

**“LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN LAS AMÉRICAS: LA CIDACI 22 AÑOS DESPUÉS”****Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN**

Precedida de serios estudios e ilustradas discusiones, el 18 de marzo de 1994 fue suscrita en ciudad de México la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales ("CIDACI"). La adopción de la CIDACI tuvo lugar en el marco de la Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado ("CIDIP-V") y fue suscrita por México, Venezuela, Uruguay, Brasil y Bolivia.<sup>1</sup> Muy prontamente fue ratificada por Venezuela y México, pero luego de dichas ratificaciones la CIDACI, hasta la fecha, no ha recibido otras ratificaciones. Como resultado de lo anterior solo rige como tratado internacional para esos dos países.

Las expectativas de una transformación radical de los sistemas de contratación internacional de los países de América Latina como consecuencia de la adopción y ratificación de la CIDACI, en un principio muy bien recibida,<sup>2</sup> han tenido que dar paso a la realidad de una marcada inacción por parte de los países del continente americano. Las posibilidades de utilizar los avances de la CIDACI, como tratado internacional, pero también más allá del puro ámbito de los tratados,<sup>3</sup> han sido limitadamente aprovechadas. Tales son los casos de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (1998), de la Ley de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana (2014)<sup>4</sup>, del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014)<sup>5</sup>, de la Ley sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Paraguay (2015)<sup>6</sup> y del Código de Derecho Internacional Privado de Panamá (2015).<sup>7</sup>

Los mencionados resultados tan modestos han de forzarnos a preguntarnos ¿Qué sucedió con la CIDACI? ¿Dónde están las fallas? ¿Cuáles son sus defectos? ¿Qué fue lo que no gustó de la CIDACI? Y hasta cuestionarnos, ¿Tiene algo de bueno la CIDACI?

---

1 Para los antecedentes y el desarrollo de la CIDIP-V ver G. Parra-Aranguren, "La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994)", en Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, No. 11, Caracas, 1994, p. 177-247.

2 Ver E. Hernández-Bretón, "Contratación Internacional y Autonomía de las Partes: Anotaciones Comparativas", en Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, No. 12, Caracas, 1995, p. 15-94.

3 Ver E. Hernández-Bretón, "Propuesta de Actualización de los Sistemas Latinoamericanos de Contratación Internacional", en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, No. 17, Madrid, 2005, p. 11-59; del mismo autor "La Convención de México (CIDIP-V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina", en DeCITA 9.2008, p. 167-189.

4 Ley No. 544-14 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014, Gaceta Oficial de la República Dominicana de 18 de diciembre de 2014, p. 20 y ss. Al respecto ver <http://190.191.42.60/publication/project/php/downloadpublication.php?values=Y2xhcHJpcHViPTI3NDcmY2xhcHJpZGlzPTImY2xhcHJpZ3J1PTE0JmFjY2l2bWVj1kb3dubG9hZA==&oriloc=reader>, donde podrán leerse algunos comentarios acerca de la Ley dominicana.

5 Publicado el 8 de octubre de 2014, [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf), en particular los artículos 2651 a 2653.

6 Ley No. 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, publicada el 20 de enero de 2015, [www.gacetaoficial.gov.py/gaceta.php?action=show&id=2670&num=13](http://www.gacetaoficial.gov.py/gaceta.php?action=show&id=2670&num=13). Al respecto ver J. A. Moreno Rodríguez, "The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past", in Unidroit (ed.), Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, Roma, Unidroit, 2016, Volumen II, p. 1146-1178.

7 Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 27.885-A de 8 de octubre de 2015, en especial sus artículos 67 a 98, y de entre ellos los artículos 69, 72 y 79.

A continuación desarrollamos nuestras ideas al respecto.

En escritos anteriores hemos sostenido que a la luz de la CIDACI la contratación internacional se apoya en cuatro pilares fundamentales.<sup>8</sup> Dichos pilares son: (1) La admisión de la autonomía conflictual, (2) El reconocimiento de la teoría de los vínculos más estrechos o más directos, (3) La aplicación de la nueva *lex mercatoria* y (4) La intervención de las normas de aplicación necesaria. Debemos entonces pasar somera revista a las soluciones propuestas y determinar sus características y beneficios o inconvenientes para así poder identificar las razones de los resultados alcanzados hasta ahora.

Ciertamente la CIDACI se apoya en el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales,<sup>9</sup> pero se ha separado de manera importante de sus soluciones. De la misma manera, la CIDACI es un importantísimo antecedente de los llamados "Principios de La Haya" o Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (2015), circunstancia esta a veces no destacada suficientemente.<sup>10</sup>

En tal sentido, comenzamos por destacar que la CIDACI admite incuestionable y ampliamente la autonomía conflictual. Es sabido que no todos los países latinoamericanos son amigables ante la admisión del principio de autonomía conflictual,<sup>11</sup> así que la CIDACI cambia radicalmente la posición tradicional. No solo admite la elección del derecho aplicable sino elegir un derecho no relacionado con el contrato o los contratantes e incluso permite, a mi manera de ver las cosas, elegir un derecho anacional. Además, la CIDACI admite que la elección del derecho aplicable se manifieste de forma expresa o concluyente, antes o después de celebrar el contrato, o simultáneamente con su celebración. Permite cambiar la elección o elegir un derecho para que regule todo o parte del contrato. Esto se recoge en los artículos 7 y 8 de la CIDACI. Tal vez este cambio no haya sido un factor bien recibido en muchos países y, por lo tanto, un factor negativo que ha dificultado la recepción de la CIDACI en los ordenamientos nacionales de la región.

En atención a la tan amplia y liberal admisión del principio de autonomía conflictual, se hizo necesario imponer una obligatoria limitación a dicho principio. Siguiendo el modelo del Convenio de Roma, la CIDACI reconoce la existencia de las llamadas normas de aplicación necesaria, las cuales se aplicarán obligatoriamente en todos los casos aún en aquellos supuestos en que las partes han elegido el derecho aplicable. Tal es la situación respecto de las normas de aplicación necesaria del foro que conozca del caso relativo a la materia contractual. También se prevé en la CIDACI que discrecionalmente el tribunal del foro pueda aplicar las normas de aplicación necesaria de terceros estados con los cuales el contrato presente un vínculo estrecho. Esta es la solución del artículo 11 de la CIDACI.

La determinación de las características ni identificación de las referidas normas de aplicación necesaria son tareas sencillas. La función de dichas normas tampoco es fácil de explicar y mucho menos es diferenciarlas de la llamada excepción de orden público o cláusula de reserva. Esta por lo

---

8 Ver por todos E. Hernández-Bretón, "La Contratación Mercantil Internacional a la Luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en *Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolano*, IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del estado Carabobo, Caracas, Vadell Hermanos, 1997, p. 39-63.

9 E. Hernández-Bretón, nota 3 y nota 8.

10 Los Principios pueden verse en [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

11 Ver N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Milano, CEDAM, 2010.

menos es la realidad venezolana.<sup>12</sup> Tampoco resulta este un factor que positivamente induzca a los estados de la región a suscribir o adoptar las soluciones de la CIDACI, pero que tampoco puede verse como un elemento totalmente negativo.

Para el supuesto en que las partes no hayan elegido el derecho aplicable o que la elección resulte ineficaz la CIDACI se separó significativamente del Convenio de Roma. En dicho caso se aplicará el derecho con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos. Esto no sería tan problemático si hubieran criterios, como en el Convenio de Roma, más o menos definidos para determinar cuál es ese derecho. Pero la CIDACI establece que en dicho supuesto se tomarán en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato abriendo así el paso a la teleología en el derecho internacional privado. Además, la CIDACI ordena que en estos casos el tribunal tome en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Esta es la solución del artículo 9 de la CIDACI que para muchos genera incertidumbre e inseguridad y favorece la aplicación del derecho del foro, pues se parte de la idea de que los jueces se ven poco proclives a estimar que esos vínculos más estrechos puedan ser con otro derecho diferente de su propio derecho nacional. Esta solución puede considerarse tal vez como desfavorable, pues para optar por ella se requiere confiar en un sistema judicial bien preparado y sensible ante el tema de la extranjería en el derecho.

Finalmente, el más significativo aporte de la CIDACI, el reconocimiento y aplicación de la nueva *lex mercatoria* en materia de contratos internacionales. El artículo 11 de la CIDACI, en su momento, fue una novedad que generó mucha envidia. Es una norma utilísimay que en mi opinión debe valorarse muy positivamente, pero que ciertamente genera reacciones de temor o de incomprensión. Esta ha sido la reacción que he podido apreciar ante el postulado de que la nueva *lex mercatoria*, recogida, entre otros, en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales, pueda ser aplicable a un contrato celebrado con empresas del estado venezolano.<sup>13</sup> No es una situación muy aceptada pues todavía la *lex mercatoria* suele tener contornos imprecisos y poco conocidos. De tal manera, a pesar de que este elemento debe ser considerado como un factor de progreso y utilidad, la reacción general ha sido más bien negativa.<sup>14</sup>

Aunque hoy en día, a 22 años de la suscripción de la CIDACI en la ciudad de México, resulta poco probable que el número de estados signatarios aumente, es innegable la muy marcada influencia que la CIDACI ha tenido y habrá de tener en la conformación de las soluciones en la materia en el futuro. Esto no solo lo confirman los recientes desarrollos en América Latina mencionados en la primera parte de esta ponencia, sino los Principios de La Haya sobre Contratos Internacionales, indudables continuadores en esta tarea que tanto ocupó a uno de los más grandes exponentes en esta materia, el profesor uruguayo Quintín Alfonsín.<sup>15</sup>

---

12 Ver la decisión del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, 22 de abril de 2013, [http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2013/abril/2138-22-AP71-O-2012-000042-13.006-DEF\(AMP\)-CONS.html](http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2013/abril/2138-22-AP71-O-2012-000042-13.006-DEF(AMP)-CONS.html)

13 E. Hernández-Bretón, "El derecho aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del estado venezolano", en S. Yannuzzi/J. G. Salaverría (coordinadores), V Jornadas Aníbal Dominici Títulos Valores, Contratos Mercantiles, Caracas, 2014, p. 209-236.

14 Ver E. Hernández-Bretón, "¡¡¡ Un monstruo !!! ¿Derecho (...) quéééé...?", en Jornadas ASADIP, Asunción, 2016 (en imprenta).

15 En especial ver Q. Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1955, *passim*.