

¿Qué es el "Contract Enforcement"? [J.M. MARTIN]

+José-Manuel Martin Coronado

Managing Partner

+Estudio Martin Abogados

www.estudiomartinabogados.com

Lima, 30 de Marzo de 2014

En la Universidad, los jóvenes estudiantes de Derecho reciben la enseñanza que los contratos deben cumplirse (*Pacta sunt servanda*), asumiendo que el contexto y la relación contractual se mantienen constantes (*Rebus sic stantibus*), siendo ello lo básico del derecho de contratos, y aparentemente lo suficiente para entrar al derecho de daños (*Tort Law*).

No obstante, debe recordarse que tanto el contexto como las relaciones contractuales antes descritas son, por el contrario, dinámicas, es decir, se encuentran en constante cambio, debido a que dependen esencialmente del contexto económico-empresarial (y social, de ser el caso) en el cual se encuentren.

Si bien, es deseable y hasta razonablemente previsible que las cláusulas contenidas en un contrato deban cumplirse, es decir, que el contrato se ejecute normalmente, puede ocurrir que, por algún cambio objetivo (contexto) o subjetivo (re-evaluación de la relación contractual) se considere que el objeto del contrato no satisface los intereses de una de las partes, y por lo tanto, se ponga en riesgo la ejecución del mismo.

Definitivamente es posible que el incumplimiento contractual por razones temporales, de "calidad" y de "cantidad" de la prestación puede deberse a un caso fortuito, fuerza mayor o causa no imputable, lo cierto es que puede ocurrir que simplemente los cambios objetivos y subjetivos sean los determinantes de la referida inexecución.

En ese sentido: ¿Qué hacer frente a un incumplimiento de un contrato, a un riesgo inminente de incumplimiento o a una negativa clara de cumplimiento? En el Derecho contractual, particularmente en las contrataciones estatales, una de las más frecuentes respuestas es la Resolución contractual, la aplicación de penalidades que deviene en una Resolución contractual o la ejecución de una garantía (interponer una medida cautelar fuera de proceso). Si bien es cierto que el requerimiento para cumplir el contrato es necesario para interponer estas acciones, la denominada "la intimación en mora", el curso inevitable de la relación contractual es usualmente la terminación vía resolución o algún mecanismo cuasi-análogo, por ejemplo la "caducidad" en materia administrativa.

Empero, lo cierto es que la Resolución de un contrato, inclusive apoyado indirectamente por el *Ius Imperium* no es una solución "temporalmente" adecuada para solucionar un problema contractual, dado que iniciará un juicio, o en el mejor de los casos, un arbitraje, que desgastará la relación

contractual, así como los recursos de las partes, en aras de obtener un resultado probablemente aleatorio.

Por tal motivo, en algunos casos puede resultar más beneficioso, en términos temporales y pecuniarios, exigir el cumplimiento del contrato, vale decir, exigir la ejecución forzada del mismo, lo que se conoce también como el *Contract Enforcement*.

Resulta obvio que "amenazar" con aplicar penalidades, con resolver el contrato o con iniciar un proceso pueden ser medios indirectos de ejecución forzada (para obligaciones de hacer), el Código Civil peruano (Art. 1150°) considera cualquier otro medio directo para su ejecución, siempre que no medie "violencia contra la persona del deudor". ¿A qué se refiere el Código?

¿Puede uno "acosar" al deudor para cumpla con su obligación? Depende que se entienda por acosar y quien sea el deudor: En los casos de Derecho del Consumidor-Usuario en un contrato de mutuo, la norma limita de manera importante los medios de acción de los acreedores. ¿La violencia o la intimidación es lo mismo? ¿La negociación para la ejecución forzada puede calificarse como una intimidación?

Por lo menos en el Derecho Peruano, la intimidación se encuentra expresamente incluida como causal de anulabilidad del acto jurídico; no obstante, no debe confundirse dicho supuesto con el cumplimiento de una obligación, que probablemente proviene de un acto jurídico pero no se confunde con él. En este orden de ideas, la intimidación podría resultar un medio por el cual el *Contract Enforcement* podría escabullirse.

Cabe precisar que no sería la solución socialmente más deseable, pero lo cierto también es que el incumplimiento de un acreedor, por razones objetivas (que no califican como caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero - no atribuible) o subjetivas (nueva apreciación de la relación contractual) tampoco lo es.

La práctica jurídica tal vez ha llevado el rumbo por el cual se logra el *Enforcement* de formas tan creativas como socialmente criticables. Un problema adicional radica en que algunos abogados calificarían este tipo de ejecución forzada como una extorsión, la cual se encuentra calificada como delito según el artículo 200° del Código Penal peruano.

El principal problema de dicha estrategia es que requiere que la ventaja económica sea indebida, o en buena cuenta sea una ventaja de otra índole; ante lo cual debe reflexionarse si se aplica a una "coacción" o "intimidación" para el pago de una deuda debida para evitar una desventaja del acreedor frente al deudor. Otro abogado tal vez se defendería indicando que se trata de un delito contra la libertad personal, no obstante, se encontrará con el problema de demostrar que dicha obligación no era tal, o que la ley no "obliga" cumplir con lo pactado. Finalmente, un tercer abogado podría calificar esta estrategia como un chantaje, no obstante, ello no se aplicaría cuando exista el deber de denunciar lo actos o conductas en cuestión.

De otro lado, el *Contract Enforcement* no debe confundirse con la Responsabilidad Contractual, en el sentido que aún no existe un daño, justamente lo que se quiere evitar mediante la ejecución forzada es que se genere dicho daño por el incumplimiento del deudor. Y los medios para lograrlo deben ser extraprocesales, no necesariamente enseñados en las aulas universitarias y siempre muy cerca de una línea gris que los separa de los actos ilícitos.

A modo de conclusión, es conveniente recordar que una de las principales razones de la sobrecarga procesal en el Poder Judicial es la elevada litigiosidad de nuestros jóvenes abogados, que ante cualquier conflicto o controversia optan por ingresarlo al sistema judicial (o arbitral) sin velar por métodos alternativos de prevención de conflictos, tal vez por miedo a incurrir en acciones delictivas.

Por lo tanto, es necesario identificar algún medio eficaz para controlar el *Contract Enforcement*, ya que la mediación y la conciliación no habrían dado los resultados esperados, y la negociación (renegociación) sería uno de los pocos mecanismos remanentes y el análisis económico el instrumento específico para pondera el presunto desequilibrio contractual que genera el incumplimiento.