

M. FONTAINE
F. DE LY

LA REDACCIÓN DE
CONTRATOS
INTERNACIONALES
ANÁLISIS DE CLÁUSULAS



CIVITAS



THOMSON REUTERS

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	21
-------------------	----

CAPÍTULO 1 CARTAS DE INTENCIÓN

I. Introducción	25
II. Cartas de intención: estudio de casos	30
A. <i>Primer Grupo: Contratos definitivos con modalidades particulares....</i>	30
B. <i>Segundo grupo: Etapas en la negociación</i>	39
C. <i>Tercer Grupo: Cartas sin efectos vinculantes y cláusulas exonerativas de responsabilidad</i>	45
D. <i>Cuarto Grupo: acuerdo firme sobre ciertos aspectos particulares de las negociaciones</i>	49
III. Consideraciones legales	55
A. <i>Categorías legales tradicionales</i>	56
1. Oferta y aceptación	56
2. Promesa de contratar.....	56
3. Contratos definitivos	57
4. Condición suspensiva.....	58
5. Cláusulas de entrada en vigor.....	58
6. Problemas de representación.....	59
B. <i>Cartas de intención específicas.....</i>	59
1. Naturaleza jurídica.....	59
2. Contratos de negociación: principales problemas jurídicos	70
1. Intervención de un árbitro o un juez.....	74
2. Valoración de daños.....	76
IV. Consejos para los negociadores.....	80
V. Conclusión	82

CAPÍTULO 2 CONSIDERANDOS

I. Introducción	83
------------------------------	-----------

II. Considerandos en la práctica	85
A. <i>Frecuencia del fenómeno</i>	85
B. <i>Forma</i>	87
C. <i>Extensión</i>	87
D. <i>Contenidos</i>	88
1. Atributos de las partes.....	88
2. Los objetivos de las partes al celebrar el contrato.....	90
3. El espíritu de las partes al celebrar el contrato.....	92
4. Circunstancias que preceden y rodean al contrato.....	93
5. Vínculos con otros contratos.....	95
6. Etapas de las negociaciones que llevan al contrato.....	97
7. Reconocimientos y declaraciones de las partes.....	98
8. Declaración de compromisos de las partes.....	100
9. Definición de términos.....	102
III. Razón fundamental de los considerandos	103
IV. Implicancias jurídicas	104
A. <i>Considerandos y fenómenos similares</i>	104
1. Tratados Internacionales.....	105
2. Normas de la Unión Europea.....	105
3. Constituciones.....	107
4. Leyes y reglamentos.....	108
5. Sentencias y laudos arbitrales.....	109
B. <i>Efectos jurídicos de los considerandos en los contratos</i>	111
1. Interpretación del contrato.....	112
2. Vicios del consentimiento, falsas declaraciones de la realidad (en inglés: «misrepresentations»).....	115
3. Fundamentos sobre los que el contrato ha sido celebrado.....	116
4. Estoppel y expectativas legítimas.....	117
5. Efecto en las obligaciones de las partes y en la extensión de su responsabilidad por incumplimiento.....	118
6. Valor de los documentos precontractuales.....	119
7. Nexos con otros contratos o con terceros.....	119
8. Verdaderas disposiciones contractuales.....	120
9. Transacciones simuladas – obligaciones en favor de terceros.....	122
10. Estipulación contractual sobre los efectos legales de los consi- derandos.....	123
V. Consejos para los negociadores	125

CAPÍTULO 3

CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN

I. Método de trabajo	129
II. Diferentes modelos de interpretación de contratos	131
A. <i>Derecho sustancial</i>	132
B. <i>Prueba</i>	141
III. Análisis de las cláusulas de interpretación en contratos internacionales	147
A. <i>Cláusulas de calificación</i>	149
B. <i>Cláusulas de definición del contrato y de clasificación jerárquica de los documentos contractuales (en inglés: contract definition and ranking clauses)</i>	153
1. Cláusulas de definición del contrato.....	154
2. Cláusulas de clasificación jerárquica de los documentos contractuales (cláusulas de prelación, ranking clauses).....	155
3. Cláusulas de definición de contratos y de clasificación jerárquica.....	157
C. <i>Cláusulas de acuerdo íntegro (en inglés: entire agreement)</i>	158
1. Exclusión de simulación (Side-Letters o Contre-Lettres)	160
2. Exclusión de contratos previos	161
3. Exclusión de documentos pre-contractuales	163
4. Exclusión de declaraciones (representations) orales y escritas	175
5. Exclusión de las condiciones generales: cláusulas de bloqueo, cláusulas de defensa.....	178
6. Exclusión de documentos y contratos futuros	179
D. <i>Cláusulas de títulos (heading clauses)</i>	181
E. <i>Cláusulas de definición</i>	183
F. <i>Cláusulas de idioma</i>	186
G. <i>Cláusulas NOM (No Oral Modification o No Modificación Oral)</i>	190
H. <i>Cláusulas de no renuncia (non waiver clauses)</i>	194
I. <i>Cláusulas de nulidad parcial (severability)</i>	199
J. <i>Cláusulas para colmar lagunas (en inglés: Gap Filing)</i>	207
K. <i>Usos, costumbres y prácticas comerciales (custom, usage and course of dealing)</i>	209
L. <i>Cláusulas de buena fe (Good faith and fair dealing)</i>	210
IV. Conclusiones	212

CAPÍTULO 4

MEJORES ESFUERZOS, CUIDADO RAZONABLE, DEBIDA DILIGENCIA Y ESTÁNDARES DE LA INDUSTRIA (REGLES DE L'ART)

I.	Introducción	219
II.	Práctica contractual	221
	<i>A. Ilustraciones de las cláusulas</i>	221
	1. Tipos de contratos	221
	a. Acuerdos de distribución y promoción de ventas	221
	b. Contratos de construcción.....	223
	c. Fabricación de materiales y partes para automóviles.....	225
	d. Acuerdos de investigación	226
	e. Acuerdos de asistencia técnica	226
	f. Licencia de marcas y patentes.....	228
	g. Acuerdos de lanzamiento de satélites.....	229
	h. Comfort letters / lettre de patronage	230
	i. Crédito documentario.....	232
	j. Contratos de suministro en compensación (en inglés: «barter» o «Countertrade»; en francés: contrats de contre-achat)	233
	k. Adquisición de sociedades o de empresas	234
	2. Tipos de cláusulas	234
	a. Obligaciones de confidencialidad.....	234
	b. Obligaciones de «Porte-Fort» y «Buenos Oficios»	235
	c. Cláusulas de fuerza mayor (force majeure) y de hardship.	236
	d. Obligación de mitigar el daño	237
	<i>B. Observaciones referidas a la práctica contractual</i>	238
III.	Análisis crítico, intento de síntesis	241
	<i>A. Análisis crítico</i>	241
	1. Best efforts (mejores esfuerzos) y best endeavours (mejores intentos): interpretaciones inglesa y norteamericana	241
	2. El criterio de razonabilidad en el common law y en el derecho civil.....	247
	3. Due diligence (debida diligencia), all diligence (absoluta diligencia), obligaciones de medios.....	251
	4. Referencias a normas profesionales	257
	<i>B. Intento de síntesis</i>	259
	1. Criterios de base.....	260

2. Matices	261
IV. Consejos para los negociadores	264

CAPÍTULO 5

CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD

I. Introducción	267
II. Práctica	270
A. <i>Comentarios generales</i>	270
1. Forma de las obligaciones de confidencialidad	270
2. Tipos de contratos	271
3. Etapas en la vida del contrato	274
4. Obligaciones unilaterales, recíprocas o paralelas	275
B. <i>Análisis sistemático de cláusulas de confidencialidad</i>	275
1. El objeto de la confidencialidad	276
2. Excepciones hechas sobre los tipos de información	284
3. Excepciones respecto a determinadas personas (compartiendo el secreto)	290
4. La intensidad de la obligación – pasos a seguir	305
5. Duración	313
6. Sanciones	317
7. Limitación al alcance del compromiso de confidencialidad ...	320
III. Otras reflexiones y análisis crítico	320
A. <i>La confidencialidad en ausencia de una cláusula de confidencialidad</i>	321
B. <i>Transferencia del secreto a terceros: aspectos legales</i>	323
C. <i>Legalidad de las cláusulas de confidencialidad</i>	326
D. <i>Cláusulas de confidencialidad y divulgación bajo un procedimiento judicial</i>	328
E. <i>Efectividad de las cláusulas de confidencialidad</i>	330
IV. Consejos para los negociadores	332
Anexo	334
I. <i>Obligación de confidencialidad a ser firmada por uno de los competidores de una licitación</i>	334
II. <i>Obligación de confidencialidad a ser suscrito por un miembro del personal dependiente</i>	335

CAPÍTULO 6

CLÁUSULAS PENALES

I.	Introducción	339
II.	Práctica	342
	<i>A. Análisis</i>	342
	1. Cumplimiento tardío	342
	2. Incumplimiento de obligaciones de garantía de rendimiento o de calidad	358
	3. Falla en el suministro	363
	4. Falla para ejecutar una obligación de compra.....	364
	5. Falla de un licenciatario en descargas sus obligaciones con respecto a la defensa de patentes.....	365
	6. Falla en acatar una obligación de no hacer	366
	<i>B. Consideraciones generales concernientes a la práctica</i>	367
	1. Tipos de contratos	368
	2. Tipos de obligaciones	369
	3. Ausencia de cláusula penal	371
	4. Técnica de redacción.....	372
III.	Análisis legal	373
	<i>A. Cláusulas penales y cláusulas similares</i>	374
	1. Cláusulas penales y cláusulas «para finalizar el contrato».....	374
	2. Cláusulas penales y Clauses de dédit (en inglés: withdrawal payments)	375
	3. Cláusulas penales y cláusulas de ajuste de precios.....	376
	4. Cláusulas penales y penas judiciales (astreintes)	377
	5. Cláusulas penales y cláusulas que limitan la responsabilidad..	377
	6. Cláusulas penales y penas que no consisten en una obligación de pagar una suma de dinero.....	379
	<i>B. Donde las cláusulas pueden ser declaradas nulas o revisadas</i>	381
	<i>C. Problema de la combinación de recursos</i>	385
IV.	Conclusión	388

CAPÍTULO 7

CLÁUSULAS LIMITATIVAS Y EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD

I.	Introducción	389
	<i>A. Noción</i>	390
	1. Responsabilidad y garantías	391

2. Cláusulas relativas a declaraciones precontractuales	392
3. Cláusulas de exoneración o cláusulas de limitación.....	393
B. <i>Comparaciones con ciertas cláusulas similares</i>	394
1. Cláusulas penales	394
2. Cláusulas de fuerza mayor.....	394
3. Acuerdos de mantener indemne (en inglés: Hold Harmless clause)	395
II. Práctica	397
A. <i>Cláusulas de exoneración</i>	397
B. <i>Cláusulas de limitación</i>	399
1. Limitación de las condiciones	399
a. Limitación al alcance de las obligaciones asumidas.....	399
b. Responsabilidad limitada a casos de dolo o culpa grave ...	401
c. Extensión de los casos de exoneración	402
d. Transferencia de la carga de la prueba	405
e. Limitaciones del término temporal para el ejercicio de acciones.....	405
f. Subordinación del reclamo a requerimientos especiales....	407
2. Limitación de las consecuencias de la responsabilidad.....	407
a. Limitación del monto debido mediante un tope.....	408
b. Umbral en relación a la responsabilidad	411
c. Exclusión de solidaridad.....	411
d. Exclusión de daños indirectos.....	412
e. Exclusión de daños imprevisibles.....	415
f. Limitación de la garantía de reembolso, reemplazo o reparación del objeto en cuestión – cláusula de «Recurso Exclusivo»	416
g. Limitación de la garantía respecto de la garantía gozada por el Vendedor – transferencia de garantía.....	418
III. Comentarios adicionales y observaciones críticas	420
A. <i>Problemas de validez</i>	420
1. Sistemas legales locales – impacto de directivas europeas	420
2. Instrumentos internacionales.....	427
3. Derecho internacional privado.....	428
B. <i>Daños indirectos y/o imprevisibles</i>	430
C. <i>Cláusulas de limitación y seguros</i>	432
1. Influencia en la práctica contractual	432

a. El acreedor está asegurado.....	433
b. El deudor está asegurado.....	434
c. La cláusula de exoneración torna innecesarios los seguros	436
2. Seguros y validez de las cláusulas de exoneración.....	436
IV. Conclusiones.....	437

CAPÍTULO 8

CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR

I. Introducción.....	439
1. Definiciones.....	441
II. Práctica.....	441
A. <i>Hipótesis</i>	441
a. Definiciones clásicas.....	441
b. Atenuación de los criterios.....	442
c. Referencia a criterios externos.....	445
d. Falta de definición.....	446
2. Enumeraciones.....	447
a. Listas.....	447
b. Combinación con la definición.....	452
c. Exclusiones.....	454
B. <i>Régimen</i>	456
1. Notificación, prueba.....	456
a. Notificación.....	456
b. Prueba.....	459
c. Sanciones.....	460
2. Exención de responsabilidad.....	461
3. Suspensión de la ejecución.....	462
a. Extendiendo la duración del contrato.....	462
b. Suspensión sin extensión.....	463
c. Contratos de abastecimiento.....	463
d. Cláusulas unilaterales.....	464
e. Costos incurridos por las partes.....	465
4. Esfuerzos por sobrellevar los obstáculos de fuerza mayor.....	466
5. Final de la fuerza mayor: notificación.....	467
6. Terminación; renegociación.....	468
a. Posible terminación.....	468

b. Renegociación.....	469
c. Renegociación o terminación	472
d. Liquidación	472
7. Obligaciones de pagar una suma de dinero.....	473
8. Seguros que cubren eventos de fuerza mayor.....	475
9. Régimen diferenciado para cada parte.....	475
III. Consideraciones críticas	476
A. <i>Fuerza mayor y la ley aplicable</i>	477
B. <i>Fuerza mayor y lex mercatoria</i>	479
C. <i>Fuerza mayor, hardship y exención de responsabilidad</i>	480
1. Noción.....	480
2. Hardship y exoneración de responsabilidad	481
a. Hardship.....	481
b. Exención de responsabilidad	483
D. <i>Efectos</i>	484
1. Exoneración y suspensión	484
2. Terminación, re-negociación, adaptación, liquidación.....	485
3. Nuevas obligaciones.....	485
E. <i>¿Una cláusula estándar de fuerza mayor?</i>	486
1. Argumentos en contra de la redacción de una cláusula modelo de fuerza mayor	486
2. La expresión fuerza mayor.....	488

CAPÍTULO 9

CLÁUSULAS DE HARDSHIP

I. Introducción	491
A. <i>Inviolabilidad de contratos y cambio sustancial de circunstancias</i> ...	491
B. <i>Soluciones en derecho comparado</i>	492
C. <i>Cláusulas de hardship</i>	494
D. <i>Hardship y fuerza mayor</i>	495
E. <i>Hardship y «Sujétions Imprévues» en la teoría del derecho administrativo francés</i>	496
F. <i>Cláusulas de hardship, cláusulas de índices, cláusulas de revisión, cláusulas de cambio, cláusulas de adaptación, etc.</i>	496
G. <i>Cláusulas de hardship y cláusulas de resguardo</i>	497
II. Práctica - Análisis crítico de las cláusulas de hardship	497
A. <i>Preámbulo</i>	500

B.	<i>Hipótesis</i>	501
1.	Circunstancias.....	501
2.	Consecuencias.....	510
a.	Perjuicio.....	511
b.	Criterio objetivo.....	511
c.	Criterio subjetivo.....	512
d.	Consecuencias específicas.....	513
3.	Estableciendo la existencia de la situación relevante.....	513
4.	Período de gracia.....	515
C.	<i>Procedimiento</i>	516
1.	Notificación.....	516
2.	Re-adaptación del contrato.....	516
3.	Criterios objetivos, subjetivos y mixtos.....	517
4.	Desacuerdo sobre el contenido de la revisión.....	520
a.	Falta de disposición específica.....	520
b.	Terminación del contrato.....	521
c.	Suspensión del contrato.....	522
d.	Intervención de terceros.....	523
e.	Destino del contrato durante la renegociación.....	526
D.	<i>Cláusulas unilaterales</i>	526
E.	<i>Retorno a las circunstancias normales</i>	527
III.	Observaciones finales	527

CAPÍTULO 10

CLÁUSULAS DE COMPETITIVIDAD O CLÁUSULAS INGLESAS, CLÁUSULAS DE CLIENTE MÁS FAVORECIDO Y CLÁUSULAS DE DERECHO DE PREFERENCIA (FIRST REFUSAL)

I.	Introducción	535
II.	Cláusulas de competitividad o «cláusulas inglesas»	537
A.	<i>Definición, rol económico</i>	537
B.	<i>Concepto de oferta más favorable</i>	538
C.	<i>Prueba de las condiciones competitivas</i>	540
D.	<i>Repercusiones sobre el contrato</i>	541
E.	<i>Cuestiones procesales</i>	543
F.	<i>Restricciones de naturaleza contractual a la aplicación de la cláusula</i>	544
G.	<i>Variantes de la cláusula</i>	545

III. Cláusula de cliente más favorecido	546
A. <i>Definición, rol económico, comparación con cláusulas inglesas</i>	546
B. <i>Comparabilidad de las condiciones contractuales</i>	547
C. <i>Prueba de la concesión de las condiciones más favorables</i>	549
D. <i>Repercusiones sobre el contrato</i>	550
E. <i>Cuestiones procesales</i>	551
F. <i>Restricciones de naturaleza contractual a la aplicación de la cláusula de cliente más favorecido</i>	552
G. <i>Variantes de la cláusula</i>	552
IV. Cláusulas de derecho de preferencia o «cláusulas de prelación»	555
A. <i>Definición, comparación con otros tipos de cláusulas</i>	555
B. <i>Rol económico</i>	557
C. <i>Modalidades de las cláusulas de derecho de preferencia, comparabilidad y verificación</i>	561
D. <i>Procedimiento</i>	565
E. <i>Una variante: la «Savoy Clause»</i>	566
V. Problemas jurídicos específicos	566
A. <i>Naturaleza del rol del «controlador independiente»</i>	567
B. <i>Sanciones en caso de violación de las cláusulas</i>	570
C. <i>Validez de las cláusulas con respecto a la determinación de precios</i> ..	573
VI. Consideraciones finales	579

CAPÍTULO 11 CLÁUSULAS DE CESIÓN

I. Método de trabajo	581
II. Introducción y definiciones	582
III. Alcance del presente capítulo	584
IV. Análisis de las cláusulas de cesión en los contratos internacionales ..	587
A. <i>Observaciones generales</i>	587
B. <i>Títulos</i>	591
C. <i>Distinción entre transferencia de contrato y cesión de derechos</i>	591
D. <i>La ubicación de las cláusulas de cesión dentro del contrato</i>	592
E. <i>Relación entre las cláusulas de cesión y mecanismos análogos</i>	592
F. <i>Cláusulas de cesión unilaterales y bilaterales</i>	593
G. <i>Cesión obligatoria y voluntaria</i>	594
H. <i>Diversas cláusulas que regulan la cesión</i>	595

1. Derecho a ceder.....	595
2. Cláusulas que prohíben la cesión.....	595
3. Cláusulas que limitan la cesión.....	596
a. Procedimiento para obtener el consentimiento.....	597
b. Requisitos formales.....	597
c. Criterios en base a los cuales se puede negar el consentimiento	597
d. Falta de reacción ante la solicitud de consentimiento.....	599
e. Rechazo del consentimiento	599
f. Sanción en caso de no respetar las condiciones contenidas en una cláusula de cesión.....	599
4. Excepciones a las cláusulas de no cesión o de cesión restrictiva	600
a. La excepción de la sociedad controlada o afiliada	600
b. Otras excepciones.....	602
I. <i>Cesiones parciales</i>	604
J. <i>Consecuencias de la aplicación de una cláusula de cesión</i>	605
1. Consecuencias frente al cesionario	605
2. Consecuencias frente al cedente	606
3. Consecuencias frente al deudor cedido.....	608
K. <i>Garantías del cedente frente al co-contratante cedido y resarcimiento del daño</i>	608
L. <i>Costos ligados a la cesión</i>	609
V. Conclusiones	609

CAPÍTULO 12

CLÁUSULAS QUE PONEN FIN AL CONTRATO

I. Método de trabajo	611
II. Introducción y definiciones	613
III. Alcance del presente capítulo	614
IV. Análisis de cláusulas que ponen fin al contrato en contratos internacionales	616
A. <i>Observaciones generales</i>	616
B. <i>Títulos</i>	619
C. <i>Ubicación de las cláusulas que ponen fin al contrato en los contratos internacionales</i>	619
D. <i>Relación de las cláusulas que ponen fin al contrato con otros contratos</i>	619

E. Cláusulas de que ponen fin al contrato unilaterales y bilaterales	620
F. Nulidad y anulabilidad.....	621
G. Condición resolutoria (<i>Condition Subsequent</i>).....	622
H. Finalización del contrato por mutuo consentimiento (<i>Mutuus Dissensus</i>).....	623
I. Ejecución	624
J. Incumplimiento contractual.....	624
K. Vencimiento del término contractual.....	628
L. Finalización por voluntad discrecional de una de las partes (<i>recesus ad nutum</i>).....	629
M. Eventos objetivos que ponen fin al contrato.....	630
N. Rescisión parcial.....	634
O. Consecuencias de la aplicación de la cláusula que pone fin al contrato.....	635
V. Consideraciones finales	642

CAPÍTULO 13

OBLIGACIONES POST- CONTRACTUALES- OBLIGACIONES QUE SOBREVIVEN AL CONTRATO

I. Introducción	643
II. La práctica	645
A. Liquidando el pasado	645
1. Destino del stock remanente	646
2. Destino de las bases de datos.....	647
3. Restitución de documentos.....	647
4. Restitución de materiales de publicidad.....	648
5. Efectos de las órdenes pendientes.....	648
6. El riesgo de la «posterioridad» y los seguros.....	649
7. Efectos sobre los trabajos en curso.....	650
B. Extensión sobre el futuro	650
1. Acuerdos de no competencia	651
2. Obligaciones de confidencialidad	652
3. Obligaciones de garantía.....	654
4. Comunicación de mejoras y perfeccionamientos	656
5. Fidelidad, exclusividad, derecho de preferencia.....	656
III. Obligaciones que sobreviven al contrato: problemas comunes	657
A. Cláusulas expresas y obligaciones implícitas.....	658

B. <i>¿Cláusulas específicas, enumeración o formulación general?</i>	660
C. <i>Problemas de legalidad</i>	661
D. <i>Penas</i>	662
E. <i>¿Supervivencia paralela de las cláusulas generales del contrato?</i>	662
F. <i>Duración y cambio de circunstancias</i>	664
IV. Conclusiones	666
CONCLUSIONES FINALES	667
I. Una visión de los contratos más rica y dinámica	667
A. <i>Enriquecimiento del análisis jurídico tradicional</i>	667
B. <i>Contratos en una perspectiva dinámica</i>	671
II. Tendencias en la práctica legal de contratos internacionales	675
A. <i>Desarrollos en la práctica legal de contratos internacionales</i>	675
B. <i>Aspectos sobre la práctica legal de contratos internacionales</i>	676
1. <i>Redacción de contratos internacionales: La paradoja de la autonomía</i>	676
2. <i>Redacción de contratos internacionales: ¿Derecho estandarizado?</i>	679
3. <i>Redacción de contratos internacionales: ¿derecho de abogados?</i>	681
4. <i>Redacción de contratos internacionales: ¿práctica de origen anglo-americano?</i>	684
III. Un progreso en curso y continuo	687
GRUPO DE TRABAJO SOBRE CONTRATOS INTERNACIONALES	689
REFERENCIA A LAS PUBLICACIONES ORIGINALES	695
ÍNDICE ANALÍTICO	697