

Coronavirus / COVID-19: Implicaciones para los Contratos Comerciales y Financieros

Skadden

02 / 26 / 20

Si tuviera alguna pregunta relacionada con las cuestiones discutidas en este memorándum, por favor contacte a los abogados listados en la última página o llame a su contacto regular de Skadden.

Esta comunicación es proporcionada por Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP y sus afiliados solo con fines educativos e informativos y no está prevista y no debe ser interpretada como asesoramiento jurídico. Esta comunicación se considera publicidad bajo las leyes estatales aplicables.

Four Times Square
New York, NY 10036
212.735.3000

El brote de coronavirus (también conocido como COVID-19) está afectando la fabricación mundial, el transporte y las cadenas de suministro transfronterizas que sustentan muchos aspectos del comercio internacional. Algunas compañías afirman que el brote constituye un evento de fuerza mayor o da lugar a otra base legal que excusa el incumplimiento de los contratos comerciales. Estamos asesorando a clientes en numerosas cuestiones legales relacionadas con el brote, tales como la divulgación adecuada por parte de las empresas públicas del impacto del brote en la empresa. Además, las empresas que están negociando acuerdos comerciales hoy deberían considerar de manera proactiva la asignación adecuada de riesgos y las consecuencias de un mayor deterioro del negocio como resultado del brote de coronavirus.

El impacto del virus en un negocio particular y bajo un contrato particular será específico según los hechos. Para las compañías que están considerando dar avisos de fuerza mayor, así como las compañías que los han recibido, es importante revisar el contrato relevante junto con otros acuerdos relevantes de la compañía para determinar todos los derechos y obligaciones. Es posible que sea necesario enviar avisos dentro de períodos de tiempo definidos. Además, los términos de los acuerdos y la ley aplicable rigen el alcance de las posibles defensas contra el incumplimiento. También se debe realizar una evaluación de la cobertura de seguro disponible, y las reclamaciones de seguro se deben realizar de manera oportuna. A continuación proporcionamos un resumen de los principios relevantes y los posibles pasos para evaluar estas cuestiones.

Evaluación de Exposición y Plan de Acción

Las partes en los acuerdos comerciales afectados por el brote de coronavirus deben analizar rápidamente sus derechos y obligaciones. Esto implica:

- identificar las disposiciones clave de los contratos relevantes que pueden verse afectados por los eventos recientes (por ejemplo, declaraciones/garantías, convenios, derechos de rescisión, condiciones, cláusulas de fuerza mayor o cláusulas de “cambio en la ley”);
- identificar los requisitos de notificación que se han activado o pueden activarse;
- considerar si existen medios alternativos para cumplir con las obligaciones contractuales o medidas proactivas que se puedan tomar anticipando los posibles efectos futuros del brote;
- analizar las posibles consecuencias de un incumplimiento y/o retraso en el cumplimiento;
- gestionar las comunicaciones con las contrapartes, teniendo en cuenta la importancia de la coordinación global de las relaciones locales para garantizar un enfoque consistente; y
- comprender las acciones y restricciones regulatorias locales, incluyendo la revisión de las regulaciones *existentes* (por ejemplo, sobre salud y seguridad) y monitorear *nuevos* edictos en tiempo real para determinar si requieren que la compañía tome medidas o decisiones que puedan afectar los compromisos contractuales.

Los acuerdos comerciales pueden prever una serie de posibles consecuencias derivadas del brote, incluyendo la ejecución y/o la recuperación de costos para la parte afectada, la responsabilidad por daños y la terminación. Los acuerdos de financiación a menudo incluyen obligaciones de notificación potencialmente relevantes para los prestadores y los eventos de incumplimiento — generalmente vinculados a un evento adverso

Coronavirus / COVID-19: Implicaciones para los Contratos Comerciales y Financieros

relevante que afecta al prestatario o, en algunos casos, a su matriz o proveedor(es). Puede haber matices adicionales según las leyes de jurisdicciones particulares.

Además, para las empresas públicas, los efectos del brote de coronavirus podrían generar preocupaciones legales, o de divulgación y otros valores, sobre el impacto del virus en el desempeño financiero u orientación financiera de la compañía en particular, dependiendo de la situación particular y la jurisdicción en cuestión.

A continuación, describimos consideraciones urgentes sobre avisos contractuales y cobertura de seguro y brindamos más antecedentes sobre principios legales potencialmente aplicables, tales como fuerza mayor, cumplimiento imposible, imprevisión y eventos adversos relevantes.

Avisos:

En el plazo inmediato, muchos contratos requieren que cualquier parte que busque alegar fuerza mayor como base para suspender la ejecución debe notificar a su contraparte.

Si no se envían dichos avisos “con prontitud” o, en algunos casos, dentro de un cierto número de días, pueden surgir argumentos sobre la renuncia a la defensa de fuerza mayor o tener otras consecuencias adversas.

Algunos contratos estipulan además que la continuación de un evento de fuerza mayor durante un cierto período de tiempo (por ejemplo, 90 a 180 días) puede dar lugar a un derecho de terminación. En otros escenarios, la fuerza mayor puede dar lugar solo a una suspensión del cumplimiento requerido.

Impacto en otros acuerdos:

Las partes que buscan invocar, o que se enfrentan a, una declaración de fuerza mayor también deben considerar el efecto de dicha declaración en otros acuerdos u obligaciones legales, por ejemplo, acuerdos de financiación y obligaciones de divulgación. Muchos acuerdos financieros incluyen representaciones o convenios para proporcionar notificación de litigios relevantes, o eventos relevantes que podrían llevar a un litigio relevante o una pérdida anticipada fuera del curso ordinario de los negocios. Una interrupción del negocio también puede constituir un evento de incumplimiento, ya sea expresamente o por su impacto en los acuerdos financieros u otros.

Cobertura del seguro:

También se debe considerar si el seguro puede cubrir las pérdidas derivadas de la incapacidad de una parte para cumplir con sus obligaciones debido al brote de coronavirus.

- Muchas pólizas de seguro de propiedad comercial brindan cobertura de interrupción de negocios; sin embargo, como prerrequisito para la cobertura, estas pólizas frecuentemente requieren pérdidas físicas directas a la propiedad del asegurado, sus clientes o sus proveedores.
- Ciertos productos especializados de seguros, como el seguro de fuerza mayor, el seguro de interrupción del comercio, el seguro de riesgo político o los bonos de rendimiento, pueden ofrecer una vía de alivio.
- En todo caso, la cobertura será determinada por los términos y condiciones específicos de una póliza, los cuales deben evaluarse cuidadosamente. Se debe prestar especial atención a las disposiciones de notificación de la política aplicable.

Fuerza Mayor y Doctrinas Similares

Cualquier afirmación de fuerza mayor debe analizarse según los términos del contrato, que puede contener o no una cláusula de fuerza mayor que defina los contornos y las consecuencias de cualquier excusa por incumplimiento. Además, el evento de fuerza mayor debe analizarse según la ley vigente del contrato para determinar la disponibilidad y el alcance de dicha defensa.

Cuando los contratos se rigen por las leyes de Nueva York, Inglaterra o Hong Kong, las partes deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- si el acuerdo de las partes estipula expresamente la suspensión o dispensa del cumplimiento en función de la fuerza mayor;
- si se requiere notificación antes de declarar fuerza mayor y en qué forma;
- en el contexto del coronavirus, la medida en que el brote viral impidió, obstaculizó o retrasó la ejecución del contrato;
- si las expectativas razonables se frustraron y las circunstancias fueron imprevisibles o estaban fuera del control de las partes; y
- posibles medios alternativos para cumplir obligaciones y medidas para evitar o mitigar el brote de coronavirus y sus consecuencias.

Coronavirus / COVID-19: Implicaciones para los Contratos Comerciales y Financieros

Consideraciones similares se aplican a los contratos regidos por la ley alemana y francesa. La ley alemana no regula explícitamente los resultados de un evento de fuerza mayor, y las partes, en consecuencia, a menudo acuerdan cláusulas de fuerza mayor. Para los contratos regidos por la ley francesa donde el contrato es silencioso, la fuerza mayor está regulada por el Código Civil y ocurre cuando el cumplimiento de una parte se ve impedido por un evento fuera de su control, que no podría haberse previsto razonablemente en el momento de la ejecución del contrato, y cuyos efectos no podrán evitarse con las medidas apropiadas. Las consideraciones relevantes incluyen si:

- la parte que debe la obligación acordó asumir el riesgo de un evento de fuerza mayor;
- el retraso resultante justifica la terminación del contrato; y
- la parte que busca hacer valer la fuerza mayor debería haber cumplido el acuerdo antes del evento de fuerza mayor.

Imposibilidad e Imprevisión

Si un evento no cumple con los requisitos para ser considerado un evento de *fuerza mayor*, pero aun así hace más oneroso — o imposible — que una parte cumpla con sus obligaciones, la disponibilidad de recursos varía según las jurisdicciones.

Bajo las leyes de Nueva York, Inglaterra o Hong Kong, la potencial aplicación de defensas por “frustración del objeto del contrato” y/o “cumplimiento imposible” está limitada y requiere considerar (a) si el bien objeto del contrato o los medios de ejecución han sido destruido para que su ejecución se vuelva objetivamente imposible, y (b) si el objetivo central del contrato ha sido frustrado o el contrato se ha vuelto radicalmente distinto de lo que fue contemplado por las partes al momento de pactarlo y por lo tanto, física o comercialmente imposible de cumplir. Los casos sobre “frustración del objeto del contrato” bajo ley inglesa son raramente exitosos. En una decisión reciente, la Corte Superior de Inglaterra concluyó que Brexit no frustraría un contrato de arrendamiento por 25 años de la Agencia Europea de Medicamentos en Canary Wharf, Londres, a pesar del hecho de que la agencia estaría obligada a relocalizar sus establecimientos a un Estado Miembro de la UE.¹

Algunas jurisdicciones *civil law* proporcionan una excusa para la ejecución ante la imprevisión (*imprévision*) bajo el Código Civil. Bajo la ley alemana, la ejecución puede excusarse si la misma se ha vuelto imposible, lo cual es difícil de comprobar. Una parte puede asimismo demandar la adaptación del contrato o potencialmente incluso terminarlo si puede demostrar que ninguna de

las partes explícita o tácitamente acordó asumir el riesgo de que ocurriera un evento relevante imprevisto. Bajo la ley francesa, las preguntas relevantes incluyen si el cambio de circunstancias era imprevisible al momento de celebrarse el contrato y si volvió la ejecución excesivamente onerosa. Dependiendo de los términos del contrato, la ley aplicable podría generar un derecho a renegociar el contrato y dar la facultad a los árbitros y jueces de modificarlo.

Ciertos tipos de contratos pueden ser regidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) o por un Código Comercial Uniforme (UCC) bajo ley estadounidense. El artículo 79 de la CISG puede excusar la ejecución cuando la imposibilidad de cumplimiento se deba a un impedimento imprevisible más allá del control de una parte que la misma no pudo superar. El UCC proporciona una excusa potencial cuando la ejecución se vuelve “impracticable” por la ocurrencia de un evento “cuya no ocurrencia era una presunción básica sobre la cual se realizó el contrato”. Sección 2-615(a) del UCC de Nueva York. Sin embargo, en todos los casos, los términos particulares del contrato pueden alterar la aplicación de estas doctrinas.

Cambio Adverso Relevante o Efecto Adverso Relevante

Algunos contratos distribuyen el riesgo entre las partes en caso de que ocurran eventos que razonablemente pueda esperarse que resulten en un cambio adverso relevante (CAR) o un efecto adverso relevante (EAR). La ocurrencia de un CAR o un EAR puede dar a una parte el derecho de no ejecutar sus obligaciones bajo el contrato o incluso de terminarlo. Otros contratos podrían requerir dar aviso a la contraparte de cualquier circunstancia que pudiera constituir un CAR o un EAR, lo cual puede incluir (a) el incumplimiento o no ejecución de, o cualquier retraso en el cumplimiento de las obligaciones contractuales; (b) el informar sobre cualquier amenaza relevante de litigio o arbitraje; (c) cualquier situación que impacte de manera relevante la posibilidad de la parte para dar cumplimiento a sus obligaciones bajo el contrato; o (d) cualquier situación que impacte de manera relevante las operaciones o la ejecución financiera.

Conclusión

Para poder evaluar el impacto del brote de coronavirus en un negocio en particular y sus relaciones contractuales, se requiere un análisis específico de los hechos. Las compañías preocupadas deben llevar a cabo una revisión con sus abogados sobre los derechos y obligaciones bajo sus diversos convenios, instrumentos de financiación y leyes aplicables, incluyendo con respecto a los requisitos de notificación, el impacto potencial de otros acuerdos, la cobertura de seguros y la divulgación de información.

¹ Caso “Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency [2019] EWHC 335 (Ch).”

Coronavirus / COVID-19: Implicaciones para los Contratos Comerciales y Financieros

Contactos

Mercados de Capitales

Z. Julie Gao

Socia / Hong Kong
852.3740.4863
julie.gao@skadden.com

David J. Goldschmidt

Socio / New York
212.735.3574
david.goldschmidt@skadden.com

Alejandro Gonzalez Lazzeri

Socio / New York
212.735.3318
alejandro.gonzalez.lazzeri@skadden.com

Laura A. Kaufmann Belkhatay

Socia / New York
212.735.2439
laura.kaufmann@skadden.com

Corporativo / M&A

Michael A. Civale

Socio / New York
212.735.3452
michael.civale@skadden.com

Rajeev P. Duggal

Socio / Singapore
65.6434.2980
rajeev.duggal@skadden.com

Shilpi Gupta

Socio / Chicago
312.407.0738
shilpi.gupta@skadden.com

Peter X. Huang

Socio / Beijing
86.10.6535.5599
peter.huang@skadden.com

Mitsuhiro Kamiya

Socio / Tokyo
81.3.3568.2228
mitsuhiro.kamiya@skadden.com

Paola Lozano

Socio / New York
212.735.2545
paola.lozano@skadden.com

Paul T. Schnell

Socio / New York
212.735.2322
paul.schnell@skadden.com

Jonathan B. Stone

Socio / Hong Kong
852.3740.4703
jonathan.stone@skadden.com

Proyectos de Energía & Infraestructura

David P. Armstrong

Socio / Toronto
416.777.4716
david.armstrong@skadden.com

Julia A. Czarniak

Socia / New York
212.735.4194
julia.czarniak@skadden.com

Paul S. Kraske

Socio / Washington, D.C.
202.371.7234
paul.kraske@skadden.com

Tatiana Monastyrskaya

Socia / New York
212.735.3582
tatiana.monastyrskaya@skadden.com

Aryan Moniri

Socio / Washington, D.C.
202.371.7356
aryan.moniri@skadden.com

PI y Tecnología

Jose A. Esteves

Socio / New York
212.735.2948
jose.esteves@skadden.com

Arbitraje Internacional

Julie Bédard

Socia / New York y São Paulo
212.735.3236
julie.bedard@skadden.com

David Kavanagh QC

Socio / London
44.20.7519.7288
david.kavanagh@skadden.com

Lea Haber Kuck

Socia / New York
212.735.2978
lea.kuck@skadden.com

Gregory A. Litt

Socio / New York
212.735.2159
greg.litt@skadden.com

Rory McAlpine

Socio / Hong Kong
852.3740.4743
rory.mcalpine@skadden.com

Timothy G. Nelson

Socio / New York
212.735.2193
timothy.g.nelson@skadden.com

Anke C. Sessler

Socia / Frankfurt
49.69.7422.0165
anke.sessler@skadden.com

Valentin Autret

Counsel / Paris
33.1.55.27.11.11
valentin.autret@skadden.com

Litigio

Boris Bershteyn

Socio / New York
212.735.3834
boris.bershteyn@skadden.com

Jay B. Kasner

Socio / New York
212.735.2628
jay.kasner@skadden.com

Steve Kwok

Socio / Hong Kong
852.3740.4788
steve.kwok@skadden.com

Scott D. Musoff

Socio / New York
212.735.7852
scott.musoff@skadden.com

Fiscal

James Anderson

Socio / London
44.20.7519.7060
james.anderson@skadden.com