

# Manejo de Riesgos en los Contratos Internacionales

Risk Management in International Agreements

Dr. Juan Ilich **Pérez García**





Existe una gran discusión sobre lo que los contratos corporativos deben estipular en las diferentes relaciones comerciales: de entrada un tema de Derecho Internacional Privado, que los académicos y profesionales de las tendencias jurídicas globales debemos explorar a fondo.

Siempre que la esencia de un acuerdo viene a la mente de los juristas, la mayoría piensa en términos y condiciones, lenguaje y litigios en caso de conflicto: sin embargo, existe una conexión más profunda entre las partes donde la firma de dicho documento es un mero comienzo de su relación mutua.

There is much discussion on what corporate agreements should stipulate in different commercial relationships: a Private International Law topic to begin with, yet to be fully explored by academics and practitioners of legal global trends.

Whenever the essence of an agreement comes to the mind of jurists, most think of terms and conditions, language and litigation in case of conflict: however, there is a deeper connection between the parties, where the signature of such document is a mere start to their mutual relationship.



### **Dr. Juan Ilich Pérez García**

*Doctor en Estudios del Desarrollo Global por la Universidad Autónoma de Baja California, ha cursado diplomados en La Academia Internacional de Derecho Internacional de la Haya, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Chile y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Licenciado en Derecho por la UABC y la Universidad de Salamanca, actualmente se desempeña como titular del área legal y de compliance para la empresa Samsung SDS en la República Mexicana, y es miembro del Consejo Directivo del Business Alliance for Secure Commerce en los EEUU.*

*PhD in Global Development Studies from the Autonomous University of Baja California, he has completed courses at The International Academy of International Law of The Hague, Complutense University of Madrid, University of Buenos Aires, University of Chile and National University of San Marcos. Law degree from the Autonomous University of Baja California and the University of Salamanca, he currently serves as Legal & Compliance Head of Samsung SDS North America II company in the Mexican Republic, and is a member of the Board of Directors of the Business Alliance for Secure Commerce in the US.*



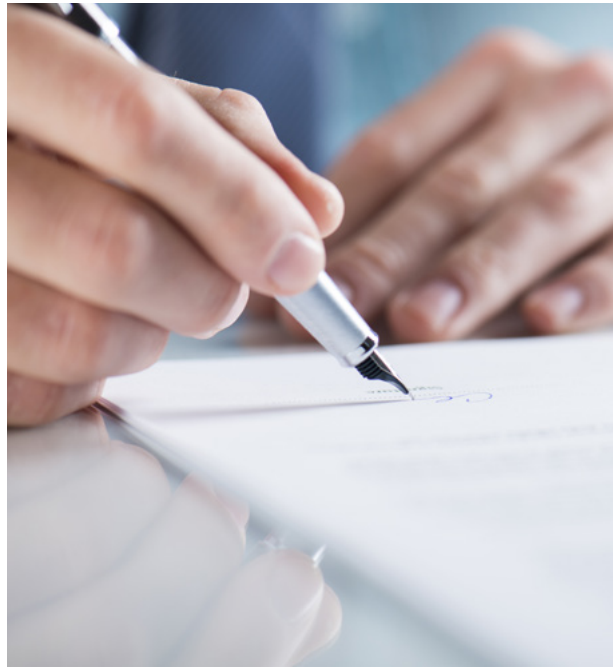


*“En primer lugar, la redacción de contratos es y será la parte esencial de la formalidad empresarial entre órganos corporativos: **deben verificar qué estipulaciones se incluirán, y por supuesto los medios de resolución de disputas**”*

*“First and foremost, contract drafting is and will be the quintessential part of business formality among corporate entities: all of them need to verify what stipulations will be included, and of course dispute resolution means”*

En primer lugar, la redacción de contratos es y será la parte esencial de la formalidad empresarial entre órganos corporativos: deben verificar qué estipulaciones se incluirán, y por supuesto los medios de resolución de disputas -a discutir en otro artículo-, que deben ser incluidos a lo largo del lenguaje tradicional, iniciando con la declaración de las partes de su objeto comercial respectivo.

Ahora que a las empresas les encanta organizar contratos internacionales, el idioma es también parte de la discusión crítica: aquí es donde la gestión del riesgo llega al principio. Mientras que la lengua franca es importante, también debe incluirse el idioma local, ya que la mayoría de las operaciones se llevan a cabo o bien en el país de una parte o en el de la otra. No debe olvidarse verbigracia, que del sur del Río Bravo hasta la Patagonia, el español es el más hablado hasta la Patagonia, por poner un ejemplo de uso idiomático dual que evita posibles conflictos.



First and foremost, contract drafting is and will be the quintessential part of business formality among corporate entities: all of them need to verify what stipulations will be included, and of course dispute resolution means -which will be discussed in another article-, must be included along traditional language, initiating with the parties' declaration of their own business purpose.

Now that businesses love arranging international contracts, language is part of critical discussion as well: this is where risk management comes at first. Whereas the lingua franca is important, the local language must be included as well, as most operational side takes place in either one of the party's country or the other. It should not be forgotten that ie. From South of Rio Bravo to the Patagonia, Spanish is the foremost spoken language, to take one example of dual language use which shall avoid future conflicts.





***“Las reglas comerciales tradicionales y las tendencias actuales del comercio electrónico, refieren obligatorio cuidado en la redacción de un contrato multinacional”***

*“Traditional commerce regulations and current e-Commerce trends correspond to mandatory carefulness in drafting a multinational contract”*

Las cláusulas de negociación más comunes deberían ser las de renovación no automática, las tarifas de los bienes básicos por supuesto (ya sean productos o servicios) pero también, y a discutirse en otro documento, los INCOTERMS (Términos Internacionales de Comercio): ¿dónde terminan las obligaciones del vendedor y comienzan las del comprador? ¿Será un servicio de "puerta" o el cliente debe asumir la responsabilidad en el curso del acuerdo? Las reglas comerciales tradicionales y las tendencias actuales del comercio electrónico, refieren obligatorio cuidado en la redacción de un contrato multinacional, por ejemplo.

Luego, las partes pasan al lado operativo... ¿Disfrutan de una revisión conjunta, firman y finalizan? No; es sólo al comienzo del negocio cuando realmente se lleva a cabo el contrato y se observa si se están cumpliendo las promesas hechas en papel. Se realizan reuniones periódicas para que los representantes de la compañía entiendan que el comercio es tan dinámico como lo será la ejecución del acuerdo, y la mayor parte del éxito dependerá de cómo lo sigan.

Most common negotiating terms should be a non-automatic renewal clause, the rates of the commodities of course (either goods or services) but also and, to be discussed in a new document, INCOTERMS (International Commercial Terms): where will the shipper's obligations end and the buyer's liabilities start? Will it be a "door" service or does the client need to bear responsibility on the course of the arrangement? Traditional commerce regulations and current e-Commerce trends correspond to mandatory carefulness in drafting a multinational contract, to name a few.

Then the parties go to the operational side... They enjoy a joint review, sign and done? No! It's just the start of the business, when they actually perform the contract and see whether each one is accomplishing the promises made on paper. Periodical meetings shall be held so that the company's representatives understand commerce is just as dynamic as the agreement execution will be, and most of the success will depend on how they follow-up on it.





**“Hablando del peculiar carácter de la frontera México-Estados Unidos, tal región permite a los abogados trabajar con los 2 sistemas legales más comunes en todo el mundo *el Derecho Romano y el Common Law*”**

**“Speaking of the peculiar nature of the U.S.-Mexican Border, such region allows attorneys to work with the 2 most common worldwide legal systems: Roman Law & Common Law”**

Por otro lado, existe el llamado "enfoque tradicional" de la gestión del riesgo: hay leyes y regulaciones nacionales, a las que se aplican la mayoría de los acuerdos, que cubren dichos riesgos, a saber: periodos de crédito, regulaciones de pago, prestación de un servicio específico, fabricación de un producto determinado, litigio de disputas relacionadas con el contrato, son los riesgos más comunes en las empresas. Sin embargo, lo que sucede a continuación es de naturaleza crítica, ya que algunas entidades simplemente desaparecen del mercado en un par de días. Por lo tanto, a medida que las contrapartes se extinguen, puede no tener sentido buscar la directriz legal correspondiente ya que no hay una persona o empresa que reclame un producto, servicio o asignación.

Ahora bien, hablando del peculiar carácter de la frontera México-Estados Unidos, tal región permite a los abogados trabajar con los 2 sistemas legales más comunes en todo el mundo: el Derecho Romano y el Common Law. Sin embargo, sus fuentes tradicionales se agotan en la medida en que cada vez más redes globales implican un mayor riesgo para el desarrollo del comercio, porque no solo surgen problemas contemporáneos en los artículos tradicionales como descripción del servicio, condiciones de pago, INCOTERM o derechos de propiedad intelectual, sino más bien en corrupción, transparencia, aduanas, lavado de dinero, cumplimiento ambiental, transparencia financiera, regulaciones de confidencialidad, asuntos de seguridad y protección, tráfico, explotación humana, por nombrar solo algunos. ¿Cómo entonces, operar bajo tales condiciones?

On the other hand, there is the so called "traditional approach" of risk management: there are the national law & regulations, to which most agreements are bound, which cover such risks, ie. Credit terms, payment regulations, providing a specific service, manufacturing a determined product, and litigating a contract-related dispute, the most common risks in businesses. However, what happens next is of critical nature, as there are some entities simply disappearing from the market within a couple of days. Thus, as counterparties become extinct, it may be purposeless to look for the corresponding legal guideline as there is no longer a person or company to claim for a product, service, or allocation.

Now, speaking of the peculiar nature of the U.S.-Mexican Border, such region allows attorneys to work with the 2 most common worldwide legal systems: Roman Law & Common Law. However, their traditional sources are exhausted in as long as more and more global networks naturally involve a higher risk for commerce development, because not only contemporary problems arise in traditional items as service description, payment terms, INCOTERM or Intellectual Property rights, but rather in corruption, transparency, customs, money-laundering, environmental compliance, financial transparency, confidentiality regulations, security and safety concerns, trafficking, human exploitation, to name just a few. How to operate under such conditions then?







**“El C-TPAT (Customs Trade Partnership Against Terrorism) y el Operador Económico Autorizado (OEA) son las muestras más comunes (no las únicas), con las cuales se estructura y supervisa una cadena logística”**

**“C-TPAT and Authorised Economic Operators (AEO) are the most common samples (although not the only ones), with which a logistics chain is structured and supervised”**

Afortunadamente, los tratados internacionales están preocupados por los hechos antes mencionados desde el comienzo de sus negociaciones. Por lo tanto, esos son temas obligatorios para ser discutidos y verificados en contrataciones de la iniciativa privada. Hoy en día, es usual firmar un acuerdo de confidencialidad y tener una oferta abierta, con una pluralidad de prospectos que han enviado previamente sus documentos corporativos, respetando la transparencia y verificando que no tienen un pasado oscuro o un presente cuestionable. También es fundamental investigar si los futuros asociados participan en el fomento de programas de cumplimiento interno, el cumplimiento de un estricto comportamiento anticorrupción, las prácticas de comercio justo y la capacitación obligatoria de los empleados.

Otro programa de prevención importante es la ejecución de las reglas de comercio mundial para sus miembros, que las organizaciones privadas deben cumplir para establecer un entorno seguro para sus trabajadores y socios comerciales. El C-TPAT (Customs Trade Partnership Against Terrorism) y el Operador Económico Autorizado (OEA) son las muestras más comunes (no las únicas), con las cuales se estructura y supervisa una cadena logística para evitar que un fabricante, transportista, agente aduanal, entre otros, participen en actividades delictivas y afecten nuestras propias actividades a través del tráfico de drogas, fraude, lavado de dinero o colusión.

Fortunately, international treaties are now concerned on abovementioned facts since the very beginning of their negotiations. Thus, those are mandatory topics to be discussed in private contracting and verified as well. It is now normal to sign a confidentiality agreement and have an open-bidding with a plurality of prospects which have previously sent their corporate documents, respecting transparency and verifying they do not have an obscure past or a questionable present. It is also critical to research on whether the future associates engage in fostering internal compliance programs, accomplishing strict anti-corruption behavior, fair trade practices and mandatory employee training.

Another important prevention program is the execution of global trade rules World Customs Organization commands for its members, which private organizations should comply with in order to establish a safe and secure environment for their workers and business associates. C-TPAT and Authorised Economic Operators (AEO) are the most common samples (although not the only ones), with which a logistics chain is structured and supervised to avoid a manufacturer, carrier, custom broker among others, to engage in criminal activities and affect our own activities via drug trafficking, fraud, money laundering, or collusion.





***“Las leyes de comercio no son clave en prevención de riesgos para las empresas en la medida en que se actualizan, sino en cómo los actores privados las estructuran dentro de sus organizaciones internas a través de programas de cumplimiento encaminados a la gestión de riesgos”***

*“Trade regulations are not key preventives of risk-associated concerns for companies in the way they are updated, but in how the private actors structure them within their own, internal organizations via compliance programs towards risk management”*

En tal tenor, las leyes de comercio no son clave en prevención de riesgos para las empresas en la medida en que se actualizan, sino en cómo los actores privados las estructuran dentro de sus organizaciones internas a través de programas de cumplimiento encaminados a la gestión de riesgos, realizando a sí mismos un triple nivel de revisión: empleados internos, seguridad física, preocupaciones ambientales y estructura financiera, transparencia y seguridad de los asociados externos de negocios, y evaluación de país sobre cómo las perspectivas regionales fomentan (o no) tales preocupaciones.

Aunque el comienzo de los programas de Operador Económico Autorizado a través de las autoridades aduaneras internacionales variaba de vez en cuando, la práctica común era fomentar la participación de los actores privados, como principal ente de comercio internacional, ya que solían certificarse mediante regulaciones que variaban desde requisitos de protección dentro de sus instalaciones, a la capacitación de los empleados y a las ventajas tecnológicas particulares que impedían el tráfico de personas, drogas y armas en la cadena logística de transportistas, intermediarios y fabricantes a nivel mundial, entre otros.

In that respect, trade regulations are not key preventives of risk-associated concerns for companies in the way they are updated, but in how the private actors structure them within their own, internal organizations via compliance programs towards risk management, creating a triple-level revision for themselves: internal – employees, physical security, environmental concerns and financial structure-, external – business associates transparency and security-, and country-assessment in how regional perspectives encourage (or not) such concerns.

Although the very beginning of Authorized Economic Operator programs via international customs authorities varied from time to time, common practice was to foster private actors participation as the main focus on international trade, as they used to get certified via engaging into regulations varying from physical protection requirements within their facilities, to employees training and particular technological advantages which prevented human, drug and weapons trafficking in the logistic chain of global carriers, custom brokers and manufacturers, among others.





**“Dichas certificaciones no sólo representaron una ventaja para el comercio (oficina de Protección Fronteriza de Aduanas de Estados Unidos, 2018), sino que también agregaron una parte clave en los requisitos de cumplimiento para las compañías”**

*“Such certifications not only represented an advantage towards commerce (U.S. Customs Border Protection agency, 2018), but also added a critical part in compliance requirements for companies”*

Dichas certificaciones no sólo representaron una ventaja para el comercio (oficina de Protección Fronteriza de Aduanas de Estados Unidos, 2018), sino que también agregaron una parte clave en los requisitos de cumplimiento para las compañías, en tanto que sus programas de cumplimiento de requisitos legales para operar sus negocios con décadas de antigüedad, se enriquecieron con procesos de seguridad reforzada para prevenir riesgos de socios externos. Posteriormente, ha habido un desarrollo de 3 escalones de los programas de cumplimiento interno en el mundo corporativo, a saber:

En primer lugar, el área legal y de cumplimiento, quien ordenaba un Código de Conducta global para ser seguido por las sucursales mundiales del negocio correspondiente, un conjunto de políticas y, por supuesto, la capacitación de los empleados de vez en cuando para evitar el comportamiento ilegal o antiético. Si bien no existe evidencia empírica que demuestre que el historial de cumplimiento disuade el comportamiento interno, efectivamente establece el comienzo de la conciencia de los empleados y de terceros sobre la importancia de dichas conductas.

En segundo lugar, el cumplimiento se convirtió en una cultura transversal, en la medida en que cada área corporativa, CEO y CFO incluía a los miembros de la Junta Directiva de una sociedad, hacía obligatorio evitar las prácticas corruptas -domésticas y en el extranjero-, debidas diligencia en reconocer actividades de lavado de dinero en socios comerciales, y castigar actividades relacionadas con la colusión, desde pequeñas conspiraciones internas entre empleados hasta más delitos de cuello blanco como una colusión de una compañía a otra como para intentar romper prácticas de comercio justo.

Such certifications not only represented an advantage towards commerce (U.S. Customs Border Protection agency, 2018), but also added a critical part in compliance requirements for companies, in as much as decades-old programs of fulfilling legal requirements to operate their businesses enriched themselves with strengthened security and safety procedures, to prevent risks from external partners. Afterwards, there has been a three-tier development of internal compliance programs in the corporate world, as follows:

First of all, the legal & compliance area which mandated a global Code of Conduct to be followed by worldwide branches of the corresponding business, a set of policies and of course, employee training from time to time to prevent illegal or unethical behavior. While there is no empirical evidence compliance background actually deterred internal behavior, it effectively set the beginning of employee and third-party awareness of the importance of such conducts.

Secondly, compliance made itself a transversal culture, in as long as every single corporate area, CEO and CFO included along the members of the Board of Directors of a society, made it mandatory to avoid corrupt practices -domestic and overseas-, made a due diligence in recognizing money-laundering activities in business partners, and punishing collusion-related activities, from small internal conspiracies among employees, to more white-collar crimes being such collusion from one company to another as to try to break fair trade practices.



*“Según una cultura de cumplimiento alentadora, el riesgo puede reducirse al mínimo posible en la forma en que un **acuerdo internacional prevé una parte tan obligatoria en cada paso de su estructura operativa**”*

*“As per encouraging compliance culture, risk may be diminished to as little as possible in the way an international agreement foresees such a mandatory part in every step of its operating structure”*

En tercer lugar, ahora el cumplimiento no solo es una práctica disuasoria de riesgos entre las empresas, sino también financiera dentro de la organización: el nivel de compromiso se mide en cuánto puede crecer o no una nueva operación, de acuerdo con las sólidas prácticas financieras y corporativas de los socios. El reconocimiento que tiene para prevenir y disuadir tal comportamiento.

Según una cultura de cumplimiento alentadora, el riesgo puede reducirse al mínimo posible en la forma en que un acuerdo internacional prevé una parte tan obligatoria en cada paso de su estructura operativa: como se escribió al principio de este artículo, el primer paso es una debida diligencia de la perspectiva, con el fin de validar qué es un socio comercial deseable, se involucra en prácticas de comercio justo, y preferiblemente proviene de un país o región reconocida por la protección de negocios transparentes y el comportamiento corporativo adecuado.



Third, now compliance not only is a risk-deterrent practice among businesses, but financially stated within the organization: the commitment level being measured into how much a new operation can grow or not, in accordance to the partners' sound financial and corporate practices and the recognition it has to prevent and deter such behavior.

As per encouraging compliance culture, risk may be diminished to as little as possible in the way an international agreement foresees such a mandatory part in every step of its operating structure: as written in the beginning of this article, the first step being a due diligence of the prospect, in order to validate it is a desirable business partner, it engages in fair trade practices, and preferably comes from a well-standing country or region recognized by protecting transparent businesses and proper corporate behavior.





Por supuesto, no solo es un chequeo preliminar suficiente para entablar una relación comercial a largo plazo, sino que una visita para evaluar a dicho socio comercial, identificando sus fortalezas y oportunidades es esencial para establecer una "clasificación" de cómo se comporta con nuestras necesidades, y el seguimiento de las visitas consecuentes no solo se aplican para continuar nuestros negocios, sino para hacer crecer dicha relación en la medida en que las áreas de oportunidad realmente se mejoren, y que se tomen medidas disciplinarias siempre que se identifique un comportamiento inapropiado internamente o externamente, y cualquier actividad sospechosa reportada.

Para concluir con el tema de la gestión de riesgos: redactar un contrato con cláusulas adecuadas, mejorar nuestra validación preliminar de socios comerciales y rescindir un acuerdo cada vez que se incumplan los fundamentos, son parte de la conducción adecuada de los negocios modernos. No obstante, participar en un programa permanente de cumplimiento como parte de la evaluación y seguimiento de nuestros clientes y proveedores no solo fortalece el buen desempeño del contrato, sino que también habla de prevenir posibles conflictos y tener una organización propia más transparente, efectiva y eficiente, por ello como alternativa futura podemos desarrollar un programa de gestión de riesgos dentro de nuestra organización, dentro de nuestros socios comerciales según la naturaleza de la relación, y dentro de los propios países para identificar posibles amenazas y disuadir tales amenazas.

Of course, not only is a preliminary check-up enough to engage in a long-term commercial relation, but a visit to evaluate such business partner, identifying its strengths and opportunities is essential to establish a "grading" of how it performs towards our needs, and follow-up the consequent visits not only apply to continue our businesses, but to grow such relation in as long as the areas to be improved are actually enhanced, and that disciplinary actions are taken whenever an improper behavior is either identified internally or externally, and any suspicious activity being reported.

To wrap up risk management: drafting a contract with proper clauses, improving our preliminary validation of business partners and terminating an agreement whenever fundamentals are breached, are part of conducting modern business properly. Nonetheless, engaging into a compliance permanent program as part of evaluating and following up our clients and vendors not only strengthens the contract's well performance, but also speaks of preventing possible conflicts and having a more transparent, effective and efficient organization of our own: future alternatives will be developing a risk management program properly within our organization, within our business partners based on the nature of the relationship, and within countries themselves to identify possible threats and deter such menaces.

