

La obligación implícita de cooperación. Aplicado a los contratos de construcción

Fernando Marcondes¹ y Bruno Panarella²

SUMARIO

1. Introducción. 2. Cualificación de la actividad del acreedor en el cumplimiento de una obligación. 3. La función supletiva de la buena fe objetiva. – 4. La doctrina específica sobre Contratos de Construcción. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

RESUMEN: La complejidad de las relaciones que se establecen en el entorno de la Construcción es tal, que decenas o incluso cientos de contratos se entrelazan para lograr el objetivo. La interdependencia que surge en la ejecución de cada conjunto de obligaciones da lugar a la necesidad de establecer el origen de cada incumplimiento, para que se pueda atribuir, en dosis correctas, la parcela de responsabilidad que cabe a cada uno de los involucrados.

Este artículo analiza la posición de la doctrina con respecto al deber de cooperación como una obligación implícita en los contratos de Construcción, una obligación lateral al principio de buena fe objetiva.

PALABRAS CLAVES: Construcción, actividad acreedora, obligación implícita, buena fe objetiva, deber de cooperación.

¹ Abogado y árbitro en materia de construcción civil brasileña (principalmente en infraestructura), presidente del Capítulo brasileño del Club Español del Arbitraje, fundador, ex presidente y ahora miembro del Consejo Asesor del Instituto Brasileño de Derecho de la Construcción; miembro del Comité de Arbitraje de Brasil; miembro de la Society of Construction Law (Londres); Representante brasileño elegido en la Fundación de la Junta de Resolución de Disputas (EE. UU.); miembro de la Cámara del Consejo de Arbitraje del Instituto de Ingeniería de Sao Paulo; maestría en derecho civil; profesor y coordinador del curso de Derecho de la Construcción en IICS; miembro del consejo legal de SINDUSCON-SP; miembro de la lista permanente de Árbitros de CAM-CCBC, FGV (Fundação Getúlio Vargas), Cámara de Arbitraje CIESP / FIESP (SP), CAMARB (MG), CBMA (RJ), ARBITAC (PR). Sócio - L.O. Baptista Advogados.

² Miembro de L.O. Baptista Advogados. Abogado, Universidade de São Paulo. Arbitraje, CEU-IICS, Escuela de Derecho.

ABSTRACT: The relationships in the Construction environment are so complex that it is common to have dozens, even hundreds of contracts connected to each other in the same net, in order to reach the final goal. The interdependency that rises from the execution of each package of obligations makes to born a necessity to identify the origin of each fail to accomplish such obligations, in order to address, in the correct doses, the portion of responsibility of each player. This paper analyses the position of doctrine about duty of cooperation as an implicit obligation in Construction contracts, as a lateral obligation from the principle of objective good faith.

KEYWORDS: Construction, creditor activity, implicit obligation, objective good faith, duty of cooperation.

1. INTRODUCCIÓN

El marco legal que rige las relaciones que impregnan la Construcción es necesariamente complejo. Una obra está compuesta por decenas, a veces cientos de contratos.

El contrato puede incluir o no diseño arquitectónico, diseño básico, diseños ejecutivos. También puede incluir el suministro, instalación y puesta en marcha de equipos (todos estos elementos juntos, diseño, construcción y equipo, caracterizan el contrato conocido como EPC - sigla para a expresión original en inglés “Engennering, Procurement and Construction”³).

Independientemente de la modalidad elegida para el contrato principal, cada elemento de la obra es subcontratado por el constructor, que hoy desempeña mucho más la función de administrador de contratos, fiscal de cumplimiento y ejecución de los proyectos, gerente y coordinador de las actividades de campo y responsable de la fecha límite y resultado final de la obra.

³ Ver el modelo “Silver Book” editado por la FIDIC – Federación Internacional de Ingenieros Consultores.

Existe una interdependencia necesaria entre todas las actividades en curso en la obra. Por lo tanto, incluso si los contratos no están claramente relacionados entre sí (por no ser mencionado en sus cláusulas), no hay duda de que cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en uno, reflejará inevitablemente en otro, varios o todos los demás contratos.

El incumplimiento de la obligación puede ocurrir tanto por el contratado como por el contratista. Si este incumplimiento obstaculiza la ejecución de una determinada actividad de la obra en el momento previsto en el cronograma, los otros servicios que dependen de la finalización o apenas del progreso del mismo sufrirán demoras, lo que repercutirá en el costo de todos estos contratos, ya que habrá mano de obra inactiva, equipos alquilados que estarán inactivos o infrautilizados, extensión de la permanencia de personal y equipos en la obra, actividades de recuperación de tiempo perdido (lo que puede significar horas extras o incluso turnos adicionales de trabajadores, arrendamiento de más equipos, etc.).

En las relaciones que se establecen a lo largo de una obra de gran porte, no siempre es sencillo identificar qué parte causó el incumplimiento de una obligación. El contratado puede haber retrasado la ejecución de un determinado ítem o incluso de toda la obra y la causa de este retraso puede ser una mera mala gestión de su parte, pero también puede ser una actitud u omisión del contratista que lo llevó a ello. Por ejemplo, retraso en la entrega de proyectos, retraso en la obtención de una licencia, revisiones continuas de proyectos.

Es bastante común que el incumplimiento de una obligación tenga como causas una combinación de varios de estos hechos mencionados anteriormente, lo que hace aún más difícil identificar al responsable, o incluso asignar un "porcentaje" de responsabilidad a cada parte involucrada.

Corresponderá al intérprete analizar la historia de los hechos con mucho cuidado, prestando especial atención a la "línea de tiempo", la secuencia cronológica de los

eventos, para poder ver dónde comenzaron los problemas y cuánto interfirió cada episodio con los otros.

Es importante para este intérprete que nunca olvide que, en relaciones complejas como las que envuelven la Construcción, el incumplimiento de una obligación puede estar relacionado con una conducta practicada por el propio acreedor de esa obligación. En otras palabras, la parte que alega ser víctima de una infracción puede haber incumplido su obligación implícita de cooperar, o al menos de no dificultar que la parte contraria cumpla con su obligación.

2. CALIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL ACREEDOR EN CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN

Según los derechos romano-germánicos, el acreedor no tendría, en principio, ninguna obligación de cooperar para la ejecución de la prestación del servicio al que está obligado el deudor. No se reconoce al deudor, por el mero análisis de la ley, un "derecho al cumplimiento".

Primero, la obligación, proceso polarizado por el desempeño, está constituida por el interés del acreedor y con el único propósito de satisfacerla. Los posibles intereses del deudor, desde una perspectiva tradicional, siempre se colocarán en un segundo plano.

Además, según esta doctrina clásica, el derecho de crédito se inscribiría dentro de la categoría de derechos subjetivos, que tienen como elementos el poder de ejercicio y abstención por parte de su titular. El acreedor puede, según le parezca, ejercer o no el derecho de crédito. Si, eventualmente, ejerce su derecho, o incluso colabora con el sujeto pasivo para realizarlo de la mejor manera posible, no lo haría por cualquier deber al que estuviera obligado, sino por un imperativo de sus propios intereses, en consideración de la ventaja que pretende alcanzar.

Por lo tanto, tendría sentido, en términos generales, que la colaboración del acreedor para cumplir con la obligación, a fin de satisfacer derecho de crédito que tiene, debe considerarse como una carga más que un deber:

“No hay duda de que el acreedor tiene el poder de exigir el cumplimiento y el deudor tiene el deber de cumplir con la prestación. Sin embargo, es discutida la cuestión de si, además del poder de exigir, el acreedor tiene el deber de cooperar en el cumplimiento, es decir, el deber de recibir la prestación, y si el deudor, además del deber de cumplir, tiene el derecho a cumplir la prestación. El problema es complejo y delicado. Sin embargo, parece que, en principio, una buena solución requiere una respuesta negativa, es decir, el acreedor no está obligado a cooperar y aceptar la prestación y el deudor no tiene derecho de cumplirla. Esta solución se basa fundamentalmente en dos órdenes de razones: la razón de ser de la obligación y la soberanía de la voluntad que caracteriza el derecho subjetivo. En cuanto a la primera razón, sabemos que la razón de ser y el alcance de la obligación es la satisfacción del interés del acreedor en la prestación, interés al servicio del cual la relación obligatoria se constituye y desarrolla como un proceso. La prestación se estipula en interés del acreedor, a quien la relación obligatoria, por regla general, está destinada únicamente a dar satisfacción y no al interés que el acreedor pueda tener al realizar la prestación. [...] Por lo tanto, el deudor puede incluso no tener interés en el cumplimiento de la prestación, pero si tiene ese interés, tal interés tendrá carácter secundario y subordinado y no estará legalmente calificado jurídicamente como un derecho a cumplir. En cuanto a la segunda razón, es bien sabido que el titular del derecho subjetivo es libre de ejercerlo o no. Manifestación e instrumento de actuación de la autonomía

privada, el derecho subjetivo es inherente a la libertad de acción y la soberanía de la voluntad. [...] Como tal, por regla general, el acreedor no puede ser obligado a obtener una ventaja, es decir, a recibir la prestación, ya que, en la disponibilidad de su derecho, tanto su ejercicio o no, como no recibir el beneficio que se le ofrece caben a él. [...] La aceptación de la prestación o acto de cooperación del acreedor en cumplimiento no es normalmente un deber legal, sino simplemente una carga legal a la que no se contrarresta el derecho subjetivo del deudor. La cooperación del acreedor en el cumplimiento es simplemente un medio para la satisfacción de sus propios intereses, permitiendo que el deudor cumpla con precisión.⁴

La colaboración del acreedor, que en principio es una carga, puede, sin embargo, en algunos casos particulares, tomar contornos obligatorios. Para hacerlo, es suficiente que el contrato establezca expresa o tácitamente la exigibilidad legal de la colaboración, o que la ley lo imponga:

“Sin embargo, nada impide una tutela específica y excepcional del interés del deudor en cumplir y liberarse a través del cumplimiento, con la cooperación del acreedor a ser objeto de obligación legal en un sentido técnico. De acuerdo con el principio de autonomía privada, no hay nada que impida que esta tutela específica esté expresamente prevista en el contrato o que resulte de su contenido por interpretación o integración. [...] Pero no solo la autonomía privada puede prescribir al acreedor la obligación legal de cooperar. A veces es la ley la que lo hace en reglas especiales⁵”.

⁴ CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 116 y 117

⁵ CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 132, 133.

3. LA FUNCIÓN SUPLETIVA DE LA BUENA FE OBJETIVA

En ausencia de la voluntad de las partes y determinaciones legales particulares, la doctrina más moderna sostiene que la eventual cooperación del acreedor en cumplimiento también podría ser requerida, no como una obligación en sentido estricto, sino como un deber de conducta derivado de la incidencia de la buena fe objetiva.

El principio está consagrado en el art. 422 del Código Civil:

"Art. 422. Los contratistas están obligados a respetar los principios de probidad y buena fe tanto en la conclusión del contrato como en su ejecución".

La Declaración 26 de CEJ establece que *"La cláusula general contenida en el art. 422 del nuevo Código Civil requiere que el juez interprete y, cuando sea necesario, suministre y corrija el contrato de acuerdo con la buena fe objetiva, entendida como el requisito del comportamiento leal de los contrayentes"*.

Judith MARTINS-COSTA⁶ enseña que:

"Lo que debe destacarse aquí, sin embargo, son los deberes instrumentales o laterales, o deberes auxiliares de conducta, deberes de conducta, deberes de protección o deberes de tutela, ...

(...) esos deberes, señala Mario Julio de Almeida Costa, son derivados o de cláusula contractual, o de dispositivo de ley ad hoc o de la incidencia de la buena fe objetiva. (...)

Entre los deberes con tales características, se encuentran, ejemplificativamente:

(...)

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Editora RT, 2000, pp. 438-439.

(e) los deberes de colaboración y cooperación, como el de colaborar para el correcto desempeño de la prestación principal, al cual se vincula, por la negativa, el de no dificultar el pago del deudor”.

Por lo tanto, este principio de buena fe objetiva da lugar al deber de colaboración, así como al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la obligación de la otra parte.

Los autores han vinculado tradicionalmente a la buena fe tres funciones en el contexto obligatorio. La buena fe serviría como parámetro interpretativo de las declaraciones comerciales (función interpretativa); actuaría como un factor de integración contractual, proporcionando eventuales fallas o brechas (función complementaria); y guiaría la constitución y el ejercicio de los derechos contractuales, enmendando los posibles abusos (función correctiva):

“[La] regla de la buena fe tiene una especie de función que llamo de "pretoriana" en relación al contrato. El llamado "Derecho Pretoriano" en el Derecho Romano, fue aquel que los pretorianos introdujeron para ayudar, suministrar y corregir el Derecho Civil estricto (Derecho Civil (más riguroso) y el Derecho Pretoriano vino adjuvandi, supplendi, vel corrigendi e juris civilis gratia. Esta triple función existe en la cláusula general de buena fe, porque precisamente la idea de esta cláusula en el contrato es ayudar en la interpretación del contrato, adjuvandi suplir algunas de sus deficiencias, agregar algo que no está incluido, supplendi y eventualmente corregir algo que no es de derecho en el sentido de justo, corrigendi. Este es el papel de la cláusula de buena fe en los contratos realizados ⁷”.

⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O princípio da boa-fé nos contratos*, disponible en <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>, acceso en 12.01.13

En su función complementaria, la buena fe crea para los acreedores deberes que originalmente no estaban previstos en el contrato pero que se impondrían como elementos naturales del negocio a ambos contrayentes:

“Como regla de conducta, la buena fe sirve como fuente de deberes que no están necesariamente expresados en el contrato, ni encuentran previsión legal específica. [...] Los deberes de la buena fe, sobre el aspecto de su fuente, son semejantes, en el derecho brasileño, a los llamados ‘elementos naturales’ (naturalia negotii) ⁸”.

En otras palabras, se acepta que las condiciones implícitas formen parte del contenido del contrato, independientemente de la voluntad de las partes, en virtud de buena fe:

“Además, se entienden, en el contenido del contrato, propuestas que se derivan de la naturaleza de las obligaciones contraídas, o que se imponen en virtud del uso regular y la equidad. Se habla de la existencia de condiciones implícitas. Finalmente, se admite que las partes aceptaron estas consecuencias, que en realidad rechazarían si las hubieran previsto.”⁹

Entre los deberes auxiliares que integran el contrato como elementos naturales, o condiciones implícitas, merece una mención especial la de cooperación.

El acreedor está obligado a cooperar en la ejecución del programa contractual, teniendo en cuenta los intereses del deudor, en particular el de ser relevado del vínculo obligatorio y ver sus activos libres del riesgo de una posible ejecución.

⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres*, en *Novos estudos e pareceres de direito privado*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 128-133.

⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed. [atuais.: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino], Rio de Janeiro, Forense, p. 43.

El acreedor colaborará para mitigar cualquier obstáculo que pueda surgir del cumplimiento de la obligación, incluso evitando que su conducta obstaculice la acción a la que está obligado el deudor.

La doctrina a este respecto es abundante:

"Finalmente, la cooperación del acreedor necesaria para el cumplimiento puede constituir un deber jurídico impuesto por la buena fe (Tru und Glauben) [...]. Es evidente que el acreedor, como el deudor, cuando actúan en la relación legal, debe hacerlo de buena fe y, por lo tanto, con la lealtad, honestidad y corrección propias de las buenas personas, para satisfacer plenamente los intereses. del acreedor, pero con el menor sacrificio posible de los intereses del deudor. En esta acción cooperativa, surgen deberes laterales o deberes de conducta auxiliares que requieren que el acreedor respete los intereses del deudor, es decir, su persona y propiedad contra los posibles riesgos causados por el contacto social entre ellos, especialmente los deberes de protección o seguridad. Pero, la buena fe, en casos singulares, también puede requerir al acreedor cooperación, convirtiéndola en una obligación ¹⁰".

'La cláusula de buena fe, siempre comentada por todos los autores, por todos los manuales, crea deberes adjuntos al vínculo principal. Existe aquello a lo que se refieren expresamente las partes, y luego hay deberes que se colocan al lado, a veces secundarios, a veces anexados, especialmente el deber de informar, además de un deber negativo, de mantener confidencial algo que se sabe del otro, o incluso los llamados deberes positivos, como buscar colaborar con la otra parte (de

¹⁰ CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 134-135

ahí una visión quizás demasiado romántica de que los contratistas deberían colaborar entre sí)¹¹”.

“Categoría de las más importantes es la de los deberes secundarios, como resultado de la incidencia de la buena fe. Los deberes que nacen de esa incidencia son denominados secundarios adjuntos o instrumentales. Corresponde al término germánico *Nebenpflichten*. [...]. Todos los deberes adjuntos pueden ser considerados deberes de cooperación. Sin embargo, algunos autores suelen dar un significado restringido a estos deberes, para abarcar solo los deberes de ayuda, entendidos aquí como aquellas hipótesis en las que el fin solo puede obtenerse a través de la cooperación mutua. [...]. La concepción actual de la relación jurídica, en virtud del impacto del principio de buena fe, es la de una orden de cooperación, en la que se alude a las posiciones tradicionales del deudor y el acreedor. Con esto, no se piense que el acreedor dejará de estar nítidamente visto como el participante en la relación legal que es el titular de los derechos y reclamos. Por supuesto, la posición de este último se ha suavizado y también se le han encomendado deberes en virtud del orden de cooperación. Como resultado, sigue siendo un acreedor, un sujeto activo de la relación, pero se reconoce que tiene ciertos deberes. Evidentemente, la obligación principal no se cumplirá, porque esta es la pensión principal del deudor. Sin embargo, tendrá ciertos deberes, como los de indicación y evitar que su conducta dificulte el desempeño del deudor. ¹²”.

¹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O princípio da boa-fé nos contratos*, disponible en <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>, acceso en 12.01.13.

¹² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, 1ª ed., 2ª reimp., Rio de Janeiro, FGV, 2008, pp. 7, 23, 34, 96 y 97.

“La buena fe es uno de los institutos más tradicionales de Derecho comercial; el estudio en profundidad de su mecánica descubre las peculiaridades intrínsecas del tráfico. [...]. Para evitar las trampas de definir nociones legales que brinden un amplio margen para la interpretación, simplemente reconozcamos que, **para el derecho comercial, actuar de buena fe significa adoptar el comportamiento legal normalmente esperado de los comerciantes, agentes económicos activos y en un mercado determinado (o en un determinado entorno institucional), siempre de conformidad con la ley.** [...]. Roppo, basado en la jurisprudencia peninsular, identifica los siguientes desarrollos concretos en el principio de buena fe: (i) el deber de ofrecer a la otra parte la oportunidad de remediar defectos en el beneficio recibido, cuando esto sea posible y razonable; **(ii) deber de cooperación para permitir a la contraparte cumplir con la obligación;** (iii) el deber de proporcionar a la contraparte la oportunidad de corregir errores o conceptos erróneos que podrían generar incertidumbre en la relación; (iv) el deber de modificar la cuota para satisfacer los intereses de la contraparte, cuando esto sea posible con un mínimo sacrificio; (v) el deber de actuar consistentemente, manteniendo la lógica de los actos mismos para no frustrar la expectativa que germina en la contraparte; (vi) prohibición de ejercer derechos contractualmente exigibles formalmente ofertados, pero sustancialmente injustos o perjudiciales para la contraparte; y (vii) prohibición del tratamiento discriminatorio de contraparte.” (FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais, São Paulo, RT, 2009, pp. 99 y 109-111)

“El principio de que cada parte debe cooperar con la otra para garantizar que el cumplimiento de las obligaciones corresponda al cumplimiento de los fines perseguidos por el contrato contribuye a la resolución adecuada de la existencia (o inexistencia) de la obligación del acreedor de aceptar la cuota o para realizar los actos de cooperación necesarios para la realización del beneficio debido. Si bien la función de la relación obligatoria consiste en el "sacrificio del interés concreto de un acreedor, provisto a través del sacrificio impuesto al deudor por el vínculo obligatorio", el análisis del régimen legal general de las relaciones obligatorias confirma la existencia de los intereses del deudor protegidos por la ley civil. Entre los intereses protegidos, la dignidad preeminente debe atribuirse al interés en exonerarse del deber de proporcionar. [...] Cuando la actitud del acreedor no entre en conflicto con el interés del deudor de cumplir con la consideración acordada y / o retirarse, no hay razón suficiente para hacer valer cualquier deber de colaboración. [...] Sin embargo, cuando la actitud del acreedor que se niega injustificadamente a aceptar la cuota, o se involucra en los actos de cooperación necesarios para cumplir, entra en conflicto con el interés del deudor para obtener el reembolso o retirarse, hay razones suficientes para declarar que el acreedor tiene el deber legal de cooperar con el deudor en el cumplimiento¹³”.

Incluso alguna doctrina reticente sobre el deber de cooperación creada por la buena fe está de acuerdo en que impone a los contrayentes la necesidad de tener en cuenta los intereses de los demás, obligándolos a abstenerse de comportamientos que obstaculicen u obstaculicen a la contraparte:

¹³ PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Princípios de direito dos contratos*, 1ª ed., Coimbra, Editora Coimbra, 2011, pp. 183-184 y 185

“Yendo más lejos, se avanza la idea de que la colaboración entre el acreedor y el deudor es necesaria, ayudándose mutuamente en la ejecución del contrato. Obviamente, esto no se puede lograr, dada la oposición de intereses, pero es cierto que la conducta de ambos está subordinada a reglas diseñadas para evitar que la acción del otro obstaculice ¹⁴”.

4. LA DOCTRINA ESPECÍFICA SOBRE CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

En los contratos de construcción, en particular, la doctrina reconoce la existencia del deber del deudor de cooperar en el cumplimiento de la obligación del deudor.

De hecho, incluso en la doctrina anglosajona es fácil entender que, incluso si no está escrito, se espera que el contratista no obstaculice el cumplimiento de las obligaciones del contratado. Debe tenerse en cuenta que el contratado no solo está obligado a completar el trabajo a tiempo y por contrato. Tiene *derecho* a hacerlo, y el contratista debe cooperar con esto. Es la llamada obligación implícita. MURDOCH enseña que *“Para cualquiera es obvio que el contratado tiene el deber de realizar y completar el trabajo contratado. Lo que a veces pasa desapercibido es que el contratado también tiene derecho a hacerlo. A menos que el contrato establezca lo contrario, el contratado tiene derecho a completar el contrato en su totalidad dentro del plazo y el contratista cooperará para permitir que se logre este objetivo¹⁵”.*

El contratista, por acción u omisión, no deberá obstruir, retrasar u obstaculizar la ejecución del contrato que realiza el contratado. Por el contrario, siempre debe actuar para facilitar este proceso. El mismo autor continúa: *“Se reconoce [...] que hay dos*

¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 43.

¹⁵ MURDOCH, John and HUGHES, Will, *Construction Contracts, Law and management*, Taylor & Francis, London, p. 171: “Implied Obligations. It is obvious to everyone that the contractor has a duty to carry out and complete de contract works. What is sometimes overlooked is that the contractor also has a right to do this. Unless the contract provide otherwise, the contractor is entitled to carry out the whole contract works within the contract period, and the employer must co-operate to enable this to be achieved”.

obligaciones implícitas en todos los contratos de construcción. Se expresan de la siguiente manera: (1) el contratista no obstaculizará ni impedirá que cumpla con todas sus obligaciones bajo los términos contratados, ni impedirá al contratado que realice los servicios de manera regular y ordenada. (2) El contratista deberá hacer todo lo razonablemente necesario para permitir al contratado cumplir con todas sus obligaciones y realizar los servicios de manera regular y ordenada.¹⁶

Esa obligación implícita puede ser vista también de forma más amplia, como parte de lo que a doctrina llama de deber de mitigar daños, o *duty to mitigate loss*. Según NOVAES DIAS:

“El ‘duty of mitigate’ está previsto en la implementación de esta noción de cooperación, ya que impone a una parte la conducta destinada a evitar la carga de rendir la otra. Por lo tanto, desde esta perspectiva, al hablar del ‘duty to mitigate the loss’, en el derecho civil brasileño, se trata de un deber auxiliar de mitigar la (propia) pérdida ¹⁷”.

Si bien es común que los contratos brinden la posibilidad de extender el plazo contractual y sus consecuencias sobre el precio final del contrato, la doctrina prevaleciente establece que dicha extensión y sus consecuencias son legales incluso cuando no están escritas. CLOUGH enseña que cuando el contrato no contiene una cláusula sobre demoras excusables, el contratado generalmente puede esperar no ser castigado por las demoras causadas por la ley o el contratista. ¹⁸.

¹⁶ Op. Cit., p. 172: “It is acknowledged in Merton LBC v Stanley Hugh Leach Ltd that two general obligations on the part of the employer are to be implied into all building contracts. They are expressed as follows: (1) The employer will not hinder or prevent the contractor from carrying out all its obligations in accordance with the terms of the contract, and from executing the works in a regular and orderly manner. (2) The employer will take all steps reasonably necessary to enable the contractor to discharge all its obligations and to execute the works in a regular and orderly manner”.

¹⁷ NOVAES DIAS, Daniel Pires, *O duty to mitigate the loss no direito brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. RDPRIV 45/89.

¹⁸ CLOUGH, Richard H. *et alli*, *Construction Contracting*, 7th edition, Wiley, New Jersey, USA, p. 152: “In the complete absence of any clause on excusable delay, the contractor can normally expect relief for delays caused by the law, the owner, (...)”.

DOUG¹⁹ considera inconcebible que el contratante pueda reclamar daños derivados del retraso que él mismo causó.

Los modelos de contrato proporcionados por la FIDIC, adoptados internacionalmente, contienen disposiciones expresas. Por ejemplo, *Conditions of Contracts for EPC/Turnkey Projects (Silver Book)*, que es el modelo que más conlleva obligaciones y responsabilidades para el constructor, contiene en su cláusula 8.4 de las *General Conditions*, la previsión de extensión del plazo a favor del contratado cuando el atraso es causado por dificultades impuestas por el contratante:

“8.4 – Extensión del Tiempo de Finalización. El Contratista tendrá derecho sujeto a la Subcláusula 20.1 [Reclamaciones del Contratista] a una extensión del Tiempo de Finalización si y en la medida en que dicha finalización a los efectos de la Subcláusula 10.1 [Asignación de las obras y secciones] es o será retrasado por cualquiera de las siguientes causas: (a) ..., (b) ..., o (c) cualquier retraso, impedimento o prevención causados o atribuibles al Empleador, al personal del Empleador u otros contratistas del Empleador en el Sitio²⁰”.

Además, en la cláusula 20.1 del mismo modelo, se rige la regla por la cual el contratado reclama su derecho al reembolso de los gastos derivados de dicha extensión del plazo.

La doctrina internacional sigue la misma línea, contemplando no solo la posibilidad de extender el plazo para la entrega del trabajo, sino también cobrando al contratista los costos de este retraso. HINZE enseña que *“... los retrasos pueden deberse a la suspensión del trabajo, la lentitud del contratista para responder las preguntas planteadas por el contratado, los proyectos lentos, la imposibilidad de permitir el acceso*

¹⁹ DOUG, Jones, *Can prevention be cured by time bars?* Estudio presentado a la *Society of Construction Law e à Technology and Construction Bar Association*, Londres, 17/09/2008 (fuente: www.scl.org.uk).

²⁰ Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils

al sitio a tiempo, las condiciones del sitio diferentes de lo esperado, órdenes de variación y otras acciones del contratista²¹".

Además, enseña que hay costos que, en un análisis preliminar, no parecen estar relacionados con la extensión del plazo, pero que, después de una verificación más cercana, pueden reembolsarse: *"El monto de la compensación monetaria que se justifica por motivos de la demora causada por el contratista es difícil de medir porque el contratado a menudo soporta costos adicionales que no se ven directamente afectados por la demora. Estos costos adicionales resultan de servicios o artículos no facturados que no están directamente asociados con el retraso, pero que en cualquier caso son consecuencia de este retraso. Estos costos son el resultado de un "efecto dominó", que es esencialmente el principio de que el impacto en el costo del cambio o retraso de un ítem no se limita a ese ítem, sino que se refleja en varias partes del proyecto.²²"*

El incumplimiento del deber adjunto, que impone al acreedor la necesidad de cooperar en el desempeño o, al menos, no interrumpirlo, constituirá una hipótesis de *mora accipiendi*, de modo que el deudor, aunque no pueda exigir el cumplimiento específico de la colaboración, sin embargo, puede utilizar la excepción de un incumplimiento de contrato, reclamar una indemnización por cualquier daño que pueda haber sufrido o incluso rescindir el contrato recurriendo a la cláusula de rescisión tácita en cada contrato bilateral.

Incluso se le da derecho a extender el plazo para la entrega del trabajo en proporción a la demora en que incurrió el acreedor:

²¹ HINZE, Jimmie, *Construction Contracts*, McGraw-Hill, Boston, MA, USA, 2nd edition, p. 232: "... the delays can be due to suspension of work, slow owner responses to the contractor's questions, slow processing of shop drawings and other submittals, failure to provide timely access to the construction site, different site conditions, change orders, and other actions of owner".

²² HINZE, Jimmie, Op. Cit.: "The amount of monetary compensation that is justified for an owner-caused delay is difficult to assess because the contractor may sustain added costs on work items that were not directly affected by the delay. These added costs are on unchanged work items or items not directly associated with the delay but are nonetheless a consequence of the delay. These costs are the result of the 'ripple effect', which is essentially the principle that the cost impact of a change or delay on one work item is not limited to that item but has an effect on various portions of the project."

“En ciertos casos, es necesario que el empresario colabore en la ejecución del trabajo del contratista, para que pueda llevar a cabo el trabajo para el que es requerido. Por ejemplo, que proporcione la tierra, el plan o los materiales y utensilios, comunique las instrucciones y colabore para obtener permisos. En el sistema legal alemán, el deber de colaboración por parte del desarrollador tiene una disposición especial en §642 BGB (así como en § 9 VOB / B); Sin embargo, en la legislación portuguesa, a pesar de la omisión legislativa en el contexto de un contrato, el mismo deber se deriva del principio general de buena fe. La deber de colaboración con el desarrollador no constituye una obligación genuina, sino un deber del acreedor, cuyo incumplimiento hace que el principal incurra en mora accipiendi. En consecuencia, el contratista puede no requerir la cooperación necesaria, pero si no se proporciona espontáneamente, es legal invocar la excepción de incumplimiento, reclamar una indemnización o, cuando corresponda, utilizar la condición de liquidación tácita. Además, dado que el desarrollador ha incumplido la colaboración necesaria, el contratista debe recibir un aumento de tiempo correspondiente para completar el trabajo. [...] Una situación especial de colaboración necesaria consistente en el deber del director de aceptar el trabajo una vez que se ha completado, siempre que se haya completado sin defectos y en los términos acordados. Este deber también se debe asumir en el caso de que el defecto sea insignificante, ya que en tal caso la negativa a aceptar sería contraria a la buena fe. [...] Ante el rechazo injustificado de la aceptación, el contratista puede consignar en depósito la obra.²³”

²³ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: Parte especial: Contratos: Compra e venda, locação e empreitada*, 2ª ed., 4ª reimp., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 373-375.

5. CONCLUSIÓN

La cooperación del acreedor en el cumplimiento está calificada por la doctrina continental clásica como una carga simple. El acreedor, deseando ver satisfechas sus reclamaciones, colabora con el deudor: cumple con los imperativos de sus propios intereses.

Sin embargo, las partes pueden estipular en el contrato la exigibilidad de la cooperación del acreedor y la ley puede imponerla.

La doctrina más moderna, que aplica el principio de buena fe en su función complementaria, admite e incluso defiende la existencia de deberes de colaboración adjuntos en casos particulares que recomienda la protección de los intereses del deudor.

En particular, los contratos de construcción son un terreno fértil para el desempeño de los deberes de colaboración adjuntos derivados de la buena fe objetiva. La falta de cooperación a la que está vinculado el acreedor le confiere al deudor, desde la excepción de contrato no cumplido a las prestaciones de indemnización y resolución, hasta extendiendo los plazos establecidos para la finalización del trabajo y la exención de responsabilidad.

Estas pautas deben considerarse junto con el análisis de la secuencia de hechos que ocurrieron en cada caso específico, con el objetivo de identificar efectivamente las razones reales del incumplimiento o demora de las obligaciones contractuales, y la atribución justa de las responsabilidades por las consecuencias derivadas de estas fallas.

La falta de cooperación a la que el acreedor está vinculado le confiere al deudor desde la excepción del contrato no cumplido a los reclamos de indemnización y resolución, pasando por la extensión de los plazos establecidos para la finalización del trabajo y la exención de responsabilidad.

Estas pautas deben considerarse junto con el análisis de la secuencia de hechos que ocurrieron en cada caso específico, con el objetivo de identificar efectivamente las razones reales del incumplimiento o demora de las obligaciones contractuales, y la atribución justa de las responsabilidades por las consecuencias derivadas de estas fallas.

6. BIBLIOGRAFÍA.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O princípio da boa-fé nos contratos*, disponible en <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>, acceso en 12.01.13.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O princípio da boa-fé nos contratos*, disponible en <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>, acceso en 12.01.13.

CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.

CLOUGH, Richard H. *et alli*, *Construction Contracting*, 7th edition, Wiley, New Jersey, USA.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, 1ª ed., 2ª reimp., Rio de Janeiro, FGV, 2008, pp. 7, 23, 34, 96 e 97.

DOUG, Jones, *Can prevention be cured by time bars?* Estudio presentado à *Society of Construction Law e à Technology and Construction Bar Association*, Londres, 17/09/2008 (fonte: www.scl.org.uk).

Gomes, Orlando. *Contratos*, 26ª ed. [atuais.: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino], Rio de Janeiro, Forense.

HINZE, Jimmie, *Construction Contracts*, McGraw-Hill, Boston, MA, USA, 2nd edition.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: Parte especial: Contratos: Compra e venda, locação e empreitada*, 2ª ed., 4ª reimp., Coimbra, Almedina, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Editora RT, 2000.

MURDOCH, John and HUGHES, Will, *Construction Contracts, Law and management*, Taylor & Francis, London.

NOVAES DIAS, Daniel Pires, *O duty to mitigate the loss no direito brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. RDPRIV 45/89.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Princípios de direito dos contratos*, 1ª ed., Coimbra, Editora