan de llevar a cabo los Arbitrajes entre partes privadas que se encuentran en una disputa comercial que fue sometida a este mecanismo jurisdiccional para así evitar otras Cortes de Justicia locales.

La mayoría de los Arbitrajes Comerciales Internacionales atañen a cuestiones de Derecho Privado, e involucran a partes que actúan dentro de la esfera del Derecho Privado.

(iv) El Arbitraje de Inversión

Por otro lado, tenemos al Arbitraje de Inversiones. Un mecanismo jurisdiccional con características propias.

Se diferencia del Arbitraje Comercial Internacional de que no resuelve todas las cuestiones jurídico-comerciales entre personas jurídicas privadas o Estados Soberanos que actúan en la esfera del Derecho Privado; por el contrario, conoce las disputas entre los Estados Soberanos actuando como tales según el Derecho Público y las personas jurídicas que hayan realizado una inversión en dichos Estados, conocidos como *Host State*.

Si bien, el Arbitraje de Inversión no es exclusivo de la jurisdicción del CIADI, y hay otras instituciones que en la actualidad conocen Arbitrajes de Inversión, el rol importante que juegan los Tratados Bilaterales de Inversión, el concepto de inversión y la Arbitrabilidad²¹, hacen que sea singularmente autónomo al Arbitraje Comercial Internacional.

No obstante, el arbitraje CIADI ocupa un lugar preponderante en el ranking de instituciones arbitrales en el arbitraje de inversión, cuando el CIADI también resulta ser una de las cinco organizaciones del Grupo del Banco Mundial, junto con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI).

Habiendo comprendido la noción del Arbitraje –tanto de forma general como específica- corresponde ahora ahondar en sus propiedades singulares que lo diferencian de otros métodos de resolución de disputas.

(II) *Las características del Arbitraje*

El Arbitraje cuenta con sendas características. Propiedades que lo diferencian de las otras modalidades para resolver controversias y lo hacen favorito a la hora de elegir un mecanismo de solución de disputas. Estas características pueden ser singularidades frente a la Justicia clásica Estatal (a) o bien, tratarse de peculiaridades inherentes a la independencia del Arbitraje (b).

(a) Características del Arbitraje frente al Poder Judicial Estatal

Antes que nada, es menester resaltar el ropaje contractual que posee el

²¹Benoit Le Bars, *La consécration de la faculté de compromettre pour l'État en matière Internationale* [La consagración de la facultad de compromiso para el estado en materia internacional], (Lonrai, Francia: Lexis Nexis, 2016), 180.

arbitraje: el consensualismo. Esta característica, es probablemente la más importante del Arbitraje.

A más de esto, podemos decir que es –en la mayoría de los casos- mucho más confidencial que un simple proceso judicial en Cortes Estatales. Este aspecto resulta esencial para los operadores del sector privado, tanto nacionales como internacionales.

En primer lugar, porque en un arbitraje, el árbitro o tribunal arbitral sea probablemente más propenso a resguardar los secretos comerciales e industriales de las corporaciones u otras personas jurídicas del derecho privado, que sean divulgadas en el marco de un proceso de *Discovery*²². En cambio, en un proceso judicial estatal, la información proveída, exigida y exhibida por y contra los operadores, corre siempre inminente peligro de ser filtrada o incluso de ser robada.

En segundo lugar, un arbitraje, por tratarse de una jurisdicción privada elegida por libre consentimiento de las partes, no se encuentra sometida al régimen de transparencia e información pública estatal, que a veces funciona como el caballo de Troya de exabruptos y arbitrariedades del Poder Estatal.

Es más flexible, i.e., no solamente se puede elegir la lengua, el estilo, y la duración del procedimiento. En el proceso judicial nacional, esto está dictado por lo que disponga el código procesal civil de cada Estado. En el caso de Paraguay, rige la ley 1337/1988, que es el Código Procesal Civil Paraguayo, el cual regula, entre otros, las formas²³, la lengua²⁴, etc.

Otra característica importante del Arbitraje, como toda relación contractual, es que se puede elegir a los árbitros²⁵. En contrapartida, uno está imposibilitado de elegir el Juez Nacional que decidirá en una disputa. Esta elección, se torna en una decisión al azar, bajo la figura del sorteo. Igual suerte corren los Magistrados Preopinantes en las Cámaras de Apelación en el Paraguay.

El árbitro, no está liado a ningún Ordenamiento Estatal, por lo tanto, no tiene una *lex fori* que lo limite. Sin embargo, cuando se trata del Poder Judicial de un Estado (Jueces de Primera Instancia y Camaristas), éstos se ven constreñidos por la aplicación ciega de las disposiciones nacionales y las concepciones regionales del derecho sea del ámbito que se trate: inversiones, *joint ventures*, franquicias, comercio exterior, finanzas, contratación, etc., se traten o no necesariamente de leyes de policía²⁶.

Por todos estos motivos, generalmente, las partes, que suelen ser de Estados Diferentes, desconfían de un Juez Estatal, y prefieren que un árbitro independiente conozca su controversia.

(b) Características inherentes al Arbitraje Internacional

²²John Wilkinson, "Arbitration Discovery: Getting it Right", *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, junio 2017.

²³Código Procesal Civil paraguayo, arts. 102 y 103.

²⁴Código Procesal Civil paraguayo, art. 105.

²⁵Ley 1879/2002, art. 13.

Ley Modelo de la UNCITRAL para el Arbitraje Comercial Internacional, art. 11.

²⁶Bernad Audit y Louis d'Avout, *Droit International privé* (París, Francia: Economica 2013), 165 – 169.

El Arbitraje Internacional, tanto comercial internacional como de inversiones, ostenta una serie de características sui generis, que fundamentan la independencia del Arbitraje frente a otros mecanismos de resolución de disputas, principalmente, la Justicia Estatal.

Estas propiedades *sine qua non*, son tanto características del convenio de arbitraje, como de la ley aplicable al arbitraje, como del proceso arbitral, y también del Laudo.

El instituto de *compétence-compétence*, que hace a la independencia del tribunal arbitral, es posiblemente una de las características únicas del Arbitraje, más conocidas²⁷.

Asimismo, tenemos al principio de autonomía (tanto jurídica²⁸ como material²⁹) de la cláusula arbitral, la cual está muy ligada a la arbitrabilidad.

También podemos citar el rol importante de la ley aplicable al Arbitraje, que en principio es tributaria de la autonomía de la voluntad de las partes, no poseyendo el árbitro una obligación de aplicar tal o cual ley nacional, puesto que él no está ligado a ningún orden jurídico³⁰.

En este sentido, la *Lex Societatis*³¹ y las Leyes de Derecho Público³² juegan un rol preponderante respecto a la posibilidad del Arbitraje de ciertos conflictos.

Parte II: Los alcances del Arbitraje de Inversión

Para exponer acabadamente los alcances del Arbitraje de Inversión, es menester fijar primero su noción (a) para luego adentrarnos en su campo de aplicación (b)

(a) Noción del Arbitraje de Inversión

Sabemos que, como todo Arbitraje, es un método de resolución de disputas. Una opción distinta a la Justicia Estatal.

No obstante, para conceptualizar óptimamente al Arbitraje de Inversiones es fundamental precisar su objeto (1) y luego determinar a las partes intervinientes (2)

(1) Objeto

El principal objeto del Arbitraje de Inversión es el conocimiento y la

²⁷Magali Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage* (Antipolis, Francia: Université Nice-Sophia, 2011).

²⁸Fallo *Hecht*. (Corte de Casación Francesa, Sala Civil I, 4 de julio de 1972).

²⁹Fallo *Gosset*. (Corte de Casación Francesa, Sala Civil I, 7 de mayo de 1963).

³⁰Fallo *Dalico* (Corte de Casación Francesa, Sala Civil I, 20 de diciembre de 1993).

³¹Mathias Audit, Sylvain Bollée y Pierre Callé, *Droit du commerce International et des investissements étrangers* [Ley de Comercio Internacional e Inversión Extranjera] (Paris, Francia : Editorial Lextenso, 2014), 45 y ss.

³²Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* [Arbitraje de tratado de inversiones y derecho público] (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2007).

³³Mathias Audit *et al. Op. Cit.* P. 713.

resolución de una controversia derivada de una relación contractual entre un Estado Soberano y una Persona Jurídica en el marco de una Inversión realizada por este último sobre el mercado local del primero³³.

Generalmente, ahí es donde entrar a intervenir los Tratados Bilaterales de Inversión entre diversos Estados, que básicamente determinan las reglas de inversión, disputas y resolución, entre un Inversionista Privado y el Estado Huésped que recibe esa inversión.

(2) Partes

Las partes en un Arbitraje de Inversión están conformadas necesariamente por un Estado Soberano de un lado, y un inversionista o inversionistas privados del otro lado.

En la doctrina arbitral actual, una facción sostiene que la persona que puede variar es aquella que juega el rol del Inversionista Privado. En este sentido, es demasiado amplio el campo de definición de qué es una inversión³⁴ dentro de la esfera del Derecho Privado³⁵. Sin embargo, la contraparte debe forzosamente ser un Estado Soberano, y en este sentido, la mayoría de la doctrina se ha mantenido incólume.

Habiendo esgrimido, por lo menos raudamente, el objeto y las partes de un Arbitraje de Inversión, corresponde ahora, con el objeto de profundizar bien sus alcances, exponer brevemente su campo de aplicación.

(b) *Campo de aplicación del Arbitraje de Inversiones*

Cuando hablamos de campo de aplicación de una Institución jurídica –como el Arbitraje de Inversiones– nos referimos necesariamente al sector donde recae la actividad a conocer, y las leyes que forman parte de ese sector.

En este sentido, si bien el Arbitraje es *a priori* tributario del Derecho Privado (1), no podemos negar el carácter publicista que el Derecho Público³⁶ ha concedido al Arbitraje de Inversiones (2)

(1) Derecho Privado y el Arbitraje de Inversiones

A priori, el Arbitraje de Inversiones se limita a resolver las cuestiones de derecho privado derivadas de una relación contractual de inversión, entre una persona jurídica y un Estado Soberano.

Estas cuestiones van de asuntos económico-financieros, pasado por temas técnicos, a asuntos meramente jurídicos.

En este sentido, las ecuaciones financieras, el equilibrio económico del

³⁴Pieter Bekker y Akiko Ogawa, "The impact of Bilateral Investment Treaty (BIT) proliferation on demand for investment insurance: reassessing political risk insurance after the "BIT Bang"" [El impacto del Tratado de Inversión Bilateral (TBI) en la proliferación de la demanda de seguros de inversión: el seguro de riesgo político después del "BIT Bang"], *JCSID Review*, Vol. 28, N° 2 (2013), 314 – 350.

³⁵Mathias Audit *et al.* *Op. Cit.* P. 235 y ss.

³⁶Hans Van Houtte y Maurizio Brunetti, "Investment Arbitration – ten areas of caution for Commercial Arbitrators", *Arbitration International (Oxford Academic)*, Vol. 29, Issue 4 (2013), 553-574.

contrato, las cuestiones de ingeniería de una Obra Pública, la capacidad de actuar del Inversor, los plazos contractuales, etc., pertenecen a la esfera del Derecho Privado, y son en principio, arbitrables.

La cuestión varía cuando ciertos elementos de Derecho Público vienen a intervenir en el proceso de resolución de disputas.

(2) Derecho Público y el Arbitraje de Inversiones

El Derecho Público, que en principio no puede ni debe ser sometido a ningún Arbitraje³⁷ Privado³⁸, ha ido incrementando su actuación dentro de las relaciones de Inversión y dentro de los denominados “Contratos de Estado”³⁹.

La doctrina en derecho administrativo francés, fuente del surgimiento y consolidación del derecho administrativo como disciplina autónoma en el derecho civil continental⁴⁰, expresa que la “administración”⁴¹, en aras a cumplir sus objetivos diversos, tiene la aptitud de organizar los servicios públicos ora acordando su ejecución a otra persona jurídica, ora coordinando con los gobiernos locales - *autorités publiques*- el ejercicio material de sus competencias legales y constitucionales⁴².

En este sentido, las personas de derecho público a fin de contar con los medios necesarios para cumplir sus objetivos, utilizan la vía de las contrataciones públicas para satisfacer esta necesidad.

Las contrataciones públicas, pueden tratarse de prestación de servicios u obras públicas (conocido en derecho administrativo continental como el *marché de travaux* que tiene por objeto la construcción de edificios, carreteras, obras de ingeniería civil más sofisticada como puentes, centrales nucleares, etc.).

Ahora bien, la doctrina francesa califica como contratos administrativos a todos los contratos que impliquen (i) la ocupación de actividades, servicios o territorios del dominio público; (ii) a los que entrañan una forma reglamentada de alianza entre el sector público y el sector privado y; (iii) los contratos que otorgan la concesión de un servicio u obra pública⁴³.

Cuestiones como la responsabilidad social del Inversor⁴⁴, la tutela ambiental⁴⁵, los impuestos, escándalos de sobornos y otros actos de corrupción, son cuestiones que atañen al Derecho Público, y en principio, no arbitrables.

No cabe dudas que la gran mayoría de *State Contracts* suscritos por el Paraguay, ya sea en orden interno o internacional se encuentra regida por las disposiciones del derecho público en la materia -principalmente la ley 2051/2003, la ley 1533/2000, decreto 21.909/2003).

⁴²Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit. *Droit administratif* (París, Francia: Lextenso, 2015, décima edición), 393.

⁴³Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit. *Op. Cit.* P. 398 – 399.

⁴⁴Investment Treaty News. International Institute for Sustainable Development (IISD), “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”, consultado el 10 de agosto de 2019, <https://www.iisd.org/itn/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin/>.

⁴⁵Ying Zhu, “Corporate Social Responsibility and International Investment Law: Tension and Reconciliation” [Responsabilidad social de las empresas y derecho internacional de las inversiones: tensión y reconciliación.], *Nordic Journal of Commercial Law*, N° 1 (2017).

Por lo tanto, a todo proyecto regido por la ley 2051/2003 “De contrataciones públicas”, está también sujeto a lo dispuesto en el artículo 3 del decreto 21.909/2003 que reglamenta la ley 2051/2003, que reza:

“RÉGIMEN JURÍDICO: SOLAMENTE EN AUSENCIA DE DISPOSICIÓN EXPRESA EN LA LEY O EN EL REGLAMENTO SE PODRÁN APLICAR LAS DISPOSICIONES PERTINENTES DEL DERECHO PRIVADO. CUANDO SE UTILICE ALGUNA DE LAS FIGURAS CONTRACTUALES DEL DERECHO CIVIL, SE ENTENDERÁ QUE SE HACE EN UN SENTIDO INSTRUMENTAL, PREVALECIENDO EN TODO CASO LA REGULACIÓN DE DERECHO PÚBLICO, EN LO QUE CONCIERNE A LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD ADMINISTRATIVA Y AL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS PROPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA”.

Claramente, cuando la norma dice que “*cuando se utilice alguna de las figuras contractuales del derecho civil, se entenderá que se hace en un sentido instrumental*” se refiere a que solamente a fines prácticos y para dar pragmatismo y materialidad a las necesidades de la contratación pública se utilizan figuras contractuales del derecho privado, sin que esto signifique un cambio de rumbo del régimen aplicable.

Asimismo, resulta prístino que cuando la norma expresa “*...en lo que concierne a la formación de la voluntad administrativa y al respeto de los principios y procedimientos propios de la contratación administrativa*”, se refiere a la sujeción del contrato administrativo y de las figuras del derecho privado utilizadas en él, a la “formación de la voluntad administrativa”, que no es otra cosa que el interés público.

La Administración no es una persona jurídica con fines de lucro, no persigue fines meramente comerciales a menos que sea en *beneficio del interés público* sobre el cual dicha Administración se erige. En la infraestructura pública, resulta evidente que es el interés público el que marca el rumbo y las pautas para la formación de una voluntad de parte de la Administración. En otras palabras, la Administración forma su voluntad con base en el interés público.

También dicha norma del artículo 3 del decreto 21.909/2003 exige imperativamente el respeto a los *principios administrativos y a los procedimientos característicos de la contratación pública*, en todos los contratos administrativos. Estos principios administrativos son los principios de economía y eficiencia; de igualdad y libre competencia; de transparencia y publicidad; de simplificación y modernización administrativa; de desconcentración de funciones⁴⁶; de supervisión y control del Estado; de rendición de cuentas; de rentabilidad social; de seguridad jurídica; de temporalidad; de responsabilidad fiscal; de sustentabilidad ambiental⁴⁷;

⁴⁶Ley 2051/2003, art. 4.

⁴⁷Ley 5102/2013, art. 2.

de legalidad; de racionalidad y; de primacía del interés general⁴⁸, entre otros.

Todo lo anteriormente expuesto cobra vital importancia a la hora de calificar el régimen de ciertos aspectos de un contrato administrativo. Resulta clara la primacía del derecho público y se debe abogar por una reglamentación de los *State Contracts* nacionales que contemple el interés general, relativa a ciertos aspectos de un contrato administrativo con fines instrumentales: e.g., la cesión de los certificados de reconocimiento de obligación de pago (CROP) -en el caso de los contratos “llave en mano” de la ley 5074/2013; el establecimiento de vehículos financieros y su ley aplicable y jurisdicción competente, entre otros.

La problemática se levanta cuando el contratista o financista privado o alguna persona de derecho privado pretende aplicar el régimen del código civil paraguayo (cuerpo de normas de derecho privado destinado a la regulación de las relaciones entre particulares por excelencia) e incluso de otras normas del derecho privado -nacional o internacional- sobre figuras del derecho privado utilizadas meramente a fines instrumentales -tal como expresa la normativa- *cuyo origen se encuentra en un contrato administrativo*.

Consecuentemente, se pretende gobernar aspectos como la calidad, enajenabilidad, posesión, circulación -entre otras particularidades del derecho real- de dichas figuras, bajo un régimen de derecho privado -pese a ser la contratante, la Administración Pública-. La apropiada determinación de la localización del contrato o de los objetos en juego del contrato llave en mano, su ley aplicable y jurisdicción competente, cobran un rol fundamental.

Sin embargo, la jurisprudencia arbitral internacional enseña a veces lo contrario.

Actualmente, el Paraguay está incursionando en los Contratos de Estado que implican inversión extranjera directa. El espíritu de la Constitución, la correcta articulación de los Tratados Bilaterales de Inversión con las Leyes Nacionales y los Contratos Transnacionales, son fundamentales.

⁴⁸Decreto 1350/2014, art. 2.

Bibliografía

Audit Bernard y d'Avout Louis, *Droit International Privé* [Derecho Internacional Privado] (París, Francia: Economica, 2013).

Audit Mathias, Bollé Sylvain y Callé Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers* [Derecho Comercial Internacional e Inversiones Extranjeras], (París, Francia: Lextenso, 2014).

Casco Pagano Hernán, *Código procesal civil comentado y concordado* (Asunción, Paraguay: Ediciones y Arte S.A. tomo II, Edición XI, 2011).

Conseil National des Barreaux, 2017. *Les Cahiers de l'Arbitrage. Nouveaux domaines, nouvelles utilisations*. París, Francia: tercera edición. Moreno José, *Contratación y Arbitraje. Contribuciones recientes* (Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010).

Fernández Arroyo Diego, *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR* (Buenos Aires, Argentina: Zavalía, 2003).

Frier Pierre-Laurent, Petit Jacques, *Droit administrative* [Derecho Administrativo] (París, Francia: Lextenso, décima edición, 2015).

Goldman Berthold, Fouchard Phillipe y Gaillard Emmanuel, *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Arbitration* (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 1999).

Le Bars Benoit, *Arbitrage Commercial International. Les grands arrêts du droit français* [Arbitraje comercial internacional. Los principales juicios del derecho francés], (Lonrai, Francia : Lexis Nexis, 2016).

Loquin Éric, *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*
[Arbitraje del comercio internacional. Práctica empresarial.] (Francia: Lextenso,
2015).