

## COVID-19: Posibles efectos legales en contratos y ejecución de proyectos

El 11 de marzo de 2020, el Organismo Mundial de Salud (OMS) declaró al COVID-19 como una pandemia debido a la rápida propagación a nivel mundial del coronavirus originado a finales de 2019 en Wuhan, China.

En Perú, el 16 de marzo de 2020 entró en vigencia el Decreto Supremo No. 044-2020-PCM que establece el estado de emergencia nacional, el cierre de las fronteras, restricciones para el tránsito interno, entre otras, por quince días. Estas medidas vienen siendo y podrán ser complementadas o ampliadas por el gobierno peruano en atención al desarrollo de esta crisis y los asuntos que requieran precisiones (i.e. cumplimiento de obligaciones tributarias, efectos laborales, subsidios a población vulnerable, entre otras).

La propagación del COVID-19 viene mostrando sus efectos nocivos en la economía, reflejándose en las bolsas de valores en el mundo y posiblemente en la afectación del desarrollo de diversos negocios.

A continuación las consideraciones a tener en cuenta sobre los posibles efectos legales que el COVID-19 puede tener en los contratos bajo ley peruana, a ser ejecutados en Perú o que tengan un punto de vinculación relevante en Perú.

### 1. Posibles riesgos en relaciones contractuales: Identificación y pre-diagnóstico

Es importante identificar debidamente las relaciones contractuales que pueden devenir en riesgo. Para ello, se recomienda un análisis de los siguientes puntos que permita un pre-diagnóstico o plan para que los órganos de administración de una sociedad estén en mejor posición para adoptar medidas o tomar acciones.

- **Inventario de contratos:** Identificar los contratos relevantes, ya sea por cuantía o por su rol estratégico para la empresa, según la naturaleza del negocio o proyecto a ejecutarse.
- **Relaciones contingentes o en riesgo:** Evaluar qué relaciones o qué contrapartes pueden devenir en riesgo de incumplimiento, falta de liquidez, insolvencia o presentar reclamos o mostrarse en conflicto, así como los alcances de los contratos relacionados.
- **Efectos adversos en obligaciones:** Monitorear los efectos que tiene o pueden tener las obligaciones altamente onerosas, plazos cortos (por ejemplo, obligaciones a ejecutarse dentro del periodo del Estado de Emergencia o que requieren ejecución continua durante dicho periodo) o que gatillen o imposibiliten el cumplimiento de condiciones contractuales (i.e. condiciones precedentes, condiciones suspensivas u otras).
- **Pre-diagnóstico y plan inicial de acción/respuesta:** El análisis de los puntos anteriores servirá para un pre-diagnóstico y que, de ser el caso, los órganos corporativos de una empresa puedan activar un plan inicial de acción/respuesta, según corresponda.

### 2. Análisis de cláusulas y escenarios de suspensión o inejecución de obligaciones

Cualquier plan de acción/respuesta o medida a ser adoptada debe tomar en consideración los siguientes conceptos legales y sus alcances específicos en los contratos y cláusulas correspondientes.

#### Caso fortuito o fuerza mayor

*¿Puede el COVID-19 considerarse como caso fortuito o fuerza mayor que justifique la inejecución de obligaciones en los contratos?*

Según el artículo 1315 del Código Civil peruano, se entiende por caso fortuito o fuerza mayor a la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Algunos puntos a tener en cuenta:

**No imputabilidad:** Los efectos que el COVID-19 puede generar en un contrato no son imputables como responsabilidad a una de las partes

**Evento extraordinario:** Las pandemias, catástrofes naturales o eventos similares no recurrentes, son actos que por sus propias características son exógenos y extraordinarios.

**Evento imprevisible:** Es razonable que una pandemia que tenga o pueda tener efectos adversos en un contrato sea considerado como un evento imprevisible.

**Evento irresistible:** Tanto los efectos nocivos de una pandemia, así como los que puede generar la declaración de un estado de emergencia nacional o medidas complementarias, pueden devenir en causa irresistible en una relación contractual.

Ahora bien, para que un deudor se libere de la responsabilidad por incumplimiento, el evento de fuerza mayor deberá impedir de manera directa la ejecución de una obligación o determinar su cumplimiento tardío o defectuoso. En otras palabras, las medidas que se vienen adoptando en relación con el COVID-19, como la declaración de estado de emergencia nacional, deben recaer en forma directa sobre el objeto de la prestación materia del contrato; de otro modo, el deudor no queda liberado de responsabilidad, sin perjuicio que pueda negociar con su acreedor nuevas condiciones.

Al respecto, es importante que sean revisadas en detalle las cláusulas contractuales que versen sobre caso fortuito o fuerza mayor en atención al caso y contrato en concreto. Asimismo, es importante revisar casuística y precedentes comparables bajo el derecho nacional o internacional para ser muy cautos en la posición que se puede adoptar.

Por lo general, los efectos que un caso fortuito o fuerza mayor tienen en contratos bajo ley peruana apuntan a la inejecución (suspensión del cumplimiento) de obligaciones por el plazo que dure tal evento o caso. Sin embargo, es posible que las partes pacten obligaciones con efectos distintos, complementarios o conexos, así como medidas para mitigar riesgos (por ejemplo, la obligación de obtener y mantener seguros que cubran estas situaciones).

Reiteramos la importancia de revisar en detalle el contrato y caso concreto para poder recomendar las medidas pertinentes.

#### Deber de diligencia y ejecución de buena fe

El artículo 1314 del Código Civil peruano señala: “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

El reto que actualmente el COVID-19 y el estado de emergencia nacional imponen a los empresarios es aterrizar a su realidad y relaciones contractuales la implementación de las prácticas idóneas para una diligente continuidad de sus contratos.

La diligencia y ejecución de buena fe de un contrato puede ser evidenciada con lo siguiente:

- Comunicación oportuna entre las partes en el marco del contrato. Por ejemplo, advirtiendo hechos (como puede ser un caso fortuito o fuerza mayor o evento sobreviniente) o posibles riesgos que una parte toma conocimiento y las acciones que va a tomar al respecto.
- Proactividad para atender situaciones difíciles, así como para adoptar las medidas que correspondan sean adoptadas en atención al contrato específico y los efectos en el contexto actual.
- Documentar debidamente los eventos, hechos o casos relevantes que ocurran en el desarrollo del contrato, dejando constancia de lo sucedido o de lo que razonablemente puede suceder.
- Monitoreo del cumplimiento cabal del contrato. Ello implica un conocimiento a detalle del contrato específico y sus efectos.
- Implementación de protocolos de manejo o gestión de contratos sofisticados.
- Formación de comités o equipos especiales que coadyuven en los puntos anteriores.

#### Cambio de condiciones contractuales por cambios en la ley u otros escenarios

En contratos a plazo indeterminado, largo plazo, de ejecución continua u otros complejos, son comunes los pactos que establezcan el cambio de determinadas condiciones contractuales por cambios en la ley o la ocurrencia de otros escenarios.

Es importante que se realice un análisis para confirmar si el estado de emergencia nacional puede o no ser considerado como un cambio de ley en determinados contratos o puede gatillar efectos contractuales que deban ser atendidos de forma especial o inmediata. Por ejemplo, que se generen derechos de resolución unilateral del contrato, evaluar la imposibilidad de cumplimiento de condiciones precedentes u otras fijadas en un plazo, entre otras.

### 3. El planeamiento diligente como una herramienta para prevenir litigios o estar en mejores condiciones para enfrentar un litigio.

Los puntos antes resumidos buscan advertir que la mejor práctica para prevenir un litigio o, en su defecto, estar en mejores condiciones para enfrentar un litigio, siempre implica un planeamiento previo diligente. Ello aplica tanto para un litigio civil ante los jueces o tribunales, así como en un arbitraje o ante una junta de disputas.

Considerando el contexto y reto que impondrá para el mundo de los negocios salir de las situaciones adversas que viene generando el COVID-19, este tema tendrá que estar en las agendas de los administradores de una sociedad para asegurar una continuidad diligente de sus negocios.

## COVID-19: Possible legal effects in contracts and development of projects

On March 11th, 2020, the World Health Organization declared COVID-19 as a pandemic due to the fast worldwide spread of the coronavirus born in late 2019, in Wuhan, China.

On March 16th, 2020, Peru published the Supreme Decree No. 044-2020-PCM establishing national state of emergency, closure of borders, restrictions on internal transit, among others, for fifteen days. These measures have been and may be complemented or expanded by the Peruvian government according to how the crisis develops and matters requiring further detail (i.e. tax obligations, labor effects, subsidies to vulnerable population, among others).

The spread of COVID-19 have been showing its harmful effects on the economy, reflected in the world stock exchanges and possibly in the lack of continuance of project development for different businesses.

Find below the implications to be considered regarding possible legal effects that COVID-19 may have in contracts under Peruvian law, to be executed in Peru or with a relevant connection in Peru.

### 1. Possible risks in contractual relationships: Identifications and pre-diagnostic

It is important to duly identify contractual relationships that may become at risk. Therefore, it is recommended to analyze the following matters to allow a pre-diagnostic or plan in order for companies to be in a better position to adopt measures or take actions.

- Contract inventory: Identify relevant contracts, either by amount or by their strategic role for the company, according to the business' nature or project to be executed.
- Contingent relationships or relationships at risk: Evaluate which relationships or which counterparties may become at risk of default, lack of liquidity, insolvency or may file claims against you, as well as the scope of related contracts.
- Adverse effects on obligations: Supervise the effects that highly onerous obligations have, or may have; short deadlines (i.e., obligations to be executed within the period of state of emergency or that require continuous execution during said period) or those that triggers or makes impossible the fulfillment of contractual obligations (i.e. precedent conditions, suspensive conditions or others).
- Pre-diagnostic and initial action / response plan: The analysis of matters above helps on developing a pre-diagnosis of the contractual situation and, if applicable, corporate bodies of a company can activate an initial action / response plan, accordingly.

### 2. Analysis of contract clauses and scenarios of suspension or avoidance of obligations

Any action / response plan or measure to be adopted must consider the following legal aspects and their specific provisions in the corresponding contracts and clauses.

#### Force Majeure

Can COVID-19 be considered as a force majeure event that excuses the non-performance of obligations in contracts?

According to article 1315 of the Peruvian Civil Code, a force majeure event is understood to be a cause that may not be attributable to anyone, consisting in an extraordinary, unpredictable and irresistible event, which impedes the execution of an obligation or determines its partial, delayed or defective compliance.

Matters to keep in mind:

**Non-imputability:** The effects that COVID-19 can generate in a contract are not imputable as responsibility to any of the parties may not be attributable.

**Extraordinary event:** Pandemics, natural disasters or similar unusual events are acts that, due to their own characteristics, are exogenous and extraordinary.

**Unpredictable event:** It is reasonable that a pandemic that has or could have adverse effects on a contract is considered an unforeseeable event.

**Irresistible event:** Both the harmful effects of a pandemic, as well as those that may be generated by the declaration of a national state of emergency or complementary measures can become an irresistible cause in a contractual relationship.

Please note that, for a debtor to avoid responsibility when he is in default, the force majeure event must directly impede the execution of an obligation or determine its delayed or defective fulfillment. In other words, measures adopted regarding COVID-19, such as the declaration of a state of national emergency, must be directly related to the purposes impeding the compliance of certain obligation in the contract; otherwise, the debtor is not released from liability, unless he negotiates new conditions with his creditor.

It is important to review in detail contractual clauses regarding unforeseeable circumstances or force majeure, based on each specific case and contract. Likewise, it is important to review doctrine and comparable precedents under national or international law to be particularly cautious in the position that may be adopted.

Usually, the effects that a force majeure event has on contracts under Peruvian law becomes on the non-performance of obligations for the period of such event or case. However, the parties may have entered into obligations with different, complementary or related effects, as well as measures to mitigate risks (for example, the obligation to obtain and maintain insurance to cover these situations).

We reinforce the importance of reviewing in detail contracts and specific situations to recommend the corresponding measures for each case.

#### Due Diligence and good faith

Article 1314 of the Peruvian Civil Code states: "Whoever acts with the required ordinary due diligence, may not be responsible for the failure to perform the obligation or for its partial, delayed or defective compliance."

The challenge that COVID-19 and the state of national emergency currently impose for managers, administrators and business men, is to implement best practices for a diligent continuance of their contracts and contractual relationships.

The diligence and good faith execution of a contract can be evidenced with the following actions:

- Timely communication between the parties within the scope of the contract. For example, warning about facts (such as a force majeure event) or possible risks that a party becomes aware of and the actions that will be taken to mitigate risk.
- Proactivity to deal with difficult situations, as well as to adopt the corresponding measures considering the specific contract and the effects in the current context.
- Register relevant events, facts or cases that occur in the development of the contract, gathering evidence of what happened or of what can reasonably happen.
- Supervising full compliance with the contract. This implies a detailed knowledge of the specific contract and its effects.
- Implementation of sophisticated management protocols or contracts.
- Organizing committees or special teams to help implement considerations above.

#### Change of contractual conditions due to changes in the law or other scenarios

In indeterminate, long-term, continuous execution or other complex contracts, covenants establishing the change of certain contractual conditions due to changes in the law (or other scenarios) are common.

It is important to analyze and confirm whether or not the national state of emergency may be considered as a change of law in certain contracts or if it may trigger contractual effects that must be addressed in a special or immediate way. For example, the right of unilaterally terminate and agreement, evaluate the impossibility of fulfilling previous conditions or others agreed within a term, among others.

### 3. Diligent planning as a tool to prevent litigation or be in a better position to deal with litigation.

The considerations summarized above, indicate that the best practice to prevent a dispute or to be in better conditions to face a dispute, always implies diligent prior planning. This applies for civil litigation before judges or courts, as well as in arbitration or before a dispute board.

Considering the context and challenges in the business environment to overcome adverse situations that COVID-19 has generated, this issue should be considered in all of the companies' manager's agendas to ensure a diligent continuance of its business.