



Chapitre d'actes

2015

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Algunos conceptos anglosajones en los contratos sometidos al derecho civil

---

Marchand, Sylvain

### How to cite

MARCHAND, Sylvain. Algunos conceptos anglosajones en los contratos sometidos al derecho civil. In: Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa. Delgado Martín, Palmira ; Director Pereña Vicente, Monserrat. (Ed.). [s.l.] : Aranzadi, 2015. p. 273–280.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:80825>

## Algunos conceptos anglosajones en los contratos sometidos al derecho civil

SYLVAIN MARCHAND

*Catedrático de Derecho civil*

*Université de Genève*

A diferencia de la economía, el derecho mundial está lejos de ser globalizado. Sin embargo, todos los contratos internacionales contienen cláusulas similares<sup>1</sup>. La mayor parte de estos términos provienen de modelos ofrecidos por las grandes empresas de abogados estadounidenses. Estas cláusulas también se utilizan en los contratos regidos por el derecho suizo o la ley de países de derecho civil. Entonces, la cuestión es cómo integrar estas cláusulas y estos conceptos anglosajones en nuestro ordenamiento jurídico europeo.

Cinco ejemplos clásicos ilustran esta dificultad.

### 1. MEJORES ESFUERZOS; «BEST EFFORTS»

El primer ejemplo es una cláusula de mejores esfuerzos, «*best efforts*» /«*meilleurs efforts*». A menudo se puede encontrar este tipo de cláusula:

«*Each Party will use its best efforts to comply with all of the terms of this Agreement*».

---

1. Una colección de contratos internacionales comerciales estándares se puede encontrar en francés y en inglés in: MARCHAND, Sylvain; CHAPPUIS, Christine; HIRSCH, Laurent (ed.), *Recueil de contrats commerciaux*, Helbing & Lichtenhahn, 2013.

[Cada Parte realizará sus mejores esfuerzos para cumplir con todos los términos de este Contrato.]

Parece que en derecho americano se pueden identificar diferentes grados de diligencia, y los «mejores esfuerzos» sería el más alto<sup>2</sup>. No tenemos esta graduación en derecho Suizo<sup>3</sup>. En cambio, las obligaciones de diligencia se definen objetivamente, de acuerdo con las reglas del arte o las normas de la profesión<sup>4</sup>. No se puede imaginar una diligencia más alta, porque no se puede admitir una diligencia de baja calidad. Si hay el mejor, hay también el peor. En nuestra concepción, si alguien va al médico, por ejemplo, no hace falta decir que el médico utilizará sus mejores esfuerzos. Cuando un abogado trabaja para un cliente, claro que utiliza todavía sus mejores esfuerzos. Es un asunto de deontología. No es necesario especificarlo en el contrato.

Por lo tanto, qué significa esta especificación en el contrato ¿Un efecto de estilo simple? ¿Una tautología legal? ¿Una baladronada contractual?

Responder a estas preguntas es aún más complicado cuando la cláusula está en algún tipo de contrato, para que haya garantías legales de resultado. Por ejemplo en un contrato de obra, el contratista debe entregar una obra sin defectos a su cliente. No es un asunto de diligencia, es una garantía legal de resultado<sup>5</sup> ¿Por lo tanto, qué significa una cláusula de «*best efforts*» en este tipo de contratos? ¿Que el cliente renuncia a la garantía? Que, en caso de defecto, el cliente no puede decir nada si el contratista ha hecho lo mejor que podía. En definitiva, la cláusula de mejores esfuerzos, ¿sería en detrimento del cliente?, lo que es un tanto paradójico.

No hay ningún caso en la jurisprudencia suiza donde la cláusula tenga un significado real. Sin embargo, la cláusula no tiene ningún efecto. La cláusula significa a menos que el cliente tenga expectativas muy altas. En

2. Sobre este tema, consultar CHAPPUIS, Christine, «Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art», *Revue de droit des affaires internationales* (RDAI) 2002 (núm. 3-4), pp. 281-301; FONTAINE, Marcel, de Ly Filip, *Drafting international contracts, an analysis of contract clauses*, Transnational publisher Inc 2006, pp. 206 y ss.
3. Las partes podrán, sin embargo, establecer que un agente gestionará el negocio del cliente como si fuera el suyo propio [*diligentia quam in suis*; TF (Corte suprema in Suiza), 11-06-2008, 4a\_168/2008, cons. 2.5; TF, 29-10-1997, 4C.97/1997, SJ 1998 p. 198, cons. 4a; TF, 01-12-1987, C. 267/1987, cons.1.<sup>a</sup>].
4. ATF 133 III 121; TF 11 juin 2008, 4A\_168/2008.
5. TF, 08-05-2007, 4C.130/2006: «Or, l'entrepreneur est débiteur d'une obligation de résultat, ce qui se traduit –pour l'exercice des droits formateurs du maître– par un système de responsabilité largement causal». [Sin embargo, el contratista debe una obligación de resultado, lo que conduce a un sistema de responsabilidad en gran parte causal.]

este caso, debemos admitir fácilmente que el contratista haya cometido una falta grave, porque la falta depende de las expectativas legítimas del cliente<sup>6</sup>. Según el derecho suizo, una limitación contractual de responsabilidad no se aplica en caso de falta grave<sup>7</sup>. Por lo tanto, la consecuencia de una cláusula de mejores esfuerzos debe de ser que una limitación de responsabilidad en el contrato no sería admisible.

## 2. DAÑO CONSECUENTE; «CONSEQUENTIAL DAMAGES»

El segundo ejemplo es una exclusión de responsabilidad por «*consequential damages*»:

*«The Seller shall not be liable to the Buyer under or in connection with the Contract for any consequential damages».*

*[El vendedor no será responsable ante el Comprador de o en conexión con el Contrato por cualquier daño consecuente.]*

Una vez más, el concepto de «*consequential damages*» es un concepto definido por la jurisprudencia estadounidense, pero que no existe en la legislación suiza<sup>8</sup>. Nuestro sistema legal se basa, como la mayoría de los sistemas jurídicos de derecho civil, en el concepto de causalidad adecuada: un daño que está en una relación causal suficiente con el incumplimiento de contrato es uno de los daños reparables, ya sean especiales, consecuenciales o directo. Hay una relación causal suficiente cuando es en el curso ordinario de las cosas que el incumplimiento de contrato conduce a este tipo de daño<sup>9</sup>.

¿Por lo tanto, que significan «daños consecuenciales»? Si hablamos de daños que no están en una relación causal suficiente con el incumplimiento de contrato, la cláusula no sirve a nada: De todas maneras, este daño no es uno de los daños reparables. ¿Pero si hablamos de daños que están en el curso ordinario de las cosas, ¿cómo distinguir las diferentes conse-

6. TF, 29-01-2008, 4A\_438/2007: «*Il faut apprécier le comportement de l'auteur de la négligence par référence à la diligence que l'autre partie était en droit d'attendre, notamment en vertu des clauses du contrat et les usages professionnels*». [Hay que evaluar el comportamiento de la persona que fue negligente por referencia a la diligencia que la otra parte tenía derecho a esperar, incluso debajo de los términos del contrato y uso profesional.]

7. Código Suizo de obligaciones, artículo 100.

8. Consultar FONTAINE, Marcel, de Ly Filip, *Drafting international contracts, an analysis of Contract clauses*, Transnational publisher Inc 2006, pp. 373 y 391; MARCHAND, Sylvain, «*Indirect and consequential damages en droit suisse*», *Revue de droit international et de droit comparé*, 2010 núm. 3, pp. 545-570.

9. TF, 24-11-2014, 9C\_442/2014 cons. 4.2.

cuencias de la violación del contrato que están en el curso ordinario de las cosas, para mantener unos y excluir a otros? Es difícil distinguir las consecuencias que son realmente en el curso ordinario de las cosas, y esas que son también, pero un poco menos.

Se podría considerar que las partes de hecho se refieren a la definición anglosajona de los «*consequential damages*»<sup>10</sup>. Sin embargo, hay una contradicción entre esta solución y la elección del derecho suizo por las partes. Por lo tanto, el uso de este tipo de cláusula requiere una interpretación del contrato. En derecho suizo, la interpretación del contrato depende de la intención real de las partes<sup>11</sup>. El juez debe determinar en cada caso lo que las partes querían. Esta situación crea una inseguridad jurídica, porque no es posible determinar de antemano el resultado de la interpretación. Por lo tanto, sería mejor evitar el uso de estas cláusulas cuando el contrato está regido por el derecho suizo. Pero la influencia del derecho estadounidense en el mundo es tal que es muy difícil convencer a las partes a renunciar a estos términos estándares.

### 3. FUERZA MAYOR; «ACT OF GOD»

El tercer ejemplo es una cláusula de fuerza mayor:

*«The Supplier is not liable for any failure to perform due to Force majeure».*

[El Proveedor no se hace responsable de cualquier incumplimiento de causas de fuerza mayor.]

En inglés, se utiliza el término «*Act of God*», acto de Dios, pero el término francés «*force majeure*» se impone en los contratos internacionales<sup>12</sup>. El término «*Act of god*» tiene su origen en el derecho marítimo, para designar tormentas, nieblas o vientos en contra que los marineros se enfrentan. Sin

10. Consultar MARCHAND, Sylvain, «Indirect and consequential damages en droit suisse», *Revue de droit international et de droit comparé*, 2010, núm. 3, pp. 545-570, N 53-60.

11. Código Suizo de obligaciones, artículo 18; TF, 28.09.2012, 4A\_362/2012: «Aux termes de l'article 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention». [En virtud del artículo 18 par. 1, para evaluar la forma y los términos de un contrato, hay que buscar la intención real y común de las partes, sin detenerse a expresiones inexactas o términos que han utilizado ya sea por error o para disfrazar la verdadera naturaleza del acuerdo.]

12. Consultar MARCHAND, CHAPPUIS, MEAKING in: MARCHAND, Sylvain; CHAPPUIS, Christine; HIRSCH, Laurent (ed.), *Recueil de contrats commerciaux*, Helbing & Lichtenhahn, 2013, p. 36, N 9.1 y p. 38, 9.9.

embargo, claro que no se puede hablar de un acto de Dios en relación con una huelga, con disturbios políticos, o con un embargo internacional. En consecuencia, se impone el término «fuerza mayor», más neutral.

Dicho esto, más allá de la semántica, la presencia casi sistemática de las cláusulas de fuerza mayor en los contratos internacionales es una consecuencia de la influencia anglosajona. La utilidad de la cláusula es evidente en un sistema de responsabilidad objetiva: en los derechos anglosajones, las partes están responsables por el incumplimiento del contrato sin culpa. En los países de derecho civil, no hay responsabilidad contractual sin culpa<sup>13</sup>. Por lo tanto, la cláusula de fuerza mayor simplemente confirma que las partes no se hacen responsables sin culpa.

A pesar de esto, la cláusula sigue siendo útil, si no por el principio, por lo menos para la definición de los casos de fuerza mayor. En los países de derecho civil, la fuerza mayor se define en términos generales *in abstracto*, es decir como un evento extraordinario, impredecible, e insuperable. Este tipo de definición puede definir muchos eventos, pero cada vez, hay que definir si se cumplen las condiciones. Por ejemplo, la cuestión de si una huelga es un evento extraordinario sigue siendo cuestionable. De lo contrario, los sistemas anglosajones operan por la casuística<sup>14</sup>. El resultado es más predecible, pero hay la desventaja que la casuística no puede ser exhaustiva, ya que se trata de eventos impredecibles. La práctica contractual resolvió el problema con una síntesis de los dos sistemas. Las cláusulas de fuerza mayor estándares proporcionan una definición general, seguido por una casuística no exhaustiva: «*Force Majeure Event*» means *circumstances beyond the reasonable control of the Seller including, without limitation, governmental actions, war or national emergency, acts of terrorism, protests, riot, civil commotion, fire, explosion, flood, epidemic, lock-outs, strikes or other labour disputes (whether or not relating to either party's workforce), etc.*».

Es un buen ejemplo, mostrando que el futuro puede ser encontrado en la síntesis del sistema de los países de derecho civil y de los países anglosajones, en lugar de su oposición.

13. En derecho Suizo (artículo 119 del Código de obligaciones), el deudor se libera de su obligación en caso de imposibilidad objetiva y sin culpa del rendimiento.

14. Consultar MARCHAND, CHAPPUIS, MEAKING in: MARCHAND, Sylvain; CHAPPUIS, Christine; HIRSCH, Laurent (ed.), *Recueil de contrats commerciaux*, Helbing & Lichtenhahn 2013, p. 38, N 9.9. En *British Electrical and associated Industries [Cardiff] Ltd v. Patleys Pressing*, el Corte sostuvo que una cláusula de fuerza mayor que no da ningún indicación sobre los eventos de fuerza mayor no es válida en derecho inglés, con motivo de su imprevisibilidad.

#### 4. CLÁUSULA PENAL; «LIQUIDATED DAMAGES»

El contrato puede establecer que en caso de incumplimiento, la parte incumplidora deberá pagar una cierta cantidad como penalización. El pago de la penalización sustituye el régimen de responsabilidad de las partes<sup>15</sup>. En francés, se hable de «*clause pénale*», en español «*cláusula punitiva, o cláusula penal*». Si el contrato es en inglés, la traducción natural debe de ser «*penalty*». Sin embargo, una penalización («*Penalty*») es nula en virtud del derecho anglosajón, porque una penalización se define como una cantidad excesiva<sup>16</sup>. Por lo tanto, los contratos en inglés utilizan el término «*liquidated damages*».

*«If the Seller fails to perform the services, the Seller shall pay to the Company as fixed, agreed and liquidated damages the sum of [-]».*

*[Si el vendedor no cumple los servicios, el vendedor deberá pagar a la Empresa, como penalización, la suma de [-].]*

El problema con esta traducción es que el término «*liquidated damages*» se centra en la cantidad de daño. En derecho suizo, eso corresponde más al concepto de «*fixation forfaitaire du dommage*»: «*cantidad fija de daño*». Es decir, el acuerdo de las partes sobre la cantidad de daño, sin cambiar nada a las otras condiciones de la responsabilidad contractual<sup>17</sup>.

Por lo tanto, cuando las partes utilizan el término «*Liquidated damages*», no es claro si se refieren a una cláusula de penalización, o a una cantidad fija de daños. De nuevo, es una cuestión de interpretación del contrato. En nuestro sistema de derecho civil, el juez debe de determinar la voluntad de las partes, cualquiera que sea la terminología utilizada.

#### 5. PAGO POR LA CAPACIDAD; «SHIP OR PAY»

Un último ejemplo de estos términos de origen anglosajón que han surgido en los países de derecho civil es que los términos «*ship or pay*», que proporcionan en el derecho marítimo que el remitente debe pagar la carga incluso si no utiliza las capacidades de la nave:

*«The Client shall pay for the Transportation services on a ship or pay basis».*

15. Código Suizo de obligaciones; artículo 161: el deudor tiene que pagar la pena incluso si el acreedor no ha sufrido ningún daño.

16. *Truck Rent A Center Inc. v. Puritan Farms 2nd Inc.* Court of appeal of New York, (1977); *Ringrow Pty Ltd vs BP Australia Pty Ltd* [2005] HCA 71.

17. ATF 83 II 123; MOOSER, Michel, *Commentaire romand du CO, CO I*, artículo 160, N 4.

[El Cliente deberá pagar por los servicios de transporte en una base de Ship or Pay.]

La cláusula, intraducible en francés, es más problemática en los países anglosajones que en los países de derecho civil, ya que falta una «*considération*» en caso de no utilización de capacidad de la nave. Estas cláusulas son perfectamente válidas en derecho suizo, y conducen en mi opinión a que el contrato ya no se considera como un contrato de transporte, sino como un contrato de fletamento<sup>18</sup>: un contrato de fletamento se caracteriza por el hecho de proporcionar la capacidad de la nave. Es exactamente el caso con una cláusula «*Ship or pay*», ya que el cliente tiene que pagar aunque no utiliza la capacidad a su disposición.

La ventaja de esta clasificación es evitar el régimen jurídico inadecuado del contrato de transporte en la legislación suiza. La conexión del contrato de transporte al contrato de mandato en la legislación suiza plantea una serie de problemas que no existen en un contrato de fletamento<sup>19</sup>. Por lo tanto, esta vez, es una cláusula de origen anglosajón que ayuda a resolver un problema de la legislación suiza.

## 6. CONCLUSIÓN

El mundo está globalizado, pero el derecho no lo está. Sin embargo, los conceptos anglosajones y los conceptos del derecho civil se encuentran y se combinan en los contratos internacionales.

Paradójicamente, es en el espíritu de los sistemas jurídicos de derecho civil que está la respuesta a esta mezcla cultural y legal: Con los métodos flexibles de interpretación en los países de derecho civil, el juez o el árbitro tiene que determinar la voluntad real de las partes. Esta interpretación no está limitada al texto del contrato. Mientras que en el sistema de *common law*, el juez está encerrado entre las cuatro esquinas del contrato («*four corner rule*»)<sup>20</sup>, no es el caso del juez en un país de derecho civil. La

18. MARCHAND, Sylvain, *Clauses contractuelles*, Helbing & Lichtenhahn 2008, p. 167.

19. MARCHAND, Sylvain, *Commentaire romand du CO*, CO I, artículo 440 N 35, 55, 56.

20. «*Absent ambiguity, the parties' intentions must be discerned from the four corners of the document, and extrinsic evidence may not be considered*» [en ausencia de ambigüedad, las intenciones de las partes debe discernirse a partir de las cuatro esquinas del documento, y ninguna otra documentación adicional puede considerarse.] Court of appeal, commonwealth of Kentucky, KY Supreme Court 2007-CA-000. Sobre el método de interpretación en derecho comparado, consultar FONTAINE, Marcel, de Ly Filip, *Drafting international contracts, an analysis of Contract clauses*, Transnational publisher Inc. 2006, pp. 107 y siguientes.

voluntad de las partes es más importante por la interpretación del contrato que el texto del contrato mismo.

Por lo tanto, el juez o el árbitro tiene la libertad de determinar cuál era la intención de las partes que han utilizado estos términos anglo-sajones, sin estar obligado por la significación técnica de origen.