

**Andrew Stafford KC**

Londres
andrew.stafford@kobrekim.co.uk

**Jef Klazen**

Nueva York
jef.klazen@kobrekim.com

**John Han**

Hong Kong
john.han@kobrekim.com

**Paul Hughes**

paul.hughes@kobrekim.com

**Timothy de Swardt**

Islas Vírgenes Británicas
timothy.deswardt@kobrekim.com

Coronavirus: Comprando Tiempo en Incertidumbre

A medida que la economía global se deteriora a una velocidad sin precedentes, los flujos de ingresos se agotan y el dólar estadounidense se aprecia dramáticamente frente a otras monedas, las empresas enfrentan decisiones críticas para garantizar su supervivencia. Las deudas y otras obligaciones contractuales se acumulan mientras los trabajadores son enviados a casa para ponerse en cuarentena y las perspectivas comerciales se evaporan. COVID-19 tendrá brutales consecuencias económicas en el futuro.

A medida que la economía global se deteriora a una velocidad sin precedentes, los flujos de ingresos se agotan y el dólar estadounidense se aprecia dramáticamente frente a otras monedas, las empresas enfrentan decisiones críticas para garantizar su supervivencia. Las deudas y otras obligaciones contractuales se acumulan mientras los trabajadores son enviados a casa para ponerse en cuarentena y las perspectivas comerciales se evaporan. COVID-19 tendrá brutales consecuencias económicas en el futuro cercano. Preservar liquidez se ha vuelto crítico para muchas empresas. El tiempo se convierte en una mercancía preciosa para salir de la tormenta.

Si ganar tiempo es crítico para las operaciones de una empresa, prepararse para invocar fuerza mayor tanto con prestamistas como con otras contrapartes, puede aumentar significativamente la probabilidad de una resolución comercial o dar un resultado positivo

en caso de litigio.

Fuerza Mayor en Pandemias

La mayoría de los acuerdos comerciales regidos por las leyes de Nueva York o de Inglaterra contienen una cláusula de force majeure (que significa "fuerza superior") que puede usarse para excusar a una o ambas partes de sus obligaciones cuando ocurra un acto o dificultad imprevista, fuera del control de las partes, que retrase o impida materialmente el cumplimiento de las obligaciones a las que se sometieron contractualmente.

Estas cláusulas ocasionalmente hacen referencia a una epidemia de salud como una razón para excusar performance y suspender las obligaciones de las partes. También pueden contener un límite de tiempo respecto a la duración de esa crisis, y si excede ese tiempo, cualquiera de las partes puede rescindir el acuerdo, normalmente sin penalización.

Uno de los desafíos es que las cláusulas de fuerza mayor no suelen contener un lenguaje específico que indique expresamente cuándo una parte puede invocar una causa de fuerza mayor. En otros casos, ciertos contratos no incluyen una cláusula de fuerza mayor. La pandemia de COVID-19 es un evento único en la historia moderna, no hay fórmulas claras para determinar si la pandemia de COVID-19 constituiría un evento de fuerza mayor. La eficacia de un argumento de fuerza mayor estará determinada por la redacción y la naturaleza del contrato, así como las circunstancias del mismo y de las contrapartes.

Los tribunales americanos no han desarrollado una guía clara sobre si las epidemias o pandemias constituyen eventos de fuerza mayor.

El análisis para determinar si una pandemia constituye fuerza mayor bajo la ley de Nueva York, por ejemplo, es complejo porque hay diferentes eventos que surgen de la pandemia (por ejemplo, caídas en el mercado de valores, "actos de príncipe", regulaciones de lockdown por parte de los gobiernos, factor del miedo, etc.), y los tribunales podrían considerar que cada evento tendría un nivel diferente de previsibilidad y un nivel de control para que las partes realmente cumplan con la obligación. Por lo tanto, es probable que un tribunal de Nueva York analice casos de fuerza mayor observando las circunstancias que llevaron a la parte que invoca la fuerza mayor a suspender las obligaciones del contrato.

Los tribunales ingleses han reconocido que las pandemias son eventos de fuerza mayor, sujeto a los hechos específicos del caso en cuestión. Según la ley inglesa, el concepto de "más allá del control razonable" puede ser suficiente si un tribunal determina que las circunstancias causadas por la pandemia están más allá del control razonable de las partes y ningún otro factor impidió que la parte que invoca la fuerza mayor se desempeñara de acuerdo a las obligaciones contractuales.

En Brasil, los tribunales también han reconocido eventos epidémicos y pandémicos, como el H1N1, para calificar como eventos de fuerza mayor. El factor principal de un evento de fuerza mayor que los tribunales brasileños han examinado es su inevitabilidad, y que se derive de eventos naturales, como terremotos, inundaciones y, en este caso, una epidemia.

Según la ley argentina, la fuerza mayor está codificada en el Código Civil y Comercial y se define como un evento que no pudo haberse previsto o que, una vez previsto, no pudo haberse evitado. Una pandemia global también puede desencadenar otra teoría legal conocida como la teoría de la imprevisión en virtud de la cual el cumplimiento de las obligaciones contractuales se suspendería ante un cambio imprevisto en las circunstancias en que las partes contrataron. La suspensión tendrá efecto durante el tiempo que dure la emergencia, pero no eximiría a la parte que la ha invocado de cumplir con sus obligaciones una vez que el evento imprevisto haya pasado.

Preparándose Para Invocar Fuerza Mayor

El desafío para invocar con éxito fuerza mayor es alto. Se puede esperar que los prestamistas y otras contrapartes comerciales, que no buscan ser excusados del desempeño, impugnen vigorosamente a la parte que invoque fuerza mayor. Por lo tanto, es fundamental establecer las bases cuidadosamente en cualquier jurisdicción antes de invocar una doctrina de fuerza mayor para tener las mejores posibilidades de un resultado exitoso, ya sea a través de negociaciones, en la corte o en un arbitraje.

La ley que rige el contrato en cuestión será la que determine si la pandemia COVID-19 constituye un evento de fuerza mayor. Incluso si un contrato no contiene una cláusula de fuerza mayor, la ley vigente del acuerdo puede proporcionar alivio.

Los requisitos legales para tener éxito en un litigio de fuerza mayor varían significativamente de una jurisdicción a otra. Diseñar una estrategia que se adapte a los hechos y la ley que rige el contrato es importante dadas las diferencias en el tratamiento del instituto de fuerza mayor. Por ejemplo, Nueva York excusa el desempeño solo cuando es realmente imposible, en lugar de meramente impracticable, lo que generalmente requiere demostrar que la destrucción del objeto del contrato, o los medios del cumplimiento contractual, hacen imposible el cumplimiento de las obligaciones. California, por otro lado, permite que se invoque fuerza mayor cuando no es posible realizarla, lo que significa que la ejecución requeriría un gasto excesivo o irrazonable.

Conclusiones

Las empresas que tienen contratos bajo ley de Nueva York o bajo ley inglesa se beneficiarían de la preparación proactiva para invocar fuerza mayor para preservar la mayor probabilidad de éxito en futuros litigios si una solución comercial se vuelve inviable. Para las empresas que deben conservar efectivo para garantizar la supervivencia, la única opción viable podría ser invocar con éxito la fuerza mayor en sus contratos.