

Alternativas frente al riesgo de incumplimiento contractual:

La doctrina de *adequate assurance*
y figuras afines

Noiana Marigo, Natalia Zibibbo y Rosario Galardi



Freshfields

El avance del COVID-19 ha generado incertidumbre con respecto al cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el caso en que una parte se vea imposibilitada de cumplir, intentará encuadrar el incumplimiento bajo una causal de fuerza mayor, por ejemplo. Ahora bien, ¿qué pasa si la parte de un contrato considera que existen dudas de que la otra parte pueda cumplir con su obligación, sin que se haya configurado un incumplimiento contractual aun?

Para estos casos, el derecho norteamericano estableció la doctrina de *adequate assurance*, la cual permite a las partes tener una herramienta para recuperar certeza o para acelerar la conclusión de la relación contractual. Si bien esta doctrina no se encuentra regulada en Latinoamérica, existen figuras que se asimilan y que, por lo tanto, deben ser conocidas por aquellos que enfrenten situaciones de incertidumbre.

¿Qué es la doctrina de *adequate assurance*?

La doctrina de *adequate assurance* permite a aquella parte de un contrato que tiene dudas razonables de que la contraparte cumplirá, solicitar a la contraparte que dé “garantíasⁱ razonables” de que cumplirá adecuadamente con sus obligaciones. Si la contraparte no da una garantía adecuada, entonces se entiende que repudió el contrato, y la parte que solicitó *adequate assurance* podrá darlo por terminado.

De esta manera, la doctrina de *adequate assurance* busca proteger a ambas partes de la posibilidad de sufrir dificultades excepcionalmente gravosas cuando la voluntad o capacidad de cualquiera de las partes haya disminuido considerablemente entre la celebración y la ejecución del contrato.

Aunque la doctrina de *adequate assurance* tiene su origen en la Sección 2-609 del *Uniform Commercial Code* (UCC), ésta se ha expandido a todo tipo de contratos y a muchos estados de EE. UU., a través de la sección 251 del *Second Restatement of Contracts*, y la incorporación de dicha sección por diversas jurisdicciones de Estados Unidosⁱⁱ.

¿Qué se entiende por “inseguridad razonable” de que la contraparte cumplirá?

Si bien dependerá mayormente de un análisis fáctico, generalmente las cortes han considerado que el envío de bienes defectuososⁱⁱⁱ, o la falta de envío de bienes a tiempo^{iv} son causales suficientes para generar duda razonable por parte del comprador. Por otro lado, el rechazo total o parcial de los bienes^v, la falta de pago a tiempo^{vi} o un historial de incumplimiento en el pago^{vii} también ha sido considerado suficiente para generar duda razonable por parte del vendedor. No obstante, la existencia de dudas genéricas sobre la habilidad o capacidad para cumplir^{viii} o la falta de financiamiento del comprador^{ix} no suelen ser considerados motivos suficientes para solicitar *adequate assurance*.

En el contexto del COVID-19 este estándar debería ser sencillo de probar. Los gobiernos han emitido regulaciones restringiendo la circulación de mercaderías (a través del cierre de puertos, por ejemplo) y disposiciones sanitarias que obligan al personal en las industrias a seguir protocolos, que pueden causar demoras en la producción y entrega de bienes. Incluso, en algunos casos, podría ocurrir que una de las partes pueda cumplir con su obligación, pero considere que la otra parte no va a poder cumplir. Tal sería el caso de una parte que produce un bien, por ejemplo, pero que duda que la contraparte pueda recibirlo por el cierre de los puertos. En dicho supuesto, la parte cumplidora puede pedir que la contraparte le dé seguridad suficiente de que cumplirá (por ejemplo, que recibirá el bien de alguna otra forma, o una vez que se levante el cierre de los puertos). Hasta tanto la contraparte no dé garantía suficiente, la parte cumplidora podría suspender el contrato.

¿Qué opciones tiene la parte a la que se le solicita garantía suficiente?

En caso de que la parte a la que se le solicita *adequate assurance* no otorgue garantía suficiente, la contraparte probablemente dé por repudiado el contrato. En este contexto, uno debe ser cauteloso al considerar si la garantía dada por la otra parte fue suficiente. Dado que, si termina el contrato precipitadamente, existe el riesgo de que la corte concluya que la garantía brindada era suficiente y que la terminación constituyó un incumplimiento contractual. En todo caso, se requiere de un análisis del contrato, la ley aplicable y las conductas de las partes.

¿Cuáles son las similitudes y diferencias entre la excepción de incumplimiento contractual y la doctrina de *adequate assurance*?

La excepción de incumplimiento contractual, regulada en varias jurisdicciones latinoamericanas^x se asimila parcialmente a la doctrina de *adequate assurance* por sus efectos ya que permite a la parte cumplidora dar por terminado un contrato, o suspender su cumplimiento.

Sin embargo, la excepción de incumplimiento contractual opera en el ámbito judicial, generalmente como excepción, y una vez que la parte obligada ya ha incumplido con una obligación recíproca. Es decir, no alcanza la existencia de una duda razonable de que la contraparte incumplirá, como ocurre con la doctrina de *adequate assurance*. Además, funciona como una excepción, por lo que únicamente se puede hacer valer cuando ya se ha demandado judicialmente el cumplimiento de una obligación.

En cambio, la doctrina de *adequate assurance* opera en principio fuera del proceso judicial (cuando una parte le pide a la otra que otorgue garantía suficiente), y solo lleva a un litigio en caso de que haya una controversia sobre si se repudió / suspendió adecuadamente el contrato. Además, la particularidad de la doctrina de *adequate assurance* está en que las partes tienen una alternativa frente al riesgo de incumplimiento. Una de las partes tiene la oportunidad de brindar garantía suficiente si desea continuar con el contrato, y la otra parte que solicitó dicha garantía tiene la oportunidad de terminarlo o suspenderlo en caso de ésta no haber sido provista, sin necesidad de esperar a que se configure un incumplimiento contractual.

Figuras similares a la doctrina de *adequate assurance*: la suspensión del cumplimiento y la tutela preventiva en el derecho argentino

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCN) ofrece dos alternativas similares a la doctrina de *adequate assurance*.

En primer lugar, el artículo 1032 del CCN incorpora una figura muy similar a la doctrina de *adequate assurance*: la “tutela preventiva”. Según dicha norma, una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia, y no ha cumplido o brindado seguridades suficientes de que el cumplimiento sería realizado. La particularidad de esta figura es que, al igual que la solicitud de *adequate assurance*, no se da en el marco de un proceso judicial^{xi}.

En segundo lugar, conforme al artículo 1031 del CCN, cualquiera de las partes en un contrato bilateral con obligaciones simultáneas, puede en el marco de un litigio solicitar la suspensión del cumplimiento de la prestación hasta que la otra parte cumpla u ofrezca cumplir. La particularidad de esta norma es que permite la suspensión del contrato frente un riesgo de incumplimiento, a diferencia de la excepción de incumplimiento contractual tradicional, que exige que se haya configurado dicho incumplimiento^{xii}.

Disposiciones similares en el derecho internacional: CISG y los principios UNIDROIT

La Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) prevé un supuesto muy similar a la doctrina de *adequate assurance*, permitiendo que cualquiera de las partes suspenda el contrato “si resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones”, ya sea porque sufrió un menoscabo en su capacidad para cumplir o en su solvencia o por su comportamiento. La parte que suspendió el contrato debe notificarlo inmediatamente y deberá cumplir si la otra parte da “seguridades suficientes” de que cumplirá sus obligaciones^{xiii}. Qué se considera seguridad suficiente dependerá de cada caso, pero en general los compromisos verbales no alcanzan para dar seguridad suficiente^{xiv}.

Adicionalmente, las partes pueden elegir aplicar a sus contratos mercantiles internacionales los principios UNIDROIT, los cuales disponen que cualquiera de las partes que crea razonablemente que la otra parte incumplirá, podrá reclamar “garantía adecuada del cumplimiento” y suspender el contrato hasta que la otra parte otorgue dicha garantía. Asimismo, dichos principios también permiten a la parte reclamante de la garantía terminar el contrato si ésta no es otorgada en un plazo razonable^{xv}.

Conclusión

La doctrina de *adequate assurance* brinda a las partes la oportunidad de obtener soluciones antes de que se configure un incumplimiento contractual, y fuera de la esfera judicial. Más allá de las similitudes con la tutela preventiva, no se ha regulado en Latinoamérica una figura idéntica a la doctrina norteamericana. Las figuras que analizamos presentan efectos menos irreversibles que la resolución del contrato por fuerza mayor, por ejemplo, dado que afectan la eficacia temporal del contrato y no la validez o vigencia de este (salvo el caso en que la suspensión del contrato desemboque en su extinción si la otra parte no da seguridades suficientes de que cumplirá). En tal sentido, estas figuras afines podrían ser de utilidad en el contexto del COVID-19, cuando las partes buscan una solución temporal y no quieren terminar la relación contractual. Sin embargo, estas alternativas también presentan riesgos, entre ellos la posibilidad de acabar en litigio si la contraparte considera que sí otorgó garantía suficiente y, por ende, la terminación del contrato constituiría un incumplimiento del mismo. En todo caso, la parte que se encuentra ante una situación de incertidumbre de cumplimiento contractual debe evaluar adecuadamente sus opciones –que dependerán del contrato y la ley aplicable– considerando los riesgos y beneficios que cada opción trae aparejada.

Contactos



Noiana Marigo

Partner – Dispute Resolution – Arbitration, New York

T +1 212 284 4969

E noiana.marigo@freshfields.com

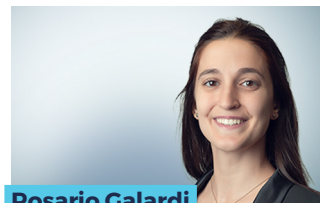


Natalia Marina Zibibbo

Counsel – Dispute Resolution – Arbitration, New York

T +1 212 277 4023

E natalia.zibibbo@freshfields.com



Rosario Galardi

Associate – Dispute Resolution – Arbitration, Washington, DC

T +1 202 777 4522

E rosario.galardi@freshfields.com

Notas finales

- i Mediante el término “garantía” nos referimos a una “seguridad de que una cosa va a suceder o realizarse”, no al significado legal usualmente utilizado para el término garantía.
- ii Fuera del UCC, cada estado ha reglamentado o interpretado la doctrina de adequate assurance con sus particularidades. Por ejemplo, la Corte Suprema de Nueva York ha considerado que la doctrina no aplica a un contrato de crédito a largo plazo, no siendo análogo a un contrato de compraventa bajo el UCC. *Bank of New York v River Terrace Assocs., LLC*, 23 A.D.3d 308, 804 N.Y.S.2d 728 (2005).
- iii *AMF, Inc. v McDonald's Corp.*, 536 F.2d 1167, 1170 (7th Cir. 1976); *LNS Inv. Co. v Phillips 66 Co.*, 731 F. Supp. 1484 (D. Kan. 1990).
- iv *Universal Builders Corp. v United Methodist Convalescent Homes of Connecticut, Inc.*, 7 Conn. App. 318, 508 A.2d 819 (1986).
- v *In re Humboldt Fir, Inc.*, 426 F. Supp. 292, 297–98 (N.D. Cal. 1977); *USX Corp. v Union Pac. Res. Co.*, 753 S.W.2d 845 (Tex. App. 1988).
- vi *In re Amica, Inc.* (1992, BC ND Ill) 135 BR 534, 17 UCCRS2d 11; *Kunian v Development Corp. of America* (1973) 165 Conn 300, 334 A2d 427; *Continental Can Co. v Poultry Processing, Inc.* (1986, DC Me) 649 F Supp 570, 3 UCCRS2d 31.
- vii *Toppert v Bunge Corp.*, 60 Ill. App. 3d 607, 377 N.E.2d 324 (1978).
- viii *In re Coast Trading Co., Inc.*, 26 B.R. 737 (Bankr. D. Or. 1982); *Universal Res. Corp. v Panhandle E. Pipe Line Co.*, 813 F.2d 77, 79 (5th Cir. 1987).
- ix *Pittsburgh-Des Moines Steel Co. v Brookhaven Manor Water Co.*, 532 F.2d 572 (7th Cir. 1976).
- x Ver, por ejemplo, Código Civil (Colombia), Art 1609; Código Civil (Perú), Art 1426. En Uruguay se deduce implícitamente del Art 1431 del Código Civil. En México se deduce implícitamente del Código Civil para el Distrito Federal, Arts 1796 y 2078. En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCN) recoge la figura de excepción de incumplimiento regulada en Código Civil de Vélez Sarfield, aunque con ciertas particularidades que mencionamos abajo. CCN, Art 1031.
- xi Esta norma debe vincularse con el Art 1031 del CCN, que estipula la excepción de incumplimiento contractual, que se plantea como excepción en un proceso judicial, y permite justificar el incumplimiento contractual cuando la contraparte no ha cumplido.
- xii “La suspensión se adopta ante la posibilidad seria de un incumplimiento parcial sustancial o total de las obligaciones a cargo de la contraparte; situación prevista en el Art 71 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y en el punto 7.3.4 de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.” M Herrera, G Caramelo y S Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo III* (2016), pág. 430.
- xiii CISG (1980), Art 71.
- xiv J Honnold, *Uniform Law for International Sales: Under the 1980 United Nations Convention* (1982), pág. 434.
- xv Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016), Principio 7.3.4.

freshfields.com

This material is provided by the US law firm Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP and the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organized under the law of England and Wales) (the UK LLP) and by the offices and associated entities of the UK LLP practicing under the Freshfields Bruckhaus Deringer name in a number of jurisdictions, together referred to in the material as "Freshfields." For regulatory information please refer to www.freshfields.com/support/legalnotice.

Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP has offices in New York City and Washington, DC. The UK LLP has offices or associated entities in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Italy, Japan, the Netherlands, Russia, Singapore, Spain, the United Arab Emirates and Vietnam.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice. Prior results do not guarantee a similar outcome.